

EL IMPACTO DE LA LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, EN LA GESTIÓN DIRECTA DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES A TRAVÉS DE MEDIOS PROPIOS

CARLOS-ALBERTO AMOEDO-SOUTO
Universidad de A Coruña

MANUEL CUTRÍN DOMÍNGUEZ
Letrado del Consello Consultivo de Galicia
Director de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento
de Santiago de Compostela

Cómo citar/Citation

Amoedo-Souto, C.-A. y Cutrín Domínguez, M. (2019).
El impacto de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, en la gestión
directa de servicios públicos locales a través de medios propios.
Revista de Administración Pública, 210, 393-432.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.14>

Resumen

El presente trabajo trata de identificar los requisitos legales actualmente en vigor para atribuir a medios propios e instrumentales la gestión directa de servicios públicos locales. Para ello se interpretan sistemáticamente las regulaciones incorporadas en la LBRL, la LRJSP y la LCSP, repasando sus inconsistencias y las posibles soluciones jurídicas existentes para dar respuesta al desafío de la correcta utilización de la técnica de los encargos obligatorios en el mundo local.

Palabras clave

Contratación pública; técnicas de autoprovisión administrativa; gestión de los servicios públicos locales.

Abstract

In this paper, we address the key legal requirements needed in Spanish public Law to award the management of a public local service to in-house technical bodies. To this purpose, we build a systematic analysis of legal rules in force, taking account of both inconsistencies and legal solutions at stake in order to get the due compliance about the use of in-house providing techniques at local level.

Keywords

Public procurement; In house providing rules; Management of public local services.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. UN POCO DE HISTORIA (JURÍDICO-ADMINISTRATIVA) SOBRE LA PAULATINA OBSOLESCENCIA DEL DERECHO LOCAL INTERNO DE LAS POTESTADES DE AUTOORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS. III. «LOST IN TRANSLATION»: LA ENIGMÁTICA REGULACIÓN DE LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS MEDIANTE PERSONIFICACIONES INSTRUMENTALES TRAS LA LEY 9/2017. IV. ¿EXISTEN LOS ENCARGOS OBLIGATORIOS DE SERVICIO PÚBLICO?: 1. EL DESDOBLAMIENTO DE PRESTACIONES PROPIAS DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y CONCESIÓN DE SERVICIO. 2. ¿ES POSIBLE ENCARGAR PRESTACIONES DE SERVICIO PÚBLICO QUE IMPLIQUE EL EJERCICIO DE AUTORIDAD?. V. LA SOLUCIÓN DEL ART. 1.6 DE LA DIRECTIVA 2014/24/CE: ALCANCE Y LÍMITES. VI. EL DÉFICIT DE ADAPTACIÓN NORMATIVA A LAS ENTIDADES LOCALES.

I. PLANTEAMIENTO

En los últimos veinte años, la operativa con medios propios en el ámbito local ha sido objeto de atención de la doctrina en diversas ocasiones¹.

¹ Cfr. F. Sosa Wagner (2003), «El empleo de los “recursos propios” por las Administraciones locales», en Luis Cosculluela Montaner (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid: Civitas, págs. 1314-1316. Las consideraciones de este autor sobre el tema son reproducidas en su clásico (2002), *La gestión de los servicios públicos locales*, Madrid: Civitas, 5ª ed., págs. 175-189, y 7ª ed., 2008. E. Montoya Martín también se ha ocupado intensamente de estas cuestiones, destacando sus trabajos (2009), *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público: su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local; (2011), «La gestión de los servicios locales a través de empresas municipales y mixtas», en S. Muñoz Machado (coord.), *Tratado de Derecho Municipal*, vol. III, Madrid: Iustel, págs. 2921-2984; (2011), «La delimitación de los encargos domésticos: presupuesto para evitar la huida de las garantías de la contratación pública», en F. López Menudo (coord.), *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, Madrid, págs. 859-907. Véase también, más recientemente, el análisis de J. Tejedor Bielsa (2013), «Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación», en J. M Gimeno Feliú y M. A. Bernal Blay (coords.), *Observatorio de los contratos públicos*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, págs. 361-423;

No es para menos. Dadas las debilidades financieras endémicas de muchas entidades locales, una de las soluciones más eficientes para la gestión de sus competencias y servicios es el recurso a fórmulas de autoprovisión administrativa, bien sean de tipo institucionalizado (fundamentalmente, mediante personificaciones instrumentales como sociedades públicas locales, consorcios o mancomunidades) o no institucionalizado, mediante esa fascinante tríada técnica —casi misterio trinitario— que son los convenios de colaboración, las encomiendas de gestión y los ahora denominados encargos obligatorios.

En el Reino de España, la cotidiana presencia de estas alternativas gestoras en el ámbito local es directamente proporcional a las dudas que han ido surgiendo en toda Europa sobre su compatibilidad con las directivas de contratación pública. No es casual que el grueso de la jurisprudencia comunitaria sentada sobre las fórmulas de colaboración horizontal y vertical se haya establecido a partir de supuestos nacidos en el ámbito local (fundamentalmente, italiano, belga o alemán).

Pues bien, a partir del 9 de marzo de 2018, la LCSP ha añadido nuevas reglas a esa utilización conjunta de instrumentos administrativos, tan reclamada por las leyes a nivel de principio², pero tan poco clara en su alcance y posibilidades concretas.

Continuando una larga tradición, el legislador básico de contratos no ha pensado especialmente en las necesidades propias de las entidades locales a la hora de trasladar las directivas de 2014 a nuestro derecho interno³. La inclu-

(2018), H. Gosálbez Pequeño, «Potestad autoorganizatoria, cooperación administrativa y servicios públicos locales», en L. Mellado Ruiz y A. Fornieles Gil (coords.), *Gestión cooperativa en el ámbito local*, Valencia: Tirant Lo Blanch, págs. 175-216. Por último, mi trabajo (2018), «La colaboración público-público en el ámbito local tras la Ley 9/2017, de contratos del sector público», *Anuario de Derecho Local*, págs. 263-298.

² El art. 3.2 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, ha elevado a principio general la obligación de que todas las Administraciones públicas faciliten preferentemente la prestación conjunta de servicios a los interesados, añadiendo a su art. 140 el principio de relación interadministrativa de «eficiencia en la gestión de los recursos públicos, compartiendo el uso de recursos comunes, salvo que no resulte posible o se justifique en términos de su mejor aprovechamiento».

³ Véase E. Ríos Marín (2016), *La contratación pública local: avances y retrocesos en su regulación. Incidencia de las Directivas «de cuarta generación»*, Barcelona: Atelier, autora para la que «sorprende que teniendo en cuenta la importancia de la contratación local dentro de la contratación pública, pues se trata de un hecho evidente no sólo por su peso económico sino por la constelación de entidades que intervienen, el legislador lleve a cabo, como se acaba de señalar, una regulación horizontal de la contratación pública sin atender a la heterogeneidad que caracteriza a estas administraciones con diferencias de tipo organizativo, de recursos humanos, de carácter económico-financiero, etc.» (pág. 87). En similar sentido se expresa M. M. Rázquin Lizarraga (2011), «La ley de contratos del sector público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial para los entes locales», *Revista de Administración Pública*, 186, pág. 56. Resulta también significativo que el «Informe en relación a les novetats que la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic que afecten de forma específica a l'àmbit local», elaborado el 14 de marzo de 2018 por la Dirección General de Contratación

sión de estas entidades en el núcleo duro del ámbito subjetivo de la ley (el nivel «administraciones públicas») es clara, dedicando la disposición adicional tercera apenas unas cuantas reglas específicas de tipo orgánico que están lejos de suponer innovaciones o adaptaciones sustantivas al ámbito local. Cambian las reglas de organización de la cocina, pero el menú a servir es sustancialmente idéntico al de los otros niveles administrativos territoriales.

Sin embargo, más allá de esta primera lectura, la LCSP ha reconfigurado sustancialmente las posibilidades de canalización de lo que hoy se conoce a nivel comunitario como colaboración público-público vertical y horizontal⁴; aún hoy, un año después, estamos depurando las consecuencias generales de todos estos cambios en la configuración estratégica de las alternativas disponibles para los gestores locales. La reflexión sobre el impacto de todo ello en el mundo local es mejorable. Y necesaria. El debate doctrinal está animándose, y lo cierto es que cuanto más escarbamos, más incertidumbres y desajustes encontramos entre la realidad jurídica local y el derecho básico de contratación pública⁵. Las dudas en este ámbito generan efectos prácticos indudables, si tenemos presente que, como una de las grandes novedades de la LCSP, se ha pasado a otorgar recurso especial en materia de contratación contra «la formalización de encargos a medios propios que no cumplan los requisitos legales» (art. 44.2.e), lo que convierte esta materia en un terreno movedizo para las intervenciones, asesorías jurídicas y secretarías generales municipales⁶.

Porque ¿sabemos *realmente* cuáles son esos requisitos legales?

Pública de la Generalitat de Catalunya, no mencione las novedades existentes en el ámbito de la colaboración público-público. Por último, cfr. J. G. Gómez Melero (2018), «Contratación de los entes locales», en E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles, *Tratado de Contratos del Sector Público*, Valencia: Tirant Lo Blanch, págs. 2663-2664.

⁴ Véase el documento de trabajo relativo a la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación dentro del sector público) Documento SEC (2011) 1169 final, de 4 de octubre de 2011.

⁵ Es este mismo sentido se pronuncian A. Huergo Lora (2017), «Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos», *Revista de la Administración Local y Autonómica*, 8, pág. 6, y L. Mellado Ruiz (2018), «Soluciones cooperativas ante la (condicionada) disyuntiva entre la gestión directa o indirecta de los servicios públicos locales», *Revista Galega de Administración Pública*, 56, pág. 255. Del mismo autor, cfr. su capítulo introductorio, «Marco normativo actual de la gestión cooperativa o relacional en la administración local. Una propuesta sistematizadora», en Mellado Ruiz y Ángel Fornieles Gil (coords.), *Gestión cooperativa en el ámbito local*, *op. cit.*, págs. 15-50.

⁶ Es significativo que el capítulo elaborado por M. Martínez Capín, A. Prada Rodríguez y E. Herrero González, sobre la fiscalización municipal de los encargos obligatorios para la obra dirigida por M. Fueyo Bros (2018), *Reglamento de control interno local*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed., se titule precisamente «Encomiendas», siendo así que su contenido se refiere a los ahora denominados encargos obligatorios (cfr. pág. 573).

Permítasenos dudar de ello. Como veremos, la LCSP deja en este punto no pocos ángulos muertos, al haber incorporado apenas algunos aspectos de la compleja operativa que comporta la autoprovisión administrativa, renunciando paralelamente a una ley especial que la afrontase integralmente en todas sus dimensiones jurídicas, permanecerán abiertas muchas cuestiones en las que será inevitable una intensa actividad interpretativa de ese complejo entramado polisindical de tribunales especiales, juntas consultivas, oficinas de supervisión, órganos jurisdiccionales, etc. Un mundo como el de la Administración local, tan débil en sus instrumentos y tan cercano a las demandas ciudadanas, será probablemente el que más se vea afectado por un entorno contradictorio, poblado de inseguridades jurídicas.

El análisis que aquí proponemos trata de concretar en el ámbito local los análisis doctrinales generales que han glosado los principales aspectos de los arts. 32 y 33 de LCSP⁷. A nuestro juicio, para ello es necesario, en términos jurídicos, confrontar las normas básicas de contratación con las normas básicas de régimen local y de organización: ¿hasta qué punto es coherente la trama jurídica formada por la LCSP, la LBRL y la Ley 40/2015?

No vamos a repetir, pues, estas aproximaciones a las novedades generales y al sentido de las opciones regulatorias escogidas por el legislador. Nuestro interés reside, más bien, en desarrollar con pormenor un problema jurídico que afecta específicamente a la gestión municipal, y cuya discusión contribuirá, a nuestro juicio, a esclarecer las estrategias de los gestores locales: *la relación entre el régimen de los encargos de la LCSP y las formas de gestión directa de los servicios públicos mediante personificaciones de derecho público o privado*.

⁷ Deben señalarse en este sentido los trabajos de B. Lozano Cutanda e I. Lozano Puyol (2017), «Los nuevos requisitos de la contratación in-house previstos en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y en la Ley 40/2015», *Contratación Administrativa Práctica*, 148; Juan Alemany Garcías (2017), *Los encargos a sociedades mercantiles de capital íntegramente público como medios propios en la legislación actual*, Barcelona: Atelier; Luis Moll Fernández-Figares, (2017), *Los encargos a medios propios en la legislación actual: Texto adaptado a las leyes 39 y 40/2015 y al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, Barcelona: Editorial Reus; Carlos-Alberto Amoedo-Souto (2018), «Los encargos a medios propios e instrumentales. ¿Hacia un nuevo comienzo?», en J. M. Gimeno Feliú, *Comentarios a la Ley 9/2017, de contratos del sector público*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, págs. 369-410, y «La regulación de los encargos a medios propios en la LCSP. Un balance provisional» (2019), *Revista Contratación Administrativa Práctica*, 159, págs. 158-163; B. Noguera de la Muela, «Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos», en E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (2018), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Valencia: Tirant Lo Blanch, tomo I, págs. 667-712. También es de alto interés el comentario de A. Ezquerro Huerva, «La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos», entrada del *Observatorio de Contratación Pública* de fecha 30 de septiembre de 2018, disponible [aquí](#).

Para entrar en materia, echaremos, en primer lugar, un pequeño vistazo al retrovisor de la historia jurídico-administrativa.

II. UN POCO DE HISTORIA (JURÍDICO-ADMINISTRATIVA) SOBRE LA PAULATINA OBSOLESCENCIA DEL DERECHO LOCAL INTERNO DE LAS POTESTADES DE AUTOORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS

Tradicionalmente, las posibilidades de utilización de específicas formas de personificación de las entidades locales para la atención de los servicios públicos municipales han venido siendo reguladas en las sucesivas leyes de régimen local. La regulación se atribuía a estas leyes, en cuanto leyes especiales, y no a las normas reguladoras de la contratación administrativa.

En efecto, desde el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo del año 1924, las distintas leyes de régimen local han venido contemplando la posibilidad de constitución de sociedades municipales para la gestión y prestación de servicios públicos⁸. Los títulos jurídicos sobre los que gravitaba la construcción de esta forma «mercantil» de gestión administrativa era, por un lado, la titularidad, total o parcial, de las acciones que conformaban el capital social de la empresa en cuestión; por otro lado, un objeto societario coincidente con el de alguna competencia legalmente atribuida a la entidad local. Bastaba con la formulación correcta de ambos aspectos a través del correspondiente expediente para poder conformar legalmente esta exitosa, flexible y extendida fórmula de prestación de servicios públicos locales.

Es cierto, sin embargo, que el régimen era distinto si se trataba de una personificación de derecho privado totalmente controlada por la entidad territorial, o bien controlada apenas parcialmente, por la existencia de un socio o «partenaire» capitalista privado⁹ que aportaba capital y/o «know how» empresarial.

En el primer caso, nuestra legislación de derecho local ha venido anudando la conclusión de la existencia de una gestión directa, con una serie de consecuencias y vinculaciones de derecho público que se superponían a la pura naturaleza jurídico-privada de la entidad mercantil creada.

En el segundo caso, sin embargo, desde la Ley de Contratos del Estado de 1965, la creación de una sociedad de economía mixta ha venido siendo calificada legalmente como una forma de gestión *indirecta* de la gestión del servicio público,

⁸ Véase E. García de Enterría (1955), «La actividad industrial y mercantil de los municipios», *Revista de Administración Pública*, 17, págs. 98 ss.

⁹ Véase D. Santiago Iglesias (2010), *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Madrid: Iustel. De la misma autora, véase posteriormente su trabajo «La gestión de los servicios públicos locales a través de sociedades de economía mixta», en S. Muñoz Machado (dir.) (2011), *Tratado de Derecho Municipal*, tomo III, Madrid: Iustel, 3ª edición, págs. 2855-2920.

en la medida en que supone la participación de una persona privada en la explotación del servicio¹⁰.

En esta modalidad de gestión, lo usual ha sido demandar la existencia de un nuevo título: un negocio jurídico bilateral que formalice las relaciones entre la personificación mercantil y la entidad local titular del servicio. En definitiva, una modalidad específica de contrato, que ha venido siendo identificada con la típica del contrato de gestión de servicios públicos.

Tal comprensión ha sido predominante en nuestro derecho, con el paréntesis que supuso la Ley 13/1995 (cuyo art. 155.2 permitía atribuir la gestión directa del servicio a sociedades de derecho privado en cuyo capital la participación administrativa fuese mayoritaria¹¹), posteriormente modificada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que restableció la exigencia de participación exclusivamente pública en el capital de estas sociedades¹². Y ello, al margen de si la titularidad pública de la entidad instrumental debe ser exclusiva de la entidad local matriz, o si puede estar abierta a otras entidades locales¹³.

¹⁰ Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2005 (RJ 2005/4716, ponente: Celsa Pico Lorenzo) y de 27 de abril de 2006 (RJ 2006/4675, ponente: Mariano Baena del Alcázar). Sin embargo, es de notar que conforme a estas sentencias, el Tribunal Supremo considera gestión directa la atribución de la gestión de un servicio municipal a otra entidad local mediante convenio, precisamente porque no hay sujeto jurídico-privado que preste el servicio.

¹¹ Recuérdese que conforme al art. 155.1, «Los contratos mediante los que las Administraciones Públicas encomienden a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio», añadiendo el párrafo segundo que: «No serán aplicables las disposiciones de este título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma».

¹² Dando la siguiente redacción al art. 155.2: «No serán aplicables las disposiciones de este Título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma». Interpretando esto como una vuelta al sistema tradicional, véase el Informe 24/2000, de 30 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Véase también el informe 4/2005, de 28 de junio, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana. Recuérdese también que conforme al art. 182 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD 1098/2001, de 12 de octubre de 2001): «En los contratos de gestión de servicios públicos la sociedad de economía mixta figurará como contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos».

¹³ En este punto, las soluciones legales han variado. La Ley 57/2003 modificó la redacción del art. 85 LBRL para admitir la gestión directa de un servicio público local mediante sociedad mercantil solo cuando su capital le perteneciese íntegramente a la entidad local

En la primera de las hipótesis —la de gestión directa por empresa municipal de titularidad 100% pública—, las leyes de régimen local en España no han considerado nunca necesario articular ningún negocio jurídico bilateral (ya fuese contrato o convenio) para dotar de cobertura este tipo de fórmulas de gestión: prevalecía el punto de vista organizativo, de la potestad autoorganizatoria interna, sobre el punto de vista contractualista, de modo que la formalización de una relación bilateral resultaba innecesaria, pues se entendía que bastaban las previsiones de la LBRL y de sus normas de desarrollo (básicas y autonómicas) para organizar jurídicamente tanto el expediente de creación de la entidad como el despliegue operativo de las relaciones intraadministrativas de dependencia, tutela y control entre la entidad matriz y su personificación instrumental¹⁴.

Esta innecesidad de una formalización bilateral ha sido expresada legalmente en nuestro derecho público mediante la fórmula que lucía hasta el 9 de marzo de 2018 en el art. 8.2 del TRLCSP: «Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública»¹⁵.

Este precepto, proclamado material y formalmente básico por el propio Tribunal Constitucional (STC 84/2015, FJ 5), ha desempeñado durante años el papel de un *cambio de agujas* entre el grupo normativo local (construido en este punto alrededor de la articulación de las potestades de autoorganización muni-

titular del servicio, mientras que la Ley 30/2007 volvió a modificar el art. 85 para admitir la gestión directa de servicios públicos locales cuando se atribuyan a sociedades mercantiles locales *cuyo capital sea de titularidad pública*, lo que supone abrir la composición del capital a otras Administraciones territoriales, es decir, a fórmulas colaborativas de prestación de servicios.

¹⁴ Téngase en cuenta, por ejemplo, la elaboración y aprobación preceptiva del PAIF (Programa de Actuación, Inversiones y financiación) de las sociedades mercantiles locales, que deben integrarse en el presupuesto de la entidad local correspondiente de conformidad con el art. 168 de la Ley de Haciendas Locales.

¹⁵ En idéntico sentido véanse el art. 8.2 de la Ley 30/2007, de contratos del sector público; el art. 154.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; el art. 155.2 de la Ley 13/1995, de contratos de las Administraciones públicas; en la redacción del art. 62 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, puede leerse que: «El contrato mediante el cual el Estado encomiende a una persona natural o jurídica la gestión de un servicio se regulará por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio en cuanto no se opongan a aquella. No se entenderán comprendidos en ella los supuestos de personificación de servicios mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a su gestión, ni aquellos en que la misma se encomiende a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea en su totalidad propiedad del Estado o de un ente público del Estado».

cial para la prestación de servicios públicos) y el grupo normativo de contratos públicos (construido fundamentalmente desde el punto de vista de las garantías de publicidad, concurrencia e igualdad en la selección del contratista que deba prestar un determinado servicio).

Por decirlo con las claras palabras de Encarnación Montoya Martín: cuando una Administración, en el ejercicio de su potestad organizatoria, crea una entidad instrumental de derecho privado, por ejemplo, una sociedad anónima cuyo objeto es la gestión directa de tareas de competencia e interés público, como en el caso de los servicios públicos locales, no hay relación contractual entre la Administración y dicha sociedad, para el desarrollo de las actividades que conforman su objeto social la Administración no precisa instrumentar encargos de gestión singulares o *ad hoc*¹⁶.

Esto mismo sería predicable también de las fundaciones públicas locales, herederas de las viejas fundaciones de servicio del RSCL, y de los consorcios o mancomunidades municipales, entidades locales no territoriales de tipo asociativo, cuya misión es precisamente *personificar la gestión conjunta colaborativa e institucionalizada de tales competencias*, articulada por sus partes integrantes mediante un instrumento colaborativo (el convenio de creación) y los estatutos o normas reguladoras propias de la nueva entidad¹⁷.

¹⁶ Cfr. «La gestión de servicios locales a través de empresas municipales y mixtas», en S. Muñoz Machado (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, tomo III, *op. cit.* págs. 2956-2957. En el mismo sentido, cfr. R. Parada Vázquez (2000), *Derecho Administrativo I*, Parte General, Madrid: Marcial Pons, pág. 367. S. Ortiz Vaamonde (2004), *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo*, Madrid: La Ley, págs. 506-507. Véase también el Informe de la Abogacía del Estado 4/2005, de 20 de junio, así como el Informe 26/2008, de 3 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

¹⁷ Por decirlo con las palabras del Informe 9/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña: «[...] el art. 8.2 de la LCSP, como se desprende de su propio tenor literal, hace referencia a dos supuestos, que pueden ser considerados como manifestación de la gestión directa de un servicio público, entendida como una fórmula de organización de las administraciones públicas para el ejercicio de sus competencias. *Esta fórmula de gestión directa del servicio público es una técnica diferente de la técnica de los encargos que se hacen a medios propios: los llamados contratos internos o in house providing e, incluso, el hecho de que una determinada entidad de derecho público o sociedad tenga atribuida la gestión directa de un servicio público, no obsta que pueda recibir otros encargos por la vía del art. 4.1. n de la LCSP, si tiene reconocida la condición de medio propio de quien los realiza*». Las cursivas son nuestras. Téngase en cuenta que la Ley 40/2015 establece ahora la obligatoriedad de un convenio de creación para los consorcios, que ha de incluir los estatutos, la administración de adscripción, un plan de actuación y una proyección presupuestaria trianual. Esta regulación, de conformidad con el art. 119.3, es de aplicación directa en el ámbito del sector público local, teniendo apenas un carácter supletorio las normas establecidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, y en la Ley 27/2013, de 21 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local sobre los consorcios locales.

Con el tiempo, el derecho local sectorial ha propiciado la constitución de numerosas sociedades mercantiles locales cuyo objeto social era una concreta competencia municipal no especialmente reservada a las entidades locales por el art. 86.3 LBRL: tal es el caso, por ejemplo, de las sociedades urbanísticas municipales, contempladas por los arts. 21 a 23 del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978, tanto en su forma de sociedad totalmente pública como mixta¹⁸. Más allá de este ámbito, el Informe del Tribunal de Cuentas de fiscalización de cuentas del sector público local del ejercicio del 2016 nos permite contar con datos actualizados del variadísimo alcance sectorial de estas fórmulas (véase el cuadro a continuación).

Cuadro 70. Clasificación por actividad de las sociedades mercantiles y EPEs en función del tipo de entidad local de la que dependen

Actividad de la sociedad mercantil/ entidad pública empresarial	Aytos.	Diput. Prov.	Cabildo/ Consejo Insular	Comarca	Mancom.	Área Metrop.	EATIM	Total
Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	9	0	2	0	0	0	0	11
Industrias extractivas	1	0	1	0	0	0	0	2
Industria manufacturera	21	1	1	1	1	0	0	25
Suministro de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado	29	1	2	0	0	0	1	33
Suministro de agua, saneamiento, gestión de residuos y descontaminación	68	4	0	6	2	0	0	80
Construcción	189	4	3	1	0	1	0	198
Comercio al por mayor y al por menor	23	0	0	0	0	0	0	23
Transporte y almacenamiento	22	0	4	0	0	5	0	31
Hostelería	8	2	0	1	0	0	0	11
Información y comunicaciones	51	6	3	0	0	0	0	60
Actividades financieras y de seguros	2	0	0	0	0	0	0	2
Actividades inmobiliarias	26	1	0	1	0	0	0	28
Actividades profesionales, científicas y técnicas	55	5	2	0	2	0	0	64
Actividades administrativas y servicios auxiliares	47	2	4	0	0	0	0	53
Administración pública y defensa; Seguridad Social obligatoria	92	9	2	3	0	1	0	107
Educación	21	0	1	1	0	0	0	23
Actividades sanitarias y de servicios sociales	30	0	2	1	0	0	0	33
Actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento	63	4	8	1	0	0	1	77
Otros servicios	18	0	2	1	1	0	0	22
Actividades de organizaciones y organismos extraterritoriales	3	0	0	0	0	0	0	3
TOTAL	778	39	37	17	6	7	2	886

¹⁸ Conforme al art. 21, «1. Las Administraciones urbanísticas podrán crear, conjunta o separadamente, Sociedades anónimas cuando así convenga a la promoción, gestión o ejecución de actividades urbanísticas. El acuerdo de creación, así como, en su caso, el de participación en la Sociedad ya creada, se regirá por la legislación que a cada Entidad le sea aplicable. 2. Podrá, especialmente, encomendarse a las Sociedades constituidas por las Administraciones urbanísticas:

- a) La realización de obras de infraestructura y dotación de servicios en un área o polígono determinados de actuación urbanística.
- b) La promoción y gestión de urbanizaciones, con independencia del sistema que se adopte para la elaboración y ejecución del planeamiento urbanístico.

A partir del nuevo siglo, sin embargo, el derecho europeo de armonización de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos ha provocado no pocas dudas sobre la compatibilidad de estas fórmulas instrumentales de gestión de servicios públicos locales con las correspondientes directivas comunitarias y la jurisprudencia generada a su alrededor.

Momento clave de esta evolución ha sido la Ley 30/2007, de 30 de octubre, a partir de cuya entrada en vigor en mayo de 2008 comenzó a exigirse a las personificaciones instrumentales típicas una serie de requisitos sustantivos y, además, el reconocimiento formal de su condición de medio propio en la norma de creación o en los estatutos de tales entidades. Estos requisitos, expresados en el art. 24.6, pasaron a ser obligatorios para poder utilizar correctamente la técnica de las encomiendas obligatorias, no contractuales, de concretas obras, servicios o suministros (a su vez excluidas de la LCSP a través de su consignación expresa en el art. 4.1.n).

Se trataba así de cumplir los requisitos jurisprudenciales del control análogo y la mayor parte de actividad dedicada a la entidad matriz que había ido marcando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁹, con la ayuda de la comunicación interpretativa de la comisión relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 12 de abril de 2008, especialmente relevante para las sociedades públicas mixtas.

El reconocimiento formal y expreso de tal condición de medio propio obligó a partir de ese año 2008 a modificar y adaptar los estatutos de EPEL y de sociedades públicas locales que recibían encargos singulares de sus entidades matrices a

Y de conformidad con el art. 23, «La Administración competente podrá entregar a las Sociedades urbanizadoras las concesiones de servicio convenientes, a fin de que con su explotación obtengan la retribución de la obra urbanizadora».

¹⁹ Desde el asunto *Teckal* (Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 1999, C-107/98), pasando por las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 2005, asunto *Stadt Halle RPL Lochau* (asunto C-26/03); de 13 de octubre de 2005, asunto *Parking Brixen* (C458/03); de 21 de julio de 2005, asunto *Coname* (C 231/03); Sentencia de 13 de noviembre de 2008, asunto *Coditel Brabant* (C324/07); de 9 de junio de 2009, asunto *Hamburgo* (C-480/06); Sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto *Sea Srl/Commune di Ponte Nossa* (C573/07); de 29 de noviembre de 2012, asunto *Econord Spa*; de 19 de diciembre de 2012, asunto *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* (C-159/11); de 13 de junio de 2013, asunto *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH* (C- 386/11); Sentencia de 8 de mayo de 2014 asunto *Datenlotsen Informationssysteme GmbH* (C-15/13); Sentencia de 19 de junio de 2014, asunto *Centro hospitalar de Setúbal y Such* (C-574/12); Sentencia de 11 de diciembre de 2014, asunto *Azienda sanitaria locale* (C-113/13); Sentencia de 8 de diciembre de 2016, asunto *Cogesa SpA* (C-553/2015); Sentencia de 5 de abril de 2017, asunto *Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía* (C-391/15).

las determinaciones del art. 24.6 LCSP²⁰. Pero, en el ámbito del grupo normativo local, ni el legislador básico ni los legisladores autonómicos —con la excepción de Navarra, como veremos— entendieron necesario desarrollar normativamente estos aspectos, aunque en algún caso se enriqueció el listado de fórmulas instrumentales de gestión directa²¹.

Y en esas estábamos cuando llegó la crisis y, con ella, el famoso Informe CORA de 2013.

Este Informe planteó diversas medidas de reforma del sector público. Entre ellas, la introducción de un mayor control de eficacia sobre la potestad de autoorganización de los servicios públicos mediante fórmulas de personificación instrumental.

Este control de eficacia se incorpora a la LBRL mediante la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, con la esperanza de que mediante su uso se reduzca el número de entidades instrumentales locales, cuyo inventario se presumía excesivamente numeroso e ineficaz.

De la nueva redacción dada al art. 85.2 LBRL por la LARSAL, se desprende que para que pueda «hacerse uso» de entidades públicas empresariales locales y sociedades mercantiles locales de capital público para la gestión directa de servicios públicos, las entidades locales matrices han de acreditar en el expediente «mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) [gestión por la propia entidad local] y b) [gestión por organismo autónomo local], para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así

²⁰ Para el ámbito de la Administración General del Estado, véase el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2008 por el que se dan las instrucciones para la atribución de la condición de medio propio y servicio técnico a las sociedades mercantiles estatales cuyo capital corresponde en su integridad a la Administración General del Estado o a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales y a fundaciones constituidas con aportación íntegra de esta entidad (no publicado), así como el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2008, por el que se da aplicación a la previsión de los arts. 152 y 147 de la Ley 47/2003 (contenidos básicos de la fiscalización previa), en particular, el punto decimoquinto, sobre expedientes de ejecución de trabajos por la propia administración (*BOE*, 143, de 13 de junio de 2008).

²¹ Nos referimos a las modalidades contempladas por el art. 33 de la Ley andaluza 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía:

- a) Prestación por la propia entidad local.
- b) Agencia pública administrativa local.
- c) Agencia pública empresarial local.
- d) Agencia especial local.
- e) Sociedad mercantil local.
- f) Sociedad interlocal.
- g) Fundación pública local.

como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local, quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el art. 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera».

Cuando el legislador básico ha utilizado en esta redacción la expresión «hacerse uso», lo hace, a nuestro entender, para incorporar este control de eficacia más allá del momento inicial de creación de una nueva entidad instrumental destinada a la gestión directa de un servicio; es decir, lo hace para imponer un «control continuo» de eficiencia en las hipótesis —nada infrecuentes en la práctica— de una imputación sobrevenida de la gestión directa de un servicio a los medios propios locales cuya naturaleza jurídica sea EPEL o sociedad pública local²².

Tal control de eficiencia, sin embargo, es fácilmente superable en la medida en que los encargos obligatorios de servicios —a diferencia de los encargos de obras— no están sujetos a IVA desde el 1 de enero de 2015, lo cual permite ahorrar de manera objetiva un 21% del coste respecto de la externalización contractual²³.

²² Un ejemplo de control de eficiencia puede verse en el caso resuelto por la Sentencia 160/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 26 de febrero de 2018 (relator, Julio Luis Gallego Otero). Esta sentencia anuló, a instancias de la contratista FCC, el acuerdo municipal del Ayuntamiento de Grado de 16 de febrero de 2016, por el que se aprobaba la recuperación o «reinternalización» de la gestión directa del servicio público de limpieza viaria; pero al mismo tiempo dio por válida la encomienda obligatoria de la prestación del servicio de recogida de residuos sólidos al medio propio Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos de Asturias, con base en que: «[...] no sólo ha existido motivación formal en los acuerdos impugnados adoptados con la cobertura de informes jurídicos y económicos, sino que de éstos se deduce la justificación del cambio de prestación del aludido servicio público al no requerir ni mayor consignación presupuestaria; y que la diferencia de coste es inapreciable (poco más de 300 euros en una cuantía de 321.491,45 euros), para lo cual la sentencia apelada tiene en cuenta la memoria y el estudio presentado por COGERSA. De estos elementos extrae la consecuencia que el cambio está justificado, desde un punto de vista técnico, económico y jurídico, y no se aprecia que la opción elegida sea inadecuada o carezca de motivación, ni que por tanto una forma de gestión sea indudablemente superior a la otra en términos de sostenibilidad y eficiencia [...] Acreditado que no existe diferencia ni cualitativa ni cuantitativa entre ambos modelos, no cabe duda que la gestión directa es jurídica y económicamente viable, siendo una de las opciones que tiene la Administración para prestar los servicios públicos que le competen, y frente a esta decisión consecuencia del libre ejercicio de sus potestades y de la autonomía municipal, no se puede oponer salvo que se demuestre su ilegalidad o arbitrariedad, otra de las posibilidades de gestión de los mismos (FJ 4)».

²³ En materia de tributación del IVA de los encargos, la disposición final décima de la LCSP volvió a modificar el núm. 8º del art. 7 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto del Valor Añadido (ya modificado por Ley 28/2014, de 27 de noviembre), añadiendo un nuevo apartado que establece la no consideración como operaciones sujetas a este impuesto de los servicios prestados entre las entidades que tengan la condición de medio propio, íntegramente dependientes de la misma Administración pública.

Apenas un par de años después, un control similar fue introducido por el legislador básico en el art. 86 de la Ley 40/2015, que regula la adquisición de la condición de medio propio e instrumental dentro del sector público institucional estatal, supeditándola a un control ejercido por la Intervención General del Estado²⁴. Sin embargo, este precepto no era en su origen aplicable a los medios propios de titularidad local, por lo que no añadió nada nuevo en nuestro ámbito.

En concreto, el art. 86 dejó las puertas abiertas para que fuese el legislador básico de contratos el que traspusiese las nuevas determinaciones incluidas sobre la operativa de autoprovisión en las directivas comunitarias de contratación pública del año 2014.

III. «LOST IN TRANSLATION»: LA ENIGMÁTICA REGULACIÓN DE LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS MEDIANTE PERSONIFICACIONES INSTRUMENTALES TRAS LA LEY 9/2017

Veamos los términos del problema tal y como se formulan en la actualidad, tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017.

²⁴ Véase J.M. Gimeno Feliú (2017), «La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en el régimen de contratación de ciertos poderes adjudicadores y de la Ley de Procedimiento Administrativo Común en la posibilidad de control», *Contratación Administrativa Práctica*, 147, enero-febrero, para quien: «Esta regulación limita, acertadamente, la utilización de la técnica del medio propio, adecuándola a su finalidad auto-organizativa y evitando la creación de “medios propios formales” con la intención de huir de las reglas y principios del derecho administrativo». En el mismo número de *Contratación Administrativa Práctica*, con más pormenor, véase el trabajo de I. Gallego Córcoles, «Los encargos a medios propios y servicios técnicos en la LRJSP», cit., quien destaca la doble delimitación conceptual de los negocios jurídicos resultantes: la opción semántica a favor del «encargo» frente a la «encomienda de gestión» (concepto utilizado, como sabemos, por el TRLCSP desde 2007); y la distinción objetiva entre encomiendas de gestión (materia del art. 11 de la LRJSP: las encomiendas no pueden tener por objeto prestaciones propias de los contratos públicos) y encargos a medios propios. También ha destacado esta autora el carácter fragmentario de la regulación del art. 86 LRJSP. Criticando el enfoque «eficientista» del art. 86, véase J. Bermúdez Sánchez (2015), «La modificación de los modos de gestión de servicios públicos en el Proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público», *Documentación Administrativa*, 2, enero-diciembre, disponible en línea. Téngase en cuenta que el art. 86.3 LRJSP ha sido desarrollado por la Resolución de 6 de julio de 2017 de la Intervención General de la Administración del Estado por la que se aprueba la Instrucción para la elaboración del informe a emitir en virtud del art. 86.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Resolución que ya ha sido sustituida por la posterior Resolución de 16 de mayo de 2019, sobre la que volveremos posteriormente.

a) La «misteriosa» desaparición de la regla del art. 8.2 TRLCSP

A partir del 9 de marzo de 2018, la tradicional regla del art. 8.2 TRCLSP (una regla de prevalencia de la regulación organizativa de la LBRL en materia de gestión directa de los servicios municipales frente a la ley de contratos, reguladora de la gestión indirecta) se «ha perdido» en el proceso de trasposición y refundición en una sola ley de las Directivas 23 (la Directiva reguladora de la concesión de servicios) y 24 (la Directiva general). Ha desaparecido con carácter general.

Y, como suele ocurrir en estos casos, «parece un accidente»: no consta mayor explicación ni en el preámbulo de la ley, ni en la memoria de impacto normativo ni en el informe del Consejo de Estado. El art. 8.2 ha quedado enterrado en la fosa común del cambio normativo desatado por la trasposición de las directivas de 2014, obligándonos así a coger los bártulos de la arqueología jurídico-forense.



SERBIENTRABA
EMPLEO Y SERVICIO AL
CONSUMIDOR Y ESTADO

ARTÍCULOS ANTEPROYECTO LCSP	ARTÍCULOS TRLCSP VIGENTE	ARTÍCULOS de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DM)	ARTÍCULOS de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DC)
13	6	2.1.(6) y (7)	
14	7		5.1.a); 5.(1).b); Considerandos (11) y (17) a (26)
15			5.1.b)
16	9	2.1.(8)	
17	10	2.1.(9)	
18	12	3 y 10	20 y 21
19	13	1.3; 8; 10. b); d); h); i); 15.2. primer y segundo párrafo; 15.3; Considerando (27)	10.3; 10.7; 10.8.b) y d); 11; 12; 13.2.g)

Tabla 1. Correspondencias de la Memoria de Impacto Normativo del Anteproyecto de LCSP

Siguiendo el viejo criterio hermenéutico del «legislador racional», podríamos interpretar que el legislador básico de contratos ha tenido razones para no considerar oportuna la reproducción en la LCSP del contenido del art. 8.2 TRLCSP. Al respecto, no es inútil ensayar la siguiente hipótesis explicativa.

b) Una hipótesis explicativa: la voluntad del legislador de otorgar a la LCSP el papel de ley de cabecera de la regulación de la gestión directa e indirecta de los servicios públicos, incluidos los locales

Lo relevante y novedoso que en este terreno aporta la LCSP no es tanto el desdoblamiento tipológico producido en la vieja gestión indirecta de los servicios públicos —ahora, contrato de concesión de servicios (arts. 15, 284 y siguientes) o contrato de servicios (art. 17), especialmente en su modalidad prevista por el art. 312 (contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a la ciudadanía)—, sino la *densificación de las reglas de autoprovisión horizontal y vertical* que se ha incorporado al art. 6, 32 y 33 LCSP²⁵.

El legislador de 2017 no se ha limitado a incorporar sin más el tenor de las directivas, sino que ha desarrollado el enfoque restrictivo propio de la operativa de autoprovisión vertical, siguiendo —bien es cierto que apenas en parte— las recomendaciones del Tribunal de Cuentas²⁶.

En particular, además de incorporar literalmente el contenido de las directivas sobre el alcance de los criterios de control análogo y la mayor parte de actividad (más del 80%), la letra d) del art. 32.4 incorpora ahora dos requisitos a mayores desde el 9 de septiembre de 2018²⁷, requisitos que tienen que ver con las reiteradas recomendaciones del Tribunal de Cuentas de extremar las precauciones sobre la idoneidad de los medios propios para realizar de suyo los encargos, de modo que esta técnica no se convierta en una huida del derecho administrativo: es exigible que, *previamente al reconocimiento de la condición de medio propio personificado en los estatutos o actos de creación*, se acredite el cumplimiento de:

- Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio²⁸.

²⁵ Me he ocupado de analizar esta densificación normativa en mi trabajo «Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?», en José María Gimeno Feliú (dir.) (2018), *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, págs. 369-410.

²⁶ Véase el resumen de todo este trabajo fiscalizador en la moción del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones públicas, de 22 de diciembre de 2016 (núm. 1.198), págs. 13-15.

²⁷ De conformidad con lo establecido por la disposición transitoria cuarta de la LCSP de 2017.

²⁸ Se trata de un acto administrativo que deberá elaborar y aprobar el órgano administrativo correspondiente de la Administración local: lo cual nos remite a un incierto terreno, pues lo cierto es que los listados competenciales de los plenos municipales o provinciales (sea por vía de LBRL, ley autonómica sobre entidades locales o por vía de reglamento orgánico) no suelen incorporar atribuciones singulares sobre estas materias, si bien es cierto que cabría atribuir a los plenos esta competencia al amparo de lo previsto en el art. 22.f) LBRL, que atribuye al pleno de los ayuntamientos «[...] La aprobación de las formas de gestión de los servicios y de los expedientes de municipalización».

- 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 social²⁹.

Además, estos aspectos deben mantenerse durante toda la vigencia de la operativa con encargos, pues, si se desvirtúan, pueden llevar a la pérdida sobrevenida de la idoneidad necesaria para ostentar la condición de medio propio, dado que el art. 32.5 LCSP dispone que el incumplimiento sobrevenido de cualquiera de los requisitos establecidos en los apdos. 2 o 4 del art. 32, según corresponda en cada caso, comportará la pérdida de la condición de medio propio personificado y, en consecuencia, la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada; sin perjuicio de la conclusión de los encargos que estuvieran en fase de ejecución³⁰.

Pues bien, si es cierta la premisa de que el legislador básico de 2017 ha ampliado los requisitos que en su día se habían incluido en el art. 24.6 de la Ley 30/2007, es razonable pensar que uno de esos desarrollos —no explícito— haya sido la *voluntad de absorber por completo en la LCSP la regulación jurídica de la gestión directa de los servicios públicos mediante personificación instrumental*.

²⁹ La LCSP presume la «solvencia» cuando el medio propio haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los grupos, subgrupos y categorías que ostente. Cuando no exista esa clasificación, habrá que acreditar la suficiencia de medios personales y materiales por cualquier medio disponible, lo que abre el abanico de posibilidades a los gestores: también la incertidumbre. Así, por ejemplo, cabe señalar que la suficiencia de medios personales no excluye la posibilidad de acudir a la contratación de personal laboral temporal para la ejecución del encargo, pues el art. 32.7 parece referirse más bien a la contratación de prestaciones parciales a través de contratación administrativa, no laboral. Por lo demás, indicar que esta verificación no solo se extiende a la suficiencia de medios, sino también a la idoneidad del encargo para encajar dentro del objeto social del medio propio.

³⁰ Esta regulación ha sido aplicada en el controvertido caso de la *Sociedad Urbanística Provincial de Lugo, S.A.*: un medio propio e instrumental de la Diputación de Lugo, creado en mayo de 2009, al que se le encomienda en 2010 la construcción y gestión de una red de residencias para la tercera edad en distintos ayuntamientos de la provincia lucense. En el período 2015-2015, un diputado provincial del PSOE, por desavenencias con su partido, dio la mayoría de votos al Partido Popular en la Junta de Administración de la mercantil, propiciando así su nombramiento como presidente de SUPLUSA. Esto generó una situación de «insumisión» a la Diputación Provincial, donde la mayoría era ostentada por el PSOE, de modo que el «medio propio e instrumental» iba por libre, y no acataba las órdenes de su administración matriz, en asunto tan sensible políticamente en Lugo como las residencias para mayores. La situación llevó a que el 9 de marzo de 2018, la junta de gobierno de la Diputación lucense dictase la pérdida sobrevenida de la condición de medio propio de SUPLUSA, ordenando la liquidación de la encomienda en ejecución. A día de hoy, al respecto están pendientes varios pleitos tanto en la jurisdicción contenciosa como mercantil.

Así, mediante esta hipótesis, podría explicarse dos cosas:

- Por un lado, la extravagante técnica utilizada por la disposición final cuarta LCSP en su punto tercero para atribuir carácter supletorio básico al régimen de los medios propios personificados previsto en el art. 86 de la LRJSP.
- Por otro lado, la discreta desaparición de la regla del art. 8.2 TRLCSP.

c) Los vestigios arqueológicos del art. 8.2 TRLCSP en la LCSP

Para contrastar la verosimilitud de esta hipótesis, debemos centrarnos ahora en el único «vestigio arqueológico» nítido del art. 8.2.

Se trata del art. 32.7 LCSP, que regula una de las excepciones a la regla de limitación general de la externalización parcial de los encargos obligatorios al 50% de su importe. Dicho de otra manera quizá más clara, este precepto regula los casos en los que es posible externalizar parcialmente el encargo obligatorio más allá del 50%, sin por ello alterar la regla de la idoneidad del medio propio:

No será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. Igualmente, no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Se abordan aquí tres supuestos distintos, que conviene distinguir:

- a) Contratos de obras realizados por los medios propios en ejecución de encargos concesionales de obras o servicios.
- b) Atribución de la gestión directa de un servicio público mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a tal fin. Las hipótesis que aquí se engloban son la atribución del servicio a un EPEL o a un consorcio.
- c) Atribución de la gestión de un servicio público a una sociedad de derecho privado de capital íntegramente público, que puede ser preexistente o de nueva creación. La forma instrumental arquetípica aquí es la sociedad pública local de titularidad totalmente pública, ya sea unimunicipal o no.

Cabe comentar que la excepción a la primera hipótesis no gustó al Consejo de Estado, quien en su Dictamen al Anteproyecto de Ley observó que «no debería exceptuarse», dado que: «Aun cuando no es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión Europea, parece conveniente disminuir la posibilidad de contratación parcial por el medio propio para evitar el riesgo de excluir el acceso de terceros a la contratación mediante los procedimientos establecidos en el texto sometido a consulta» (pág. 91).

Por su parte, los supuestos b) y c) son el fruto de dos enmiendas parlamentarias, la número 9, introducida por la diputada Ana Oramas, del Grupo Mixto, y la número 482, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, ambas coin-

cientes, y ambas aceptada por la ponencia³¹. Los redactores de la LCSP, pues, fueron conscientes de la especificidad de los encargos de servicio público a entidades instrumentales, pero esa conciencia se limitó apenas a proporcionar una regla permisiva de la «externalización» total de estos encargos, sin proporcionarnos mayores orientaciones sobre el régimen general de los encargos en estos supuestos.

La técnica normativa puede parecer criticable³²; pero si retomamos ahora nuestra hipótesis explicativa, quizá cobre sentido.

Si el legislador básico considera que la atribución de la gestión (directa) de un servicio público a entidades de derecho público o privado de titularidad pública es obviamente posible, y admite que en estos casos se pueda externalizar sin límite alguno la ejecución de esa gestión, es porque considera que tales operaciones no son sino modalidades especiales del régimen común de los encargos obligatorios que se contiene en el art. 32 LCSP, cuya regulación habría pasado a absorber todas las hipótesis posibles de operaciones verticales, incluidas las especiales contenidas en la legislación local. Si esto es así, la regla del art. 8.2 TRLCSP ha pasado a ser innecesaria, pues se asume que en este punto la LBRL ya no es norma especial que pueda sustraer sus determinaciones sobre las formas de gestión de los servicios públicos del pleno alcance de la LCSP³³. *Es esta la que asume*

³¹ La redacción original se detenía al acabar la frase «... ya sea de obras o servicios». La introducción del párrafo que comienza con la frase «igualmente, no será aplicable...» es justificado así por sus proponentes: «La redacción propuesta confunde el “encargo de una obra o servicio concreto” con el encargo de “gestionar un servicio” que es lo que hacen habitualmente las sociedades municipales, al tratarse de una forma de gestión directa de los servicios públicos. Tal y como está redactado el Proyecto de Ley si se encargase una promoción urbanística o un grupo de viviendas, por mucho que sea el valor del conjunto de las actuaciones de gestión que se deba realizar (proyectos, licencias, dirección de obras, acogimiento a la protección oficial, solicitud de ayudas y créditos de los planes de vivienda, selección de adjudicatarios, seguridad y salud...) nunca podrá ser comparado con el valor de la obra a ejecutar (obra de edificación o de urbanización). El resultado es que podría haber problemas para realizar el encargo de gestión, salvo que se admitieran complejos procedimientos de justificación o que se tenga en plantilla un número elevado de trabajadores especializados, con las limitaciones legales que actualmente existen para hacer nuevas contrataciones de personal. Además de lo anterior, la regulación que se propone es opuesta a la normativa específica de las sociedades urbanísticas, que le imponen la obligación de ser solo promotoras y no constructoras, al prohibirle la ejecución material de las obras y obligarlas a ofertarlas públicamente, como poder adjudicador que son». Véase *BOCG* de 16 de marzo de 2017, págs. 15-16, y 406.

³² Así lo ha observado con acierto M. Vilalta Reixach, en su trabajo (2018), «De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de Contratos del Sector Público: encargos a medios propios y transferencia de competencias entre entidades públicas», *Revista Galega de Administración Pública*, 56, págs. 280-281.

³³ A. Ezquerro Huerva lo ha formulado así: «[...] la principal duda que se plantea es si, en la medida en que la asignación de la gestión del servicio local a un organismo autónomo, a una EPEL o a una empresa pública se lleva a cabo sin concurrencia competitiva, ha de

*la cabeza del grupo normativo sobre las formas de gestión directa e indirecta de los servicios públicos locales, y sitúa en un plano secundario a la legislación local básica*³⁴.

Esta solución jurídica, sin embargo, nos sitúa ante no pocas preguntas: ¿cómo conviven ahora el art. 32 LCSP con las disposiciones básicas clásicas de la LBRL sobre la gestión directa, una vez suprimido el art. 8.2 TRLCSP? ¿Cómo deben interpretarse sistemáticamente?

Dicho en otros términos: la ausencia de una regla general similar a la del art. 8.2 TRLCSP, ¿significa que ha desaparecido la tradicional prevalencia de lo organizativo que caracterizaba la legislación básica local y, en su lugar, para la gestión directa de un servicio público local ha pasado a ser *necesaria* la formalización de un título jurídico de encargo obligatorio del servicio entre la administración (o administraciones, pues también es posible una gestión colaborativa conjunta institucionalizada) titular del mismo y sus personificaciones instrumentales? ¿Es necesario que se formalice un encargo obligatorio del servicio, en los términos ahora previstos por el art. 32 LCSP, para atribuir la gestión de un servicio público local a cualquiera de las fórmulas instrumentales reconocidas por la LBRL? ¿Deviene, en consecuencia, ilegal —y debe ser reparada por la Intervención municipal— la gestión directa de servicios municipales mediante fórmulas instrumentales si no existe esa formalización del encargo? Si esto fuese así, ¿sería también necesario que, en consecuencia, tras la entrada en vigor de la LCSP, se someta la creación y funcionamiento de la personificación instrumental que gestiona directamente un servicio público local al régimen constitutivo de los medios propios que, como requisito necesario para la existencia de un encargo obligatorio, regulan el art. 32 LCSP y el art. 86 LRJSP?

A nadie se le escapa que estamos ante cuestiones realmente relevantes en la práctica —siquiera sea porque el incumplimiento de los requisitos «legales» de

ajustarse al régimen jurídico de los encargos a medios propios o in house providing». A esta cuestión, el autor contesta que: «La vigente LCSP no ha recogido ninguna previsión similar [se refiere al art. 8.2 TRLCSP] en relación con el contrato de concesión de servicios lo que conduce a pensar que, sin negar que la elección de la gestión directa como forma de gestión de sus servicios integra la potestad organizativa de la Administración, cuando la gestión se realice mediante la creación de un organismo autónomo, una EPE o una sociedad mercantil de capital íntegramente público es preciso dar cumplimiento a los requerimientos jurídicos de los encargos a los medios propios». Cfr. «La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos», entrada del *Observatorio de Contratación Pública* de fecha 30 de septiembre de 2018, disponible [aquí](#).

³⁴ Recuérdese en este punto la «hiperactividad» normativa del legislador básico, cuando el art. 119.3 de la Ley 40/2015 establece respecto de los consorcios locales que: «Las normas establecidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, y en la Ley 27/2013, de 21 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local sobre los Consorcios locales tendrán carácter supletorio respecto a lo dispuesto en esta Ley». La STC 132/2018, de 13 de diciembre, no ha entrado a analizar los aspectos constitucionales de esta regla.

los encargos obligatorios abren la posibilidad de recurso especial—, por lo que es necesario intentar avanzar respuestas consistentes.

IV. ¿EXISTEN LOS ENCARGOS OBLIGATORIOS DE SERVICIO PÚBLICO?

Una primera pregunta que nos puede ayudar a enfocar correctamente el problema es la siguiente: ¿a qué contenido contractual típico debería ajustarse, tras la Ley 9/2017, la prestación de un servicio público municipal que se imputa a un medio propio local?

Frente a la regulación preexistente formulada la Ley 30/2007, que solo parecía contemplar la posibilidad de realizar encargos consistentes en ejecución de obras, fabricación de bienes muebles o realización de servicios (arts. 4.1.) y 24), el art. 32.1 ha abierto, en efecto, la posibilidad de que sean objeto de encargo a medios propios personificados todo tipo de prestaciones propias de los contratos típicos de la LCSP³⁵, siempre y cuando, obviamente, esas prestaciones figuren en el objeto social de tales personificaciones. Este mismo enfoque había sido ya defendido por el Informe 5/2010, de 7 de julio, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía.

Ahora bien, como sabemos, la LCSP ha suprimido la tipología de contrato de gestión de servicio público, y no ha previsto *expresamente* una regulación específica para los encargos sustitutivos de lo que antes era una operación excluida de la ley de contratos (la gestión directa por personificación instrumental, cuya

³⁵ Recuérdese el tenor del art. 32.1: «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 esta, 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». Frente a esta amplitud de los objetos de posible encomienda, el Tribunal de Cuentas se ha manifestado partidario justamente de lo contrario: «La razón de ser del recurso a las encomiendas a medios propios no es otra que la de dar una respuesta eficaz y eficiente a determinadas necesidades puntuales atendiendo a criterios relacionados con la especificidad, la complejidad y el carácter técnico de las prestaciones a realizar, a las que pueden dar respuesta los entes instrumentales especialmente habilitados para ello. Por ello el uso característico y adecuado de esta figura es la realización de actividades de carácter técnico o material que tienen carácter excepcional y se plasman en un resultado concreto». Cfr. *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas*, 20 de diciembre de 2016, pág. 20.

implementación no necesitaba de una formalización contractual en los moldes del contrato de gestión de servicios públicos). No parece quedar más remedio, pues, que intentar «convertir» el objeto del servicio a encomendar a alguno de los contenidos contractuales típicos de la LCSP.

Con todo, consideramos que esa conversión no puede ser absoluta y unívoca, sino, simplemente, una referencia descriptiva u orientativa del gestor. El gestor —y, en particular, el gestor local— posee un amplio margen de flexibilidad para definir singularizadamente los contenidos del encargo, precisamente porque lo que hace el art. 32.1 es abrir los encargos a cualesquiera prestaciones típicamente contractuales, pero *sin establecer una equivalencia material entre el encargo y las prestaciones (y el régimen jurídico) de un contrato típico*.

El objeto del encargo puede reunir una variada gama de prestaciones sin que el carácter mixto de las mismas pueda viciar la corrección del encargo, siquiera sea por la sencilla razón de que *los encargos no son contratos*: su naturaleza técnica, como sabemos, no es contractual, sino unilateral; un mandato jerárquico-organizativo, dependiente y subordinado, por lo que carece de sentido aplicarles por analogía el régimen jurídico de los contratos típicos. De hecho, una de las críticas más obvias que puede hacerse al legislador estatal básico (de 2015 y de 2017) es haber renunciado a establecer un régimen básico acabado del contenido y régimen jurídico de los encargos que lo acerque a su naturaleza jurídica propia.

Hecha esta advertencia, podemos avanzar enfrentándonos a esa equivalencia «orientativa» entre la vieja gestión de un servicio público local y las nuevas figuras de la LCSP.

1. EL DESDOBLAMIENTO DE PRESTACIONES PROPIAS DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y CONCESIÓN DE SERVICIO

El art. 32 prevé ahora, como sabemos, la realización de encargos cuyo objeto coincida con las prestaciones propias de los contratos de concesión de obra pública y los herederos del viejo contrato de gestión de servicios públicos: la concesión de servicios (cuando exista transmisión del riesgo operacional y posibilidad de explotación económica por particulares) o los contratos de servicios³⁶; en especial, a ese trasunto del contrato de gestión de servicios públicos que se contiene en el art. 312 bajo la rúbrica «especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía», cajón de sastre en el que pueden caber muy variados objetos contractuales, pero de contenido más singularizado.

La LCSP (disposición adicional 22) se ha ocupado muy puntualmente de alguna hipótesis concreta al respecto. Se trata de la adjudicación directa de una

³⁶ Un buen estado de la cuestión sobre esta dicotomía puede verse en el trabajo de J. C. Laguna de Paz (2017), «Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos», *Revista de Administración Pública*, 204, págs. 41-68.

concesión de obras o servicios a una sociedad de economía mixta, que admite en determinadas circunstancias³⁷. Por su parte, el art. 32.7 LCSP, como sabemos, reconoce la posibilidad de encargos «concesionales» de obras o servicios, y también lo hacía el art. 25 del proyecto de ley de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales —fenecido una vez más, tras el cierre anticipado de la XII Legislatura por la convocatoria de elecciones generales el pasado 5 de marzo de 2019³⁸.

Pero ello no nos debe llevar a equívocos: las necesidades complejas que caracterizan la gestión de un servicio público municipal —y que deben caracterizar un encargo de esta naturaleza— no caben en los moldes de estos contratos típicos. No es posible someter los encargos obligatorios al régimen jurídico que les es propio, por la sencilla razón de que tanto las prestaciones de servicios como las prestaciones concesionales de autoprovisión vertical están excluidas de las directivas de 2014, limitándose sus arts. 12 (Directiva 24) y 13 y 17 (Directiva 23) a regular los requisitos necesarios para esa exclusión. De modo que, si cumplen tales requisitos, no deben someterse al régimen jurídico de los contratos típicos. Y ni siquiera podrían hacerlo, pues habría aspectos de tal régimen que nunca cumplirían, como es el caso del riesgo operativo en las concesiones: un riesgo que

³⁷ Siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado. Esta previsión legal positiva el criterio recogido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 15 de octubre de 2009 en el asunto C-196/08, *Acoset SpA*, y en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 5 de febrero de 2008. En opinión de J. C. Laguna de Paz (2017): «La admisibilidad de la adjudicación directa en estos casos se justifica por razones de economía procedimental. Los principios que trata de salvaguardar la normativa contractual pública se observaron ya aguas arriba, en el momento de elección del socio privado, por lo que no tendría sentido obligar a la Administración a convocar un nuevo procedimiento de selección para adjudicar el contrato» (cfr. *op. cit.*, pág. 60). En el mismo sentido que la adicional vigésimo segunda LCSP, véase el art. 6 de la Ley foral 2/2018, de 13 de abril, de contratos públicos de Navarra. Más extensamente, véase Juan Alemany Garcías (2019), «Los encargos a sociedades mixtas en la actual Ley de Contratos del Sector Público», *REALA*, 12, octubre-marzo, págs. 111-125.

³⁸ En los siguientes términos: «Las entidades contratantes que sean poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que no impliquen el ejercicio de una potestad pública, 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 esta, con sujeción a lo dispuesto en el art. 32 de la Ley de Contratos del Sector Público». Véase el texto aprobado por la ponencia y publicado en el *BOCG* de 28 de enero de 2019.

queda anulado por el hecho de que la compensación al medio propio se debe realizar mediante tarifas ajustadas al coste efectivo de las prestaciones obtenidas por la entidad matriz. Si la retribución de los encargos de naturaleza concesional debe realizarse mediante «compensación tarifaria», parece evidente que, en estos casos, se desnaturaliza por completo el riesgo operacional o exposición a las incertidumbres del mercado, que es el factor que caracteriza las figuras concesionales, incluso cuando concurra alguna ayuda (parcial) del Estado³⁹. De ahí que no pueda hablarse, en puridad, de encargos de concesiones de obra o servicio⁴⁰, sino de encargos cuyo contenido prestacional o plazo se aproxima al de tales contratos típicos.

Si esto es así, no puede sino concluirse que el legislador básico de contratos no ha regulado en la LCSP el contenido y régimen jurídico de esos encargos, sino que los ha dejado abiertos. Apertura que les otorga a los gestores una mayor flexibilidad para introducir prestaciones y plazos más amplios, ajustados a las necesidades del servicio público de que se trate; jugando con mayor libertad, por ejemplo, con las tarifas y los plazos de amortización de las inversiones que deba realizar el medio propio para su ejecución.

Nada de esto, por lo demás, era desconocido en nuestro derecho público, pues contamos con una variada gama de ejemplos de sociedades instrumentales especializadas en financiar y construir obra pública, pudiendo citarse en el ámbito local el precedente del art. 23 del Reglamento de Gestión Urbanística⁴¹. Y más recientemente, la posibilidad de *encargos concesionales de obra* ha sido habilitada y

³⁹ Véanse los arts. 252.3 y 265.2 LCSP. Téngase en cuenta la definición de la concesión de servicio de la Directiva 23 (art. 5): «La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable». Huergo Lora ha señalado entre nosotros la desnaturalización financiera de la figura concesional en España (cfr. su trabajo [2017], «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Documentación Administrativa*, 4, págs. 31 ss.). En la misma línea ha insistido Ximena Lazo Vitoria, «El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión», en Gimeno Feliú (coord.) (2018), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, págs. 540-544.

⁴⁰ De hecho, el considerando 17 de la Directiva 23 establece claramente que: «La presente Directiva no debe aplicarse a los contratos que no conlleven pagos al contratista y en los que este reciba su retribución de acuerdo con tarifas reglamentadas calculadas de manera que cubran la totalidad de los costes e inversiones que este haya soportado para prestar el servicio».

⁴¹ «La Administración competente podrá entregar a las Sociedades urbanizadoras las concesiones de servicio convenientes, a fin de que con su explotación obtengan la retribución de la obra urbanizadora». Como puede observarse, se trata de otorgar un derecho exclusivo

regulada por el Real Decreto 69/2019, de 15 de febrero, por el que se desarrolla el régimen jurídico de TRAGSA y su filial TRAGSATEC. En efecto, su art. 13 contiene una específica regulación de los «encargos de construcción o explotación de infraestructuras con participación en la financiación»⁴². En el diseño de estos encargos, más que riesgo operacional se percibe, simplemente, un mecanismo de traslación a largo plazo de la financiación de las inversiones reales al medio propio, que asume el «adelanto» del dinero con cargo a sus fondos propios, y posteriormente recupera de su administración matriz mediante el pago de las tarifas correspondientes.

Esto permitirá a las Administraciones territoriales «trasladar el déficit» al medio propio, saliendo del marco cuatrienal propio de los compromisos plurianuales de inversiones, es decir, ampliando el plazo de abono del coste de las actuaciones. Ogres nuevos, en definitiva, para vino añejo⁴³, con la ventaja añadida —por cierto— de que estas operaciones no parecen estar sometidas al informe preceptivo de la Oficina Nacional de Evaluación, si tenemos presente que el art. 333.3 solo

con cuya explotación levantar las cargas financieras que supone la obra urbanizadora, lo cual presupone obtención de ganancias por una operativa de mercado.

⁴² De conformidad con este art. 13:

«1. Cuando las administraciones públicas encarguen a TRAGSA o a su filial TRAGSATEC la construcción o la explotación de infraestructuras a que se refiere el apartado 4 f) de la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre [es decir: «La financiación, en los términos que se establezcan reglamentariamente, de la construcción o de la explotación de infraestructuras agrarias, medioambientales, y de equipamientos de núcleos rurales, del desarrollo de sistemas informáticos, sistemas de información frente a emergencias y otros análogos, así como la constitución de sociedades y la participación en otras ya constituidas, que tengan fines relacionados con el objeto social de la empresa»], podrán encomendar la participación de las citadas sociedades en la financiación de dichas actuaciones, en los términos específicamente previstos para este fin en los respectivos presupuestos anuales de TRAGSA y su filial TRAGSATEC. El saldo vivo de la deuda total de las cantidades financiadas sin incluir intereses no podrá superar en ningún caso el importe del patrimonio neto consolidado del Grupo TRAGSA, debiendo acreditarse esta circunstancia en cada operación de financiación.

2. En estos casos, en la documentación de formalización del encargo se deberá determinar el importe a financiar, el plazo de amortización y la cantidad anual que será satisfecha por la Administración, que comprenderá la parte del principal a amortizar y los intereses calculados a los tipos que apliquen las entidades financieras a TRAGSA y su filial TRAGSATEC.

3. El expediente del encargo incluirá una memoria económica en la que se detallarán los términos de la financiación y las circunstancias consideradas para su determinación».

⁴³ Cfr. los trabajos de Julio V. González García (2012), «Colaboración público-privada, transferencia de riesgos y estabilidad presupuestaria», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación*, 352, págs. 149-176; (2007), *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Valencia: Tirant lo Blanch; (2008), *Sociedades estatales de obras públicas*, Valencia: Tirant lo Blanch.

lo requiere con carácter previo a la licitación de contratos de concesión, siendo así que, como sabemos, en un encargo ni hay licitación ni verdadero contrato⁴⁴.

2. ¿ES POSIBLE ENCARGAR PRESTACIONES DE SERVICIO PÚBLICO QUE IMPLIQUE EL EJERCICIO DE AUTORIDAD?

Dilucidar esta cuestión es importante para minimizar riesgos en la toma de decisiones estratégicas a la hora de utilizar la operativa de autoprovisión en el ámbito local.

Con carácter general, el art. 32 LCSP no contempla límite básico alguno al contenido de las prestaciones cuyo encargo obligatorio puede realizarse.

No parece tampoco que la prohibición de encargos obligatorios de prestaciones cuyo contenido signifique el ejercicio de potestades administrativas pueda fundamentarse en una aplicación «analógica» del art. 284 LCSP⁴⁵, por la sencilla razón de que ni el medio propio es un contratista, ni el encargo es un contrato.

Apenas en la disposición adicional 24, reguladora del régimen de TRAGSA y TRAGSATEC, se consigna la prohibición de que se les pueda encargar prestaciones que supongan ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos⁴⁶. Pero esta prohibición carece de carácter básico.

Si seguimos repasando la normativa básica del sector público, comprobaremos que un expreso silencio similar aparece en el art. 11 de la Ley 40/2015, del que ha desaparecido el claro límite que figuraba en el viejo art. 15.5 LPAC para las encomiendas de gestión⁴⁷.

⁴⁴ No obstante, el propio art. 333.3 contempla la obligación de someter a informe aquellos contratos de concesión en los supuestos de: a) realización de «aportaciones públicas» a la construcción o explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario; y b) en las concesiones de obras y concesiones de servicios en las que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros.

⁴⁵ El límite jurídico tradicional previsto por el art. 284 LCSP para la viabilidad de una concesión de servicio consiste en que este, siendo de titularidad o competencia municipal, «en ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos».

⁴⁶ TRAGSA y TRAGSATEC pueden asumir «la realización de todo tipo de actuaciones para la mejora de los servicios y recursos públicos, siempre y cuando no impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos [...]» (punto 4.a).

⁴⁷ Conforme al cual: «El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este art. 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 activida-

En esta misma línea, otra de las grandes novedades de las Leyes 39/2015 y 40/2015 (art. 2.2.b) consiste en haber incorporado la posibilidad de que sociedades públicas puedan ejercer potestades administrativas, estableciendo al respecto el art. 113 LRJSP —pero solo, es importante notarlo, para el sector público empresarial estatal— una reserva de Ley: «En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas».

Los únicos límites positivos básicos a esta cuestión perviven en el EBEP y la LBRL: las normas básicas de función pública y de régimen local.

El texto refundido de 2015 del EBEP sigue manteniendo en su art. 9.2 una reserva o garantía institucional de funciones públicas a los funcionarios. De manera concordante con él se sitúa la actual redacción del art. 92.3 LBRL, dada por la Ley 27/2013⁴⁸. El art. 85.2 LBRL, por su parte, establece que: «La forma de gestión [directa o indirecta] por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el art. 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos».

Sin embargo, los amplios márgenes de incertidumbre de estos preceptos —piénsese en la dificultad de reglar lo que signifique un *ejercicio de funciones que impliquen participación indirecta en el ejercicio de las potestades públicas*— nos remiten, por un lado, al casuismo jurisprudencial⁴⁹ y, por otro, al desarrollo que puedan realizar en este punto las leyes de función pública de cada comunidad

des que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo».

⁴⁸ Según el art. 9.2 EBEP: «En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca». Por su parte, el art. 92.3 de la LBRL dispone que: «Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función».

⁴⁹ Véanse, por ejemplo, los criterios interpretativos de la STS de 19 de octubre de 2005 (RJ 2005/8265), que siguen utilizándose como parámetros de resolución de casos por las salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. Cfr. Jesús Jordano Fraga (2015), «Grietas en los ejes del modelo constitucional: las funciones reservadas a los funcionarios», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 174, pág. 145.

autónoma⁵⁰. Por ejemplo, el art. 22.2 de la Ley 2/2015, gallega de función pública, aplicable a las entidades locales de Galicia, establece que:

[...]las relaciones de puestos de trabajo reservarán necesariamente al personal funcionario:

- a) Los puestos que tengan atribuidas funciones que impliquen el ejercicio de autoridad, fe pública o asesoramiento legal. En particular, se entiende que implican ejercicio de autoridad las funciones de policía administrativa, salvo las excepciones que puedan establecerse por norma con rango de ley.
- b) Los puestos que tengan atribuidas funciones que impliquen la realización de tareas de inspección, fiscalización o control. En particular, quedan reservados al personal funcionario aquellos puestos con funciones que impliquen la realización de tareas de fiscalización interna y control de la gestión económico-financiera y presupuestaria⁵¹.
- c) Los puestos que tengan atribuidas funciones que impliquen la realización de tareas de contabilidad y tesorería.
- d) Los puestos que tengan atribuidas funciones que impliquen la realización de tareas en materia de exacción de tributos.
- e) Los puestos que tengan atribuidas competencias para dictar actos de incoación, instrucción o resolución de los procedimientos administrativos.
- f) Los puestos que tengan atribuidas funciones de inscripción, anotación y cancelación de datos en los registros administrativos⁵².

⁵⁰ Jesús Jordano Fraga ha realizado un repaso de estos desarrollos autonómicos en el trabajo citado en la nota anterior, págs. 154-155.

⁵¹ Cabe señalar en este punto, sin embargo, que el art. 107.4 del Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia, autoriza a la Intervención General de la Xunta de Galicia para que pueda externalizar a empresas privadas de auditoría las actividades de control financiero ordinario. Del mismo modo, el Real Decreto 24/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local, establece en su art. 34 que para realizar las actuaciones de auditoría pública, las entidades locales podrán recabar la colaboración de otros órganos públicos y concertar los convenios oportunos. Asimismo, la entidad local podrá contratar para colaborar con el órgano interventor a firmas privadas de auditoría que deberán ajustarse a las instrucciones dictadas por el órgano interventor.

⁵² Más sucintamente, el art. 14 de la Ley 13/2015, de función pública de Extremadura, establece que son funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales las siguientes:

«a) La instrucción o la elaboración de propuestas de resolución en procedimientos administrativos. b) El ejercicio de funciones de autoridad, las actividades de inspección, vigilancia, control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas y sanción, el otorgamiento de licencias y la emanación de órdenes de policía. c) El control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria. d) La contabilidad. e) Las de tesorería. f) La fe pública. g) La recaudación. h) La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros públicos. i) El asesoramiento legal

En una interpretación estricta, puede afirmarse que estas concretas prestaciones, afectadas por una *reserva legal de funcionario público*, no podrían ser objeto de traslación mediante encargo obligatorio puntual o permanente a medios propios *cuyo personal no fuese funcionario*. Pero sí podrían serlo —y ello no vulneraría la garantía de reserva de tales funciones a personal de naturaleza estatutaria— si el personal de esos medios propios fuese de naturaleza funcional (por ejemplo, el encargo de la gestión de un procedimiento sancionador a un organismo autónomo local), pues en estos casos el encargo no supondría una ruptura de la reserva prevista por los preceptos básicos de función pública.

Dicho lo cual, ante un panorama jurisprudencial que ha venido proclamando la nulidad de pleno derecho de encomiendas de gestión que implicaban el ejercicio de potestades administrativas, en aplicación del art. 9.2 EBEP y 15.5 LPAC⁵³, la apertura del derecho básico estatal que hemos descrito —en especial, el «desbloqueo» que supone el art. 2.2.b) LRJSP— puede animar a que los legisladores autonómicos nos deparen distintas soluciones positivas en el futuro⁵⁴, y con

preceptivo, así como la representación y defensa en juicio de la Administración. j) Aquellas expresamente establecidas como tales en las leyes».

⁵³ La STS de 22 de enero de 2013 (RJ 2013/1360, ponente: José Díaz Delgado) anuló una Resolución de la Delegación Provincial de Sevilla de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía por la que se formalizó la encomienda de gestión a la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo las actividades materiales y de gestión del Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del sector de la construcción de la comunidad autónoma de Andalucía. La STS de 1 de julio de 2015 (RJ 2015/3895; ponente, José Luis Requero Ibáñez) anuló la encomienda de la Consejería asturiana de Bienestar Social a la Fundación Asturiana de Atención y Protección a personas con discapacidades y/o Dependencias, cuyo contenido era el análisis y valoración de la documentación presentada por los centros de servicios sociales para su acreditación, así como la emisión de informes sobre el cumplimiento de los requisitos necesarios para tal acreditación. Añadiendo el enfoque del art. 9.2 EBEP y la prohibición relativa a los contratos de servicios, véase la Sentencia del TJS de Valencia de 6 de junio de 2014 (JUR 2014/201727; ponente, Rafael Salvador Manzana), posteriormente casada por la STS de 4 de noviembre de 2015 (RJ 2015/518; ponente, José Díaz Delgado), al entender que no concurría una verdadera vía de hecho. Más recientemente, la STS de 22 de abril de 2019 (ROJ 1256/2019; ponente, Ángel Arozamena Laso) ha dado por buena la anulación, realizada en instancia por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de una Orden por la que se encomendaba al Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico (agencia pública empresarial sin funcionarios) la realización de determinadas actividades de carácter material y técnico que consistían en la actualización y revisión del catálogo MOSAICO de bienes culturales.

⁵⁴ Contrástese, por ejemplo, el tenor del art. 249.6 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la ley municipal y de régimen local de Cataluña («Los servicios públicos locales que implican el ejercicio de potestades públicas o la salvaguardia de los intereses generales de las entidades locales no pueden prestarse por gestión indirecta ni tampoco mediante una sociedad mercantil con capital íntegramente público»), con la fórmula más permisiva del art. 94.5 de la Ley 2/2016, de Instituciones

ello una no desdeñable incertidumbre jurídica. Estamos, pues, ante un problema no bien resuelto, de gran relevancia práctica, que nos va a obligar a realizar un puntual seguimiento de cara al futuro.

V. LA SOLUCIÓN DEL ART. 1.6 DE LA DIRECTIVA 2014/24/CE: ALCANCE Y LÍMITES

Recientemente, Marc Vilalta Reixach ha apuntado una interesante solución interpretativa para la cuestión que nos ocupa.

En su opinión, es posible considerar que la atribución de una gestión directa a una personificación instrumental es una *transferencia de competencias* entre entidades públicas. Es decir, una decisión organizativa unilateral⁵⁵ que se situaría al margen de la LCSP en virtud de la interacción de dos argumentos jurídicos:

- Por carecer de contenido oneroso bilateral al amparo del art. 2.1 LCSP. Es decir, su naturaleza no sería la de un verdadero contrato público, de modo que no habría verdadera retribución.
- Por virtud de la exclusión contemplada en los arts. 1.6 de la Directiva 2014/24/CE y 1.4 de la Directiva 2014/23/CE: «Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva».

De conformidad con esta propuesta interpretativa, el papel de las agujas ferroviarias que conforme al art. 8.2 TRCLSP desviaban el tráfico de la gestión directa a la LBRL, extramuros del ámbito contractual, sería ahora desempeñado por estos preceptos de las directivas, que se refieren explícitamente tanto a instrumentos jurídicos bilaterales («acuerdos», que podemos equiparar a nuestros convenios) como unilaterales («decisiones», que podemos equiparar a nuestros actos administrativos).

Locales de Euskadi: «La elección de la forma de gestión habrá de tener en cuenta el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de intereses generales locales».

⁵⁵ Cfr. (2018), «De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas», *Revista Galega de Administración Pública*, 56, págs. 264 y 284 y siguientes.

A esta interpretación coadyuva la STJUE de 21 de diciembre de 2016, dictada en el asunto *Remondis* (C-51/15)⁵⁶.

Remondis ha venido a aclarar el alcance de la jurisprudencia *Piepenbrock*⁵⁷, reinterpretando de nuevo los contenidos de las exclusiones de la Directiva de 2004 a la luz del art. 1.6 de la Directiva 2014/24. Repasemos los términos del asunto.

La empresa Remondis consideraba que la constitución de un consorcio intermunicipal, con la imputación de las correspondientes competencias de prestación de servicios públicos de recogida y tratamiento de residuos, podía considerarse un contrato público, habida cuenta de que tal consorcio no satisfacía los requisitos de volumen de actividad para poder ser considerado medio propio. Sin embargo, el tribunal concluye que «no constituye un contrato público un acuerdo entre dos entidades territoriales, como el controvertido en el litigio principal, sobre la base del cual éstas adoptan un estatuto por el que se crea un consorcio de entidades, con personalidad jurídica de Derecho público, y por el que se transfiere a esa nueva entidad pública determinadas competencias de las que disfrutaban esas entidades hasta entonces y que en adelante corresponderán al consorcio de entidades» (considerando 55).

La jurisprudencia *Remondis* identifica los criterios en la *permanencia* —que no irreversibilidad— de lo transferido y en la *autonomía* que retiene la entidad a la que se le transfiere la competencia sobre la prestación del servicio.

Los requisitos acreditativos de esa autonomía se van desgranando a lo largo de los considerandos 49 a 53 de la sentencia⁵⁸. Estos nos obligan a un contraste

⁵⁶ Materia en la que es también relevante la Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Comisión contra Irlanda* (asunto C-532/03).

⁵⁷ Se trataba de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Düsseldorf, en torno a si debía calificarse como contrato público un convenio celebrado entre dos entidades territoriales (un *kreis* o asociación de municipios y un municipio) por la que una de ellas, el *kreis*, transfería o delegaba al municipio la competencia de limpieza de algunos de sus locales mediante una compensación económica. En su Sentencia de 13 de junio de 2013 (asunto C-386/11), el Tribunal de Justicia contestó que «un contrato como el controvertido en el litigio principal, mediante el cual, sin establecer una cooperación entre las entidades públicas contratantes dirigida a la realización de una misión de servicio público común, una entidad pública encomienda a otra entidad pública la tarea de limpiar determinados edificios destinados a oficinas, locales administrativos y centros escolares, si bien la primera entidad se reserva la potestad de controlar que se lleva a cabo de manera correcta esta tarea, mediante una compensación económica que se considera debe corresponder a los costes incurridos por la ejecución de dicha tarea, estando además la segunda entidad autorizada a recurrir a terceros que pueden tener capacidad de operar en el mercado para la ejecución de la mencionada tarea, constituye un contrato público de servicios en el sentido del art. 1, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18».

⁵⁸ «49 [...] para poder ser considerada como tal una transferencia de competencia debe tener por objeto no sólo las responsabilidades vinculadas a la competencia transferida, en

casuístico con las singulares hipótesis que puedan plantearse en la práctica: si la entidad destinataria de la competencia o responsabilidad retiene la necesaria

particular, la obligación de cumplir las funciones que dicha competencia implica, sino también los poderes que son el corolario de ésta. *Ello requiere que la autoridad pública a la que se le confía una competencia tenga la facultad de organizar la ejecución de las funciones que comprende dicha competencia así como de establecer el marco reglamentario de esas funciones y que disponga de una autonomía financiera que le permita garantizar la financiación de las citadas funciones.* En cambio, no sucede así si la autoridad inicialmente competente conserva la responsabilidad principal relativa a las referidas funciones, si se reserva el control financiero de éstas o si debe aprobar previamente las decisiones que pretenda tomar la entidad a la que se adhirió.

50. A este respecto, una situación como la controvertida en el litigio principal se diferencia claramente de la que fue objeto del asunto que dio lugar a la sentencia de 13 de junio de 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385), en la que una entidad territorial se limitaba a confiar a otra entidad territorial, mediante una compensación financiera, la realización de determinadas tareas materiales de las que se reservaba la facultad de controlar la ejecución como observó el Tribunal de Justicia en el apartado 41 de dicha sentencia.

51. Por tanto, *no puede existir una transferencia de competencia si la autoridad pública que resulta ahora competente no ejerce dicha competencia de manera autónoma y bajo su propia responsabilidad.*

52. Como señaló el abogado general en el punto 56 de sus conclusiones, *tal autonomía de acción no significa que la entidad que resulta ahora competente deba sustraerse a toda influencia por parte de cualquier otra entidad pública.* En efecto, *una entidad que transfiere una competencia puede conservar cierto derecho de supervisión de las funciones derivadas de ese servicio. No obstante, tal influencia excluye, en principio, toda injerencia en la forma concreta de ejecución de las funciones comprendidas en la competencia transferida.* En una situación como la del litigio principal, *tal influencia puede ejercerse a través de un órgano, como una junta general, compuesta por representantes de las entidades territoriales anteriormente competentes.*

53. *La autonomía de acción no significa tampoco que una redistribución impuesta o una transferencia voluntaria de competencia deba ser irreversible.* En efecto, como se ha señalado en el apartado 41 de la presente sentencia, el reparto de competencias dentro de un Estado miembro no puede considerarse congelado, de modo que son posibles reorganizaciones sucesivas. Además, procede señalar que las situaciones objeto de la sentencia de 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia (C-264/03), no tenía carácter permanente, ya que se trataba de transferencias puntuales de autoridad pública, a una entidad, para la realización de un proyecto que, en principio, estaba comprendido en el ámbito de la competencia de otra entidad, que conservaba dicha competencia de principio, situaciones que deberían haberse considerado ajenas al Derecho en materia de contratación pública si no hubiera presentado las características señaladas por el Tribunal de Justicia en el apartado 54 de dicha sentencia, que condujeron a considerar que no había una transferencia real en dicho asunto concreto. Por ello, como señaló el Abogado General en el punto 54 de sus conclusiones, nada se opone a que una competencia transferida o redistribuida en el marco de una reorganización de los servicios públicos sea posteriormente objeto de una nueva transferencia o de una nueva redistribución con motivo de una reorganización subsiguiente».

autonomía de acción, incluso existiendo un cierto poder de supervisión de la entidad delegante, la «transferencia» estaría excluida de las directivas; si no retiene esa autonomía, estaríamos ante un encargo vertical, caracterizado por un control análogo de la entidad encomendante al de los propios servicios: parámetro que justamente anula la autonomía decisoria y financiera de la entidad personificada sobre el contenido y forma de prestación del encargo⁵⁹.

A la luz de esta jurisprudencia, un acuerdo o decisión y la posterior articulación de una forma de personificación instrumental asociativa (como un consorcio intermunicipal) a la que se le atribuye la prestación regular de un servicio municipal, resulta ser una simple opción organizativa excluida del ámbito de las directivas de contratación. No se trata ni siquiera de una operación de autoprovisión vertical y, por tanto, *no procede instrumentarla formalmente como tal*, como un encargo obligatorio. Es más, de conformidad con las recomendaciones del Tribunal de Cuentas, no debe formularse como un encargo obligatorio⁶⁰.

Esto es lo que también permitía afirmar nuestro derecho anterior al 9 de marzo de 2018 con los arts. 8.2 TRLCSP, 6.5 de la Ley 30/1992 y 57 de la LBRL en la mano. Salvo alguna interpretación aislada —y a nuestro juicio, máxima-

⁵⁹ Además de estas operaciones de personificación instrumental, el art. 1.6 de la Directiva 24 fundamentaría también, a nuestro juicio, la exclusión de negocios jurídicos como las delegaciones interadministrativas o intraadministrativas de competencias; por ejemplo, la delegación de la gestión tributaria a las Diputaciones contemplada por el art. 7 del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, o las delegaciones reguladas extensamente por el art. 27 y 37.2 LBRL. No excluiría, sin embargo, las viejas encomiendas de gestión del art. 11 de la LRJSP. En otro lugar («En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos», *op. cit.*, págs. 112-114) he defendido que las encomiendas de gestión del art. 11 LRJSP deberían, sencillamente, desaparecer. En la actualidad, están en una tierra de nadie, situada entre los encargos y los convenios, al margen de las directivas. Y esta exclusión absoluta de las encomiendas de gestión por su comprensión como una forma no contractual de gestión de competencias supone, a mi juicio, una incorrecta trasposición de las directivas comunitarias, pues impide someterlas a las técnicas de control y depuración previstas para las figuras de cooperación entre entidades del sector público, que giran en torno al concepto amplio de «decisión» susceptible de recurso contractual (véase la Sentencia de 5 de abril de 2017, *Marina del Mediterráneo*, asunto C-391/15).

⁶⁰ La propuesta cuarta de la Moción del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones públicas de 22 de diciembre de 2016 reza literalmente que: «Debería reforzarse la prohibición expresa de que a través del recurso a los encargos a medios propios se produzca una alteración de la titularidad de las competencias propias de los órganos de naturaleza administrativa o una traslación del ejercicio de las mismas o de sus elementos determinantes a los entes instrumentales, y muy especialmente del ejercicio de potestades públicas, reservado por ley a los funcionarios públicos».

lista— en sentido contrario⁶¹, este tipo de operaciones no requerían en nuestro derecho ni una articulación contractual ni la formulación de un encargo obligatorio, y así lo proclamó el Informe 10/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación⁶², o el Informe 26/2008, de 3 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón⁶³.

⁶¹ Nos referimos al Informe 19/2016, de 28 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la comunidad autónoma de Aragón, que acude al asunto Piepenbrock para concluir, primero, que: «La prestación del servicio de limpieza de instalaciones municipales no ostenta la naturaleza de servicio público propio competencia de la entidad local, y por lo tanto no puede ser una tarea excluida de la libre prestación de servicios, a través del correspondiente proceso de licitación de conformidad con la normativa de contratos»; y, segundo, que el Ayuntamiento de Jaca no puede encomendar tal prestación directa, pese a estar integrado en el Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la Agrupación nº 1, que contempla en sus estatutos la limpieza en general de los municipios en él integrados. En un sentido similar se pronuncia el posterior Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 75/2017, de 4 de julio, que anula la encomienda de gestión del servicio de limpieza viaria del municipio de Huesca al mismo Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos, a través del medio propio de este, la empresa pública GRHUSA, participada íntegramente por el Consorcio, por entender que «se incumplen tanto las previsiones de la Directiva 2014/24 (con efecto directo), como las exigencias legales del art. 4.1 n) y 24.6 TRLCSP». A juicio del TACPA, «la indebida consideración del Consorcio como técnica de cooperación vertical, invalida la opción de considerar al medio propio de GRHUSA como medio propio del Ayuntamiento de Huesca. Decisión ilegal en tanto supone una adjudicación directa de un contrato sin procedimiento» (pág. 25). Es decir, el Consorcio, por expresar una técnica asociativa local de colaboración horizontal, no podría entablar relaciones verticales de mediación entre el Ayuntamiento y su sociedad instrumental para prestar el servicio de limpieza viaria de Huesca.

⁶² Este informe dictaminó en su día que la atribución de competencias para la gestión de servicios propios de las entidades locales (a la sazón, se trataba del Ayuntamiento asturiano de Laviana) a un Consorcio (Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias, COGERSA) creado por varias de ellas para este fin, mediante el acto constitutivo es título suficiente para el ejercicio de la misma, sin que sea necesario otro acto concreto de encomienda de gestión del mismo. Sin embargo, concluye este informe que cuando se trata de atribuir la gestión del mismo servicio a una sociedad instrumental del Consorcio (en el caso, COGERSA, S.A.), solo puede hacerlo el Consorcio, no las entidades locales, mediante la instrumentación de una encomienda obligatoria, con observancia de lo dispuesto en el art. 24 TRLCSP.

⁶³ «De modo que en el ejercicio de tales funciones, tanto la CARTV como las sociedades “Televisión Autonómica de Aragón, SA” y “Radio Autonómica de Aragón, SA”, representan una personificación del servicio público, supuesto distinto por lo tanto de los encargos, y previsto expresamente en el art. 8 LCSP [...] Por ello, para desempeñar el citado servicio público no requieren, ni la Corporación ni sus sociedades, reconocimiento como medio propio porque no actúan como tales; es decir no estamos ante un encargo de los del art. 4.1.n) de la LCSP, sino ante una gestión directa de servicio público (contrato fuera del

En esta misma línea se ha pronunciado ya, tras la entrada en vigor de la LCSP, la Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público 113/2018, de 20 de junio. Esta resolución ha inadmitido varios recursos especiales acumulados contra los acuerdos del pleno del Ayuntamiento de Terrassa de 22 de marzo de 2018, aprobatorios del encargo de la prestación del servicio de abastecimiento de agua a la ciudad de Terrassa a una EPEL de nueva creación (Terrassa Cicle de l'Aigua). El órgano de contratación se había opuesto a la admisión a trámite del recurso especial, por considerar que *no estábamos ante un verdadero encargo obligatorio susceptible de recurso especial*; y esta es la línea que finalmente escoge el tribunal para inadmitir el recurso, fundamentándola precisamente en el art. 1.6 de la Directiva 24:

En el cas objecte de recurs, l'Ajuntament de Terrassa crea una EPEL amb les característiques del primer supòsit, per la qual cosa resulta que la pròpia empresa municipal és l'instrument de gestió directa del servei públic d'abastament de l'aigua en termes globals i no només per a l'execució d'activitats materials singulars vinculades al servei. Des d'aquesta perspectiva, l'acord pel qual s'acorda la prestació directa del servei mitjançant la EPEL se situa dintre del perímetre de les potestats d'autoorganització per les quals es transfereixen competències i responsabilitats entre poders adjudicadors en els termes de l'article 1.6 de la Directiva 2014/24/UE.

VI. EL DÉFICIT DE ADAPTACIÓN NORMATIVA A LAS ENTIDADES LOCALES

Así las cosas, y ante este panorama tan complejo —determinado fundamentalmente por la insuficiente e inconsistente regulación que la LCSP ha realizado de la autoprovisión administrativa—, es evidente la urgente necesidad de aportar regulaciones más densas y sólidas a estas cuestiones.

Salvo error por nuestra parte, apenas una ley autonómica de régimen local ha tratado de apuntar alguna solución específica a este concreto problema. Se trata del art. 224 de la Ley foral de Administración local de Navarra, cuya redacción dada por la Ley 4/2013, de 25 de febrero, reza así: «Será aplicable a las entidades

ámbito de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo)». Alejandro Huergo Lora ha expresado en sentido similar cuando, al analizar el supuesto planteado en la mencionada Sentencia Remondis GmbH, en concreto, la creación de un consorcio por varias entidades públicas y la posterior delegación de funciones, afirma que: «Es difícil confundir eso con un contrato público porque se trata de una auténtica delegación de competencias intersubjetiva y no del encargo de la prestación de un servicio». A. Huergo Lora (2017), «Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 8, pág. 21. Anteriormente, había puesto de relieve también esta idea, entre otros, Manuel Rebollo Puig, «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», cit., pág. 376.

locales el régimen de encargos a sus propios entes instrumentales previsto en el art. 8 de la Ley Foral de Contratos Públicos, sin perjuicio de la vigencia de las formas de gestión de los servicios públicos previstas en el art. 192 y siguientes de dicha Ley Foral».

Bajando al ámbito local, también el Ayuntamiento de Barcelona ha estimado oportuno aprobar en julio de 2018 una *Instrucción relativa a la descentralización funcional y a sus medios propios*⁶⁴ que, acogiéndose al art. 1.6 de la directiva, a la jurisprudencia *Remondis* y a la Resolución 113/2018 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, distingue con cierta nitidez entre los supuestos de descentralización funcional de competencias y funciones a través de entes instrumentales (las técnicas de gestión directa mediante personificación), y los supuestos de encargos puntuales —de objeto más singularizado— con compensación tarifaria, que son los que se someten al art. 32 LCSP.

Sin embargo, aun siendo posibles estas soluciones autonómicas y locales de geometría variable, los problemas jurídicos que implican aconsejan su abordaje en una norma básica estatal, que no puede ser otra que una ley básica sobre auto-provisión administrativa en el conjunto del sector público⁶⁵.

Por desgracia, en este plano normativo hasta el momento solo se ha producido algún avance muy limitado y claramente insuficiente.

Nos referimos a la aplicación, a partir del 18 de marzo de 2018, del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local, cuya inserción en la estructura de fuentes del derecho local ha sido recientemente validada por la STC 79/2018, de 5 de julio. Su art. 13 establece qué aspectos entran dentro de la fiscalización limitada previa, y remite a un acuerdo del Consejo de Ministros la determinación de los aspectos «trascendentes» del proceso de gestión del gasto⁶⁶. Ese acuerdo fue publicado en el *BOE* de 2 de agosto de 2018⁶⁷. En su punto 8.2 se incluyen las

⁶⁴ Véase la *Gaseta* municipal de 30 de julio de 2018, consultable [aquí](#).

⁶⁵ Los argumentos de defensa de esta ley, en Carlos-Alberto Amoedo-Souto (2018), «En torno al concepto jurídico de auto-provisión administrativa. Dimensión europea y desajustes internos», *Revista de Administración Pública*, 205, cit., págs. 127-129.

⁶⁶ Literalmente, deben fiscalizarse: «Aquellos otros extremos que, por su trascendencia en el proceso de gestión, se determinen por el Pleno a propuesta del Presidente previo informe del órgano interventor. A estos efectos, con independencia de que el Pleno haya dictado o no acuerdo, se considerarán, en todo caso, trascendentes en el proceso de gestión los extremos fijados en el Acuerdo del Consejo de Ministros, vigente en cada momento, con respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos, en aquellos supuestos que sean de aplicación a las Entidades Locales, que deberán comprobarse en todos los tipos de gasto que comprende».

⁶⁷ Resolución de 25 de julio de 2018, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de julio de 2018, por el que se da aplicación a la previsión de los arts. 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos

normas específicas de control de los encargos a medios propios regulados en el art. 32 LCSP que deberán aplicar las entidades locales.

Los requisitos a verificar en los encargos de entidades locales se concretan en los siguientes:

- a) Que se reconoce en los estatutos o acto de creación de la entidad destinataria del encargo la condición de medio propio personificado respecto del poder adjudicador que hace el encargo, con el contenido mínimo previsto en la letra d) del art. 32.2 de la Ley de Contratos del Sector Público.
- b) Que más del 80% de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo por otros poderes adjudicadores respecto de los que tenga la consideración de medio propio o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores, de conformidad con lo señalado en la letra b) de los apdos. 2 y 4 del art. 32 de la Ley de Contratos del Sector Público. A estos efectos, se verificará que se hace mención al cumplimiento de esta circunstancia en la memoria integrante de las últimas cuentas anuales auditadas en las que resulte exigible.
- c) Que existe informe del Servicio Jurídico.
- d) Que, en su caso, existe proyecto informado por la Oficina de Supervisión de Proyectos, así como acta de replanteo previo. Cuando no exista informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos, y no resulte procedente por razón de la cuantía, que al expediente se incorpora pronunciamiento expreso de que las obras del proyecto no afectan a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.
- e) Que se incorporan los documentos técnicos en los que se definan las actuaciones a realizar, así como su correspondiente presupuesto, elaborado de acuerdo con las tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio personificado.
- f) Que las prestaciones objeto del encargo estén incluidas en el ámbito de actuación u objeto social de la entidad destinataria del mismo.
- g) Que el importe de las prestaciones parciales que el medio propio vaya a contratar con terceros, en su caso, conforme a la propuesta de encargo, no exceda del 50% de la cuantía del encargo, con las excepciones previstas en el art. 32.7 de la Ley de Contratos del Sector Público.
- h) En el supuesto de que el encargo prevea pagos anticipados conforme a lo señalado en el art. 21.3 de la Ley General Presupuestaria, que en el mismo

en el ámbito de los contratos del sector público y encargos a medios propios. Este acuerdo ha modificado los apartados correspondientes del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2008, que sigue manteniendo su vigencia general.

se exige, en su caso, a la entidad encomendada la prestación de garantía suficiente.

- i) Que, en su caso, consta la retención del crédito exigida por el art. 58 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.
- j) En los encargos que incluyan la prestación de servicios en materia de tecnologías de la información, comunicaciones o Administración Digital, la existencia del informe técnico de la Secretaría General de Administración Digital.

Como puede observarse, esta norma se refiere fundamentalmente a los requisitos previstos en el art. 32 LCSP para los encargos singulares: pero ninguna referencia expresa se incorpora sobre el control de eficiencia de los modos de gestión directa que ahora se incorporan en el art. 85 LBRL. Tampoco consta ninguna referencia a los requisitos generales del art. 86.2 LRJSP, ni a los requisitos previstos por la Resolución de 16 de mayo de 2019 de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se aprueba la instrucción para la elaboración del informe a emitir en virtud del art. 86.3 de la LRJSP en el ámbito de la AGE⁶⁸.

Conforme al punto 8.2.a), sí sería fiscalizable el cumplimiento por las entidades locales del control de idoneidad *ex ante*, es decir, el que procede, conforme al art. 32.2.d), para reconocerle la condición a un medio como propio⁶⁹: fundamentalmente, la suficiencia de medios y la adecuación al objeto. Pero, *a contrario, no sería exigible en el ámbito local, ni siquiera por vía supletoria, el control de los requisitos de idoneidad y eficiencia de los encargos singulares.*

En esta misma línea de flexibilización de la verificación de la eficiencia se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

⁶⁸ Esta instrucción ha sustituido la instrucción homónima de julio de 2017. La instrucción parte de que el art. 86 solo permite controlar la idoneidad y eficiencia en el momento inicial de atribución formal de la condición de medio propio, por lo que «necesariamente se dan una serie de condicionantes que no es posible verificar en el momento de solicitud y solo podrán comprobarse de forma fidedigna con carácter posterior para cada uno de los encargos que realice el medio propio y servicio técnico, por lo que se hace necesario partir de una declaración responsable hecha por el solicitante y de la aportación de documentación que se establece en esta instrucción como solución alternativa», sin perjuicio de que en el ejercicio singularizado de la función interventora sobre cada encargo se pueda controlar más concretamente la idoneidad y eficiencia.

⁶⁹ Este art. hace mención a dos requisitos previos de la atribución expresa de la condición de medio propio personificado en los estatutos o actos de creación de este: la conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio y *la 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.*

mediante sus resoluciones 120/2019, de 18 de febrero⁷⁰ y 1.106/2019, de 7 de octubre. En cambio, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (Resolución 41/2019, de 19 de febrero) sí ha entrado a controlar la eficiencia de un encargo obligatorio a TRAGSATEC⁷¹.

Con toda probabilidad, esta cuestión, tan mal resuelta por las normas en vigor, seguirá siendo en el futuro objeto de inseguridad y controversia jurídica, mientras el legislador básico no asuma la conveniencia de una ley especial sobre autoprovisión administrativa, que regule todas sus dimensiones constitutivas.

⁷⁰ Afirma el Tribunal que: «La justificación de la mayor eficiencia del encargo frente a la contratación pública, o de la concurrencia de razones de seguridad o urgencia a las que se alude, de forma alternativa, en el art. 86.2 de la LCSP, aparece referida al momento previo a de la creación del medio propio, *sin que resulte exigible que una u otra circunstancia se acredite en cada encargo singular que se confiera al medio propio, siendo así que los requisitos de los encargos concretos que se efectúen a los medios propios se regula en el art. 32.6 de la LCSP, que nada dice al respecto*» (cursivas nuestras).

⁷¹ El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, mediante la Resolución 41/2019, de 19 de febrero, en que se ventilaba un recurso especial presentado por la Asociación de Empresas de Consultoría Medioambiental de Andalucía contra la formalización del encargo de una Consejería a TRAGSATEC del servicio de redacción de proyectos de ejecución de actuaciones de recuperación y conservación de espacios naturales, biodiversidad y conectividad ecológica. Frente a la alegación de que el encargo infringía el art. 86.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en relación con la disposición final 4ª, apdo. 3º, de la LCSP, en cuanto que el encargo realizado no acredita suficientemente su eficiencia, aplicando criterios de rentabilidad económica, el Tribunal considera que el art. 86 LRJSP es efectivamente básico, y aplicable a las comunidades autónomas. Continúa afirmando que el control de eficacia que regula no solo se aplica al momento de declaración del medio propio como tal, sino también a las encomiendas singulares: «[...] al objeto de controlar el cumplimiento en la actuación de la Administración del principio de eficiencia es preciso que en la memoria justificativa del encargo se expliciten los razones por las que el recurso al encargo resulta más eficiente en sentido amplio que el recurso a la contratación pública» (pág. 18). Se afirma así que el principio de eficiencia se debe aplicar también a los encargos obligatorios por virtud del art. 1 y 28 LCSP, del art. 106.2.a) de la Ley andaluza 9/2007, y la instrucción tercera, punto 1.1.4 de la Instrucción 11/2018 de la Intervención General de la Junta de Andalucía (que reproduce el art. 86.2 LRJSP). Sin embargo, después de un detallado análisis, el Tribunal considera que en el caso se introdujo una memoria que motivaba de manera suficiente tal eficiencia.