

ESTEBAN ARIMANY LAMOGLIA
SUSANNA GRAU I ARNAU
JOSÉ ALBERTO NAVARRO MANICH
BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

LA AUTOPROVISIÓN ADMINISTRATIVA EN LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Presentación de
Manuel Campos Sánchez-Bordona

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN , por Manuel Campos Sánchez-Bordona	13
LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS COMO TÉCNICA DE AUTOPROVISIÓN ADMINISTRATIVA, EN EL SISTEMA JURÍDICO EUROPEO Y ESPAÑOL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA , por Belén Noguera de la Muela	21
I. INTRODUCCIÓN	21
II. LAS BASES COMUNITARIAS DE LA AUTOPROVISIÓN ADMINISTRATIVA DE COOPERACIÓN VERTICAL (ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS)	26
1. Los requisitos de los encargos <i>in house providing</i> : del caso <i>Teckal</i> al caso <i>Porin Linjat</i> . Fórmulas mixtas de autoprovisión administrativa.....	26
1.1. El «control análogo sobre sus propios servicios». El «control conjunto». Cierta flexibilización del control análogo: caso <i>Porin</i>	29
1.2. El criterio del «vínculo de destino» del ente instrumental: que más del 80 por 100 de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo para el poder adjudicador que la controla.....	38
1.3. La no participación de capital privado en el medio propio: un paso más	40
III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	41

	Pág.
1. Consideraciones previas y distinción de otras figuras: encomiendas de gestión y transferencia de competencias ...	41
2. La regulación actual de los encargos a medios propios personificados en la normativa de contratos	50
2.1. Las exigencias de los arts. 32 y 33 LCSP tras las últimas reformas	50
A) Los requisitos materiales para ser medio propio personificado. La STSJ de Cataluña núm. 3661/2020, de 21 de septiembre (caso <i>Ayuntamiento de Collbató - CONGIAC-GIACSA</i>) .	52
B) Reconocimiento expreso en los estatutos o actos de creación de la condición de medio propio personificado.....	59
C) Sistema tarifario de coste efectivo	60
D) Publicidad de los encargos y de la condición de medio propio en la Plataforma de Contratación (art. 32.6 LCSP)	60
E) Régimen de subcontratación de los medios propios	62
F) El control de los encargos a medios propios personificados mediante el recurso especial en materia de contratos	63
G) Encargos realizados por entidades pertenecientes al sector público no poderes adjudicadores (art. 33).....	65
H) Régimen singular de TRAGSA-TRAGSA-TEC, HUNOSA y FNMT.....	67
GESTIÓN DIRECTA Y DESCENTRALIZADA DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: ENCARGO A MEDIO PROPIO O TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS, por Esteban Ari-many Lamoglia	
I. PLANTEAMIENTO	69
II. LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS VISTA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UE: DOCUMENTO DE LA COMISIÓN DE 2011, DIRECTIVAS DE 2014 Y SENTENCIA <i>REMONDIS</i> DE 2016, SEGUIDA POR LA SENTENCIA <i>PORI</i> DE 2020.	73
1. El documento de la Comisión de 2011	73

	Pág.
2. El reconocimiento normativo expreso de la transferencia de competencias como operación no concernida por la normativa de contratación pública en las Directivas de 2014.....	75
3. Los perfiles de la transferencia de competencias en la sentencia <i>Remondis</i> , seguida por la sentencia <i>Pori</i>	76
3.1. Los antecedentes del pronunciamiento <i>Remondis</i> .	76
3.2. La disyuntiva entre contrato público y transferencia de competencias.....	77
3.3. Los elementos de ponderación, en positivo y en negativo, para identificar una operación de transferencia de competencias	79
3.4. Breve referencia al asunto <i>ciudad de Pori</i>	81
III. LAS APORTACIONES DOCTRINALES Y LA EXISTENCIA DE ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN FAVOR DE LA TESIS DE LA GESTIÓN DIRECTA MEDIANTE ENTE INSTRUMENTAL COMO TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS	83
1. Las aportaciones doctrinales de referencia.....	83
2. Algunos pronunciamientos administrativos relevantes en favor de la transferencia de competencias	85
IV. LAS APORTACIONES EN FAVOR DE LA TESIS DEL MEDIO PROPIO Y LOS TRABAJOS CONSIDERANDO LOS ARGUMENTOS EN FAVOR DE UNA Y OTRA TESIS	87
V. CONSIDERACIONES QUE ABUNDAN EN LA EQUIPARACIÓN SUSTANCIAL DE LA GESTIÓN DIRECTA DESCENTRALIZADA CON EL ENCARGO A MEDIO PROPIO	89
1. La actividad de gestión del servicio público local se identifica con una prestación contractual típica: está en el mercado de la contratación pública y no fuera del comercio de los hombres	90
2. El gestor directo descentralizado del servicio público local ni recibe la autoridad oficial ni actúa con autonomía decisoria y financiera	97
2.1. Consideración preliminar: la calificación de una operación, y de la relación resultante, como trans-	

	Pág.
ferencia de competencias o como encargo a medio propio debe realizarse casuísticamente y sin ignorar el Derecho comunitario. Resulta inapropiada la mera invocación de conceptos generales de Derecho interno.....	97
2.2. El municipio es el titular de la competencia y conserva las potestades que son corolario de la misma, incluida la potestad de dirección y control del gestor del servicio	98
2.3. El gestor directo instrumental no recibe las potestades públicas municipales corolario de la competencia sobre el servicio, ni actúa con suficiente autonomía decisoria y financiera	100
VI. LA ATRIBUCIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO LOCAL A ENTES PÚBLICOS ASOCIATIVOS Y OTRAS OPERACIONES COMPLEJAS	103
 LA COOPERACIÓN HORIZONTAL ENTRE PODERES ADJUDICADORES COMO NEGOCIO EXCLUIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, por José Alberto Navarro Manich	
I. INTRODUCCIÓN	113
II. LA COOPERACIÓN HORIZONTAL ENTRE PODERES ADJUDICADORES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE: STJUE DE 9 DE JUNIO DE 2009 (C-480/06), COMISIÓN C. ALEMANIA (CASO HAMBURGO).....	116
III. REQUISITOS DE COOPERACIÓN HORIZONTAL FIJADOS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y ACOGIDOS POR LA NORMATIVA EUROPEA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	119
1. Celebrado exclusivamente por poderes adjudicadores....	120
2. Misión de servicio público común.....	122
3. Objetivo de interés público.....	125
4. Actividad de mercado acotada (y reducida).....	130
IV. LA TRANSPOSICIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LA COOPERACIÓN HORIZONTAL AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO: EL ART. 6.1 LCSP.....	130

	Pág.
V. PRIMEROS CASOS DE COOPERACIÓN HORIZONTAL ANALIZADOS POR TRIBUNALES NACIONALES Y ÓRGANOS CONSULTIVOS	135
1. Caso <i>Ayuntamiento de Calaf - Aigües de Manresa</i> (Dictamen núm. 29/2020 de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya)	136
2. Caso <i>Ayuntamiento de Huesca - Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la Agrupación núm. 1 de Huesca - GRHUSA</i> (Sentencia núm. 114/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón)	137
3. Caso <i>Ayuntamiento de Collbató - CONGIAC-GIACSA</i> (Sentencia núm. 3661/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña).....	139
VI. CONCLUSIONES	143
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	144
DECISIONES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS RELATIVAS A LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DESDE LA PERSPECTIVA DE POLÍTICA DE COMPETENCIA, por Susanna Grau i Arnau	147
I. LA MIRADA DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN EL DEBATE SOBRE CÓMO SE PRESTAN LOS SERVICIOS PÚBLICOS. ¿POR QUÉ INTERESA A LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA ESTE TEMA?	147
II. LAS DECISIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE PRESTACIÓN Y EL MODO DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y SUS IMPLICACIONES EN TÉRMINOS DE COMPETENCIA.....	157
1. Prestación del servicio: monopolio o concurrencia	157
2. Gestión del servicio: directa o indirecta	160
3. Lectura en clave de mercado de las decisiones públicas relativas a la prestación de servicios.....	163
III. APROXIMACIÓN AL MERCADO PARA PROVEER SERVICIOS PÚBLICOS.....	164
1. Variables a ponderar en la decisión sobre si acudir o no al mercado.....	165
2. Diseño pro-competitivo de las licitaciones públicas	166

	Pág.
IV. POTESTAD DE AUTOORGANIZACIÓN Y COOPERACIÓN ENTRE PODERES ADJUDICADORES EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.....	170
1. Contornos de ciertas formas de autoprovisión de los servicios públicos	171
1.1. Convenios de colaboración	172
1.2. Encargos a medios propios	176
1.3. Transferencias de competencias.....	182
2. Los sacrificios, en términos de competencia en el mercado, provocados por la desatención de los límites de ciertas formas de autoprovisión de servicios públicos	185
3. Cuando los sacrificios en términos de competencia se convierten en infracción del derecho de defensa de la competencia.....	193
3.1. Acuerdos anticompetitivos	194
A) Supuestos en que la propia constitución del medio propio y los encargos que este recibe pueden ser considerados un acuerdo anticompetitivo prohibido por el art. 1 LDC o el art. 101 TFUE.....	194
B) Supuestos en los que, a pesar de cumplirse los requisitos para la creación de un medio propio, pueden producirse acuerdos anticompetitivos	196
3.2. Abuso de posición de dominio	198
3.3. Ayudas de Estado	199
4. Consecuencias de mercado por el uso (y abuso) de los encargos a medios propios	200
V. CONCLUSIONES.....	203

PRESENTACIÓN

El libro que ahora ve la luz tiene su origen en un Seminario virtual (eran los momentos iniciales del confinamiento provocado por la covid-19 en España) que, bajo la rúbrica «Contornos de la autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos», tuvo lugar el 19 de marzo de 2021 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona y en el que pude participar como *discussant* desde Luxemburgo.

El Seminario estuvo organizado por el profesor José Esteve Pardo, catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Barcelona y director de la cátedra UB-CCIES de regulación de servicios públicos (CARSEP) y se inscribía en las actividades de esa cátedra, que ya han dado origen a otras publicaciones de la colección *Derecho de los Servicios Públicos y de la Regulación* que él mismo dirige.

Los ponentes del Seminario se corresponden con los autores de las cuatro intervenciones que, transformadas ahora (con modificaciones) en artículos, integran este libro. Belén Noguera de la Muela, catedrática de Derecho administrativo de la Universidad de Barcelona, disertó sobre la «Cooperación vertical: encargo a medios propios personificados tras la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público»; Esteban Arimany Lamoglia, abogado del Estado y docente en la Universidad de Granada, lo hizo sobre la «Gestión directa y descentralizada de servicios públicos: transferencia de competencias»; José Alberto Navarro Manich, abogado y profesor asociado de Derecho administrativo de la Universidad de Barcelona, se refirió a «La cooperación horizontal entre poderes adjudicadores como negocio excluido de la Ley de Contratos del Sector Público» y, en fin, Susanna Grau i Arnau, directora del Servicio de instrucción de la Autoridad catalana de la competencia, trató las «Implicaciones en la política de

competencia de las decisiones de las Administraciones públicas sobre los modos de gestión de los servicios públicos».

El Seminario abordaba una de las cuestiones más controvertidas del régimen jurídico de la contratación pública. Configurado ese régimen, en buena medida, por la acción del legislador de la Unión Europea para cuando las licitaciones adquieren una cierta dimensión o relevancia transfronteriza, las normas nacionales de transposición no siempre lo han incorporado al derecho interno de forma adecuada, como acredita la experiencia española.

Podría esperarse que los textos normativos del año 2014, con los que el legislador de la Unión aprobó el nuevo «paquete» de directivas en materia de contratación pública para sustituir al vigente desde 2004, hubieran ayudado a clarificar los puntos en los que las normas precedentes habían provocado mayores dudas. No estoy seguro de que ese resultado se haya conseguido y, de hecho, al Tribunal de Justicia siguen accediendo, año tras año, numerosas peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de las nuevas directivas.

De esas peticiones, la mayoría atañen a los preceptos de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18 (DO 2014, L 94, p. 65). En menor medida las preguntas se formulan sobre normas de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO 2014, L 94, p. 1) y de la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DO 2014, L 94, p. 243).

Siguen siendo constantes, igualmente, las peticiones de decisión prejudicial sobre los remedios jurisdiccionales cuya exigencia impone la Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO 1989, L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre (DO 2007, L 335, p. 31).

La contratación pública en los Estados miembros de la Unión Europea afecta a prestaciones de bienes y de servicios que, sumadas, al-

canzan un considerable porcentaje de los correlativos PIB. Su reflejo en términos de crecimiento económico, creación de empleo e innovación es innegable, como lo es su importancia para la consolidación del mercado interior y para salvaguardar las condiciones de competencia entre las empresas licitadoras (o posiblemente interesadas en la adjudicación), sin preferencias, más o menos disimuladas, a favor de las *domésticas*. En los últimos años se advierte, además, una tendencia a incluir entre los criterios para llevar a cabo las adjudicaciones de los contratos públicos consideraciones medioambientales y de orden social y laboral, así como de fomento del acceso de las pequeñas y medianas empresas.

Por eso, delimitar con acierto —y, a ser posible, con claridad— el ámbito en el que se aplican las directivas sobre esta materia a las decisiones de los poderes adjudicadores resulta imprescindible para conseguir las finalidades propias del régimen de la contratación pública.

Esa delimitación se enfrenta al reto de precisar cuándo, pese a su similitud con los contratos, la acción de los poderes públicos puede situarse al margen de la aplicación de las directivas. El derecho de la Unión ha reconocido la libertad de los Estados miembros en cuanto a la elección de la forma de prestación de servicios mediante la que los poderes adjudicadores subvendrán a sus propias necesidades.

Así lo proclama el quinto considerando de la Directiva 2014/24, al afirmar que «ninguna disposición de la presente directiva obliga a los Estados miembros a [...] externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente directiva». En análogos términos, y aún con mayor contundencia, se pronuncia el art. 2, apartado 1 de la Directiva 2014/23: «La presente directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos».

De esa premisa se infiere la validez, en principio, de determinadas fórmulas de autoabastecimiento o autoprovisión administrativa mediante las que los poderes públicos hacen uso de su discrecionalidad

para acudir o no al mercado, como decisión previa a la de cubrir sus necesidades mediante mecanismos de contratación formalizados y sujetos al régimen general. Entre esas fórmulas se hallan, precisamente, las tres modalidades sobre las que versó el Seminario de 19 de marzo de 2021 y versa ahora esta obra.

La aceptación de la discrecionalidad reconocida a las autoridades de los Estados miembros se había reiterado, antes y después de 2014, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a propósito de la cooperación vertical: así, en la sentencia de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau* (C-26/03, EU:C:2005:5); en la sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant* (C-324/07, EU:C:2008:621), y en la sentencia de 3 de octubre de 2019, *Irgita* (C-285/18, EU:C:2019:829).

El Tribunal de Justicia no dudó en admitir la excepción *in house* «justificada por la circunstancia de que una autoridad pública que es una entidad adjudicadora tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y de que esa excepción puede extenderse a las situaciones en las que el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, cuando esta última ejerza sobre el adjudicatario un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la primera entidad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades adjudicadoras que la controlan», pudiendo pensarse que en estos casos «la entidad adjudicadora utiliza sus propios medios» [sentencia de 8 de mayo de 2014, *Datenlotsen Informationssysteme* (C-15/13, EU:C:2014:303), apdo. 25, con cita de jurisprudencia; y sentencia de 8 de diciembre de 2016, *Undis Servizi* (C-553/15, EU:C:2016:935), apdo. 30].

La «excepción *in house*», con la inherente dispensa del sometimiento a las directivas de contratación, responde, pues, a una opción organizativa de los poderes públicos, que encomiendan a sus entes instrumentales (cuando ejercen sobre ellos el mismo control que respecto de sus propios servicios) determinadas tareas, sin acudir al mercado para la provisión de las obras, servicios o suministros.

En cuanto a la prestación de servicios a través de la cooperación interadministrativa, también conocida como «horizontal» o «público-público», ese mismo reconocimiento constaba ya en la sentencia de 9 de junio de 2009, *Comisión/Alemania* (C-480/06, EU:C:2009:357). La previsión se incorporó de manera expresa a la legislación de la

Unión en la Sección 3.^a («Exclusiones») del Capítulo I, Título I, de la Directiva 2014/24. En concreto, en su art. 12, apartado 4. Una fórmula similar se recoge en el art. 17 de la Directiva 2014/23 y en el art. 28 de la Directiva 2014/25. De hecho, el texto en vigor acoge la cooperación horizontal de modo más *generoso* que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia anterior a las Directivas de 2014.

Esa jurisprudencia, a la que alude el considerando 31 de la Directiva 2014/24, había señalado ciertas condiciones para validar que la prestación de servicios públicos pudiera realizarse sin acudir al mercado, por medio de la cooperación entre Administraciones públicas. Conforme a aquel considerando, la precisión sobre qué contratos entre entidades del sector público quedan al margen de la Directiva 2014/24 «debe guiarse por los principios establecidos en la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

En fin, una transferencia de competencias relativas al desempeño de funciones públicas también puede quedar extramuros del ámbito de aplicación de las reglas de la contratación pública. Así lo había aceptado, en cuanto a la Directiva 2004/18, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Remondis* (C-51/15, EU:C:2016:985). Y así lo han reiterado las Directivas 2014/23 y 2014/24, como atestigua la lectura de sus artículos primeros (apdos. 4 y 6, respectivamente): «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».

Como en otro momento he sostenido, el autoabastecimiento de las entidades públicas, ya sea en forma de cooperación *in house* o de cooperación «horizontal», no carece de riesgos para la libre circulación de bienes y servicios. Son legítimas también las dudas acerca de sus efectos sobre la libre competencia, más allá del supuesto aludido expresamente en el considerando 33, segundo párrafo, *in fine*, de la Directiva 2014/24, que previene contra una cooperación que coloque a un operador económico en una posición privilegiada en relación con otros rivales.

Los riesgos son similares a los que la Directiva 2014/24 denuncia en relación con la agregación y centralización de compras, operaciones que, a tenor de su considerando 59, «deben supervisarse cuidadosamente para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo y la colusión y preservar la transparencia y la competencia, así como las posibilidades de acceso al mercado de las pyme».

Lo importante, según el espíritu de las directivas sobre contratación, es la garantía de la competencia del mercado y la defensa frente a su desnaturalización o a su distorsión por obra de actores ajenos a la lógica del libre comercio.

En este escenario de reglas y excepciones, cuya complejidad se incrementa al mismo ritmo que sucesivas sentencias del Tribunal de Justicia contribuyen a perfilar los perfiles de su interpretación, siempre son bienvenidas aportaciones doctrinales que, con el indispensable rigor, evalúen, analicen y, en su caso, critiquen u ofrezcan nuevas perspectivas de solución a los problemas con los que se enfrentan las autoridades de cada Estado en este campo.

Destacaré, con la brevedad exigible a un prólogo que no ha de sustituir, ni siquiera a modo de síntesis, la lectura de los textos que presenta, las aportaciones de los cuatro autores del libro.

Belén Noguera de la Muela ha ampliado, en su artículo, lo que constituía el objeto de la ponencia que presentó al Seminario de marzo de 2021. El artículo se titula «Los encargos a medios propios personificados como técnica de autoprovisión administrativa, en el sistema jurídico europeo y español de contratación pública» y afronta, por un lado, las exigencias que el derecho de la Unión impone a los encargos *in house* y, por otro lado, el régimen jurídico de esos encargos en el derecho español. Su trabajo se atiene con fidelidad a lo que constituía el núcleo central del Seminario, es decir, a los contornos de la autoprovisión administrativa en la gestión de los servicios públicos.

Como fenómenos próximos a esos encargos efectuados por las Administraciones públicas a sus entidades instrumentales, las técnicas de la transferencia de competencias o de la cooperación interadministrativa (horizontal) presentan unos perfiles diferenciados, aunque coinciden en quedar excluidas de la legislación de contratos públicos *stricto sensu*.

A la primera de esas técnicas atiende el artículo de Esteban Arimany Lamoglia, de nuevo con un título que difiere, en parte, del de

su ponencia: «Gestión directa y descentralizada de servicios públicos locales: encargo a medio propio o transferencia de competencias». El autor, tras examinar las tesis favorables a la asimilación entre la gestión descentralizada y la transferencia de competencias, en particular, en el ámbito local, aboga por equiparar, más bien, la gestión directa descentralizada con el encargo a medios propios.

El artículo de José Alberto Navarro Manich (en este caso coincide su título con el de la ponencia) versa sobre la segunda de las técnicas antes apuntadas: «La cooperación horizontal entre poderes adjudicadores como negocio excluido de la Ley de Contratos del Sector Público». El autor estudia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la cooperación horizontal, su recepción en la normativa europea y la transposición de esta a la legislación española, para concluir con el análisis de varios casos domésticos en los que ya han recaído pronunciamientos de órganos administrativos, jurisdiccionales o consultivos.

El último artículo, denominado «Decisiones de las Administraciones públicas relativas a la gestión de los servicios públicos desde la perspectiva de la política de competencia» (una vez más, el título difiere del de la ponencia) corresponde a Susanna Grau i Arnau y nos brinda una aproximación original al tema: hasta qué punto actúan (y cómo deberían actuar) las administraciones públicas en la gestión de sus servicios para atenerse a los requerimientos de la defensa de la competencia. Con este enfoque, los instrumentos de provisión directa —ya sea bajo la figura de encargos a medios propios, convenios de colaboración o transferencias de competencia— aun cuando se excluyan de la legislación de contratos públicos, habrían de sujetarse a ciertos límites, cuya superación podría significar la vulneración de las normas específicas de la legislación de competencia.

Los cuatro artículos coinciden, en términos generales, en su planteamiento dual: por un lado, abordan la regulación en el nivel propio del derecho de la Unión y, por otro lado, exponen la situación normativa del tantas veces reformado régimen español de los contratos del sector público. Tal coincidencia de planteamientos dota de mayor homogeneidad a la obra, con lo que se logra evitar la dispersión de enfoques que afecta a no pocos los libros colectivos.

En lo que atañe a la exposición del derecho de la Unión sobre la contratación pública, la coincidencia se extiende a las citas de las sentencias más relevantes del Tribunal de Justicia: los autores se han

esforzado por incluir y analizar las dictadas recientemente, entre las que destacan, solo en el año 2020, las de 28 de mayo, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* (C-796/18, EU:C:2020:395); de 4 de junio, *Remondis* (C-429/19, EU:C:2020:436), y de 18 de junio, *Porin kaupunki* (C-328/19, EU:C:2020:483).

En lo que concierne a la aplicación del derecho nacional, los cuatro autores también dan cuenta de los pronunciamientos más recientes, ya sean de los órganos jurisdiccionales, de los consultivos o de los tribunales administrativos de recursos contractuales.

Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
Abogado General del Tribunal de Justicia
de la Unión Europea
Luxemburgo, enero de 2022

LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS COMO TÉCNICA DE AUTOPROVISIÓN ADMINISTRATIVA EN EL SISTEMA JURÍDICO EUROPEO Y ESPAÑOL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Belén NOGUERA DE LA MUELA
Catedrática de Derecho administrativo
de la Universidad de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

A caballo entre la potestad de la autoorganización que ostentan las Administraciones públicas y el principio de concurrencia en la adjudicación de los contratos, se sitúan los denominados «encargos a medios propios personificados»¹ (o encargos *in house providing*

¹ Pueden verse en este sentido, entre otros, y sin ánimo de exhaustividad, los trabajos de C. A. AMOEDO SOUTO, *TRAGSA: medios propios de la Administración y huida del derecho administrativo*, Atelier, 2004; *id.*, «Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?», en J. M.^a GIMENO (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, 2018, pp. 369-410; J. M.^a GIMENO FELIÚ, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española: la necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Civitas, 2006, esp. pp. 127-151; F. SOSA WAGNER y M. FUERTES LÓPEZ, «¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación *in house*)», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2007; J. GONZÁLEZ GARCÍA, «Medios propios de la Adminis-

en terminología anglosajona), también llamados fórmulas de cooperación vertical que, junto con la cooperación horizontal (convenios de colaboración interadministrativa) aparecen excepcionadas de la aplicación del cuarto paquete de directivas de contratación pública. Sobre ellas ha incidido nuevamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los casos *ISE-Colonia*, de 28 de mayo de 2020 (asunto C-796/18); *Remondis 2*, de 4 de junio de 2020 (asunto C-429/19), y *Porin Linjat*, de 18 de junio de 2020 (asunto C-328/19), donde los requisitos exigibles para poder aplicar estas fórmulas se han ido perfilando y precisando, respecto de la originaria jurisprudencia recaída sobre esta materia, como tendremos ocasión de comprobar.

Estos sistemas de autoprovisión administrativa (encargos a medios propios y convenios interadministrativos), expresamente previstos en el art. 31 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 (LCSP 2017) como sistemas de cooperación intrapública, no se formalizan mediante contrato, y son expresión de la gestión *conjunta* de los servicios públicos como *tertium genus* a que se refiere el art. 3.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) al señalar que «las Administraciones públicas facilitarán preferentemente la prestación conjunta de servicios».

tración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación», *RAP*, núm. 173, 2007; M. A. BERNAL BLAY, «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones “*in house*”. Comentario a la STJUE de 19 de abril de 2007», *REDA*, núm. 137, 2008, pp. 115-138; B. NOGUERA DE LA MUELA, «Los encargos “*in house*” en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria», *RAP*, núm. 182, 2010; *id.*, «Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos», en E. GAMERO CASADO e I. GALLEGO CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de Contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 665-709; *id.*, «Fórmulas cooperativas de gestión conjunta de los servicios públicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: los encargos a medios propios personificados y los convenios interadministrativos», en J. M.^a GIMENO (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2019*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2020, pp. 225-280; M. FUERTES LÓPEZ, «Tragsa es de casa (Comentario a la STJUE de 19 de abril de 2007)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 287, 2008; J. M.^a GIMENO FELIÚ, «Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo», *REDA*, núm. 205, 2020, pp. 24-32; J. ALEMANY GARCÍAS, *Los encargos a sociedades mercantiles de capital íntegramente público como medios propios en la legislación actual*, Atelier, 2017; S. DÍEZ SASTRE y E. MARCO PEÑAS, «La reestructuración del sector público a partir de la normativa de contratación pública y disciplina presupuestaria», *Revista CEFLegal*, núms. 223-224, 2019, pp. 75-112.

En todo caso, a la luz de la libertad de elección «para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios» prevista en el Derecho de la Unión Europea, concretamente en la Directiva 2014/23/UE (su art. 2.1 permite a las autoridades públicas «optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos») nuestro Derecho se alinea perfectamente con aquel. Así, en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, se reconoce la dualidad de formas de gestión de los servicios públicos locales, directa e indirecta (art. 85.2 LBRL tras reforma de la LRSAL), condicionándose si bien la elección del modo de gestión a los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria². Respeto al principio de sostenibilidad que muestra tam-

² J. ESTEVE PARDO, «La Administración garante. Una aproximación», *RAP*, núm. 197, 2015, pp. 11-39; *id.*, *Principios de Derecho regulatorio. Sectores económicos estratégicos y regulación de riesgos*, Marcial Pons, 2021; J. M.^a GIMENO FELIÚ, «Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario», *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58-59, 2016, pp. 52-58; F. VILLAR ROJAS, «Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58-59, 2016, p. 103; J. TORNOS MAS, «La remunicipalización de los servicios públicos locales», *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Actas del XXI Congreso de la Asociación italo-española de Profesores de Derecho administrativo, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016, 2017, pp. 58-62; T. R. FERNÁNDEZ, «Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación», *RAP*, núm. 200, 2016, pp. 439-450.

Efectivamente, con relación a la elección de las distintas formas de gestión directa, el art. 85.2.A) LBRL señala:

«A) Gestión directa:

- a) Gestión por la propia Entidad Local.
- b) Organismo autónomo local.
- c) Entidad pública empresarial local.
- d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), 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 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».

bién la LRJSP (arts. 3.2 y 140) al exigir una mayor sostenibilidad y eficiencia para recurrir a un encargo a medio propio personificado como alternativa a la contratación pública. Entroncando todo ello, con uno de los debates más complejos existentes hoy en relación con los servicios públicos en el ámbito local que es el relativo a su forma de gestión más idónea y a su nivel óptimo de prestación³, planteando, asimismo, si en expresión de la potestad de organización la asignación de la gestión de un servicio público local a una personificación interpuesta (p. ej., una entidad pública empresarial, o una sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública), debe ajustarse o no al régimen jurídico de los encargos a medios propios, en la actualidad más riguroso a la vista de la LCSP 2017.

No estamos ante una cuestión baladí, por cuanto someterse al régimen de los encargos a medios propios supone limitar la potestad de autoorganización municipal, lo cual, a mi juicio, se impone a la vista del cuarto paquete de directivas de contratación pública (específicamente, arts. 12 de la Directiva 2014/24, 17 de la Directiva 2014/23 y 28 a 30 de la Directiva 2014/25), y de la doctrina que viene conformando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde 1999 con el *leading case Teckal* (STJUE de 18 de noviembre de 1999) hasta las recientes sentencias recaídas sobre la materia, provocando todo ello una serie de consecuencias que se deducen de nuestro ordenamiento jurídico como, entre otras, la posibilidad de impugnar vía recurso especial en materia de contratos, aquel encargo de gestión del servicio a personificación interpuesta que no cumpla con los requisitos de los encargos a medio propio personificado, comportando tal encargo una adjudicación directa contraria a Derecho⁴.

³ Al respecto, véase VVAA, en T. FONT I LLOVET y J. J. Díez SANCHEZ (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Actas del XXI Congreso de la Asociación italo-española de Profesores de Derecho administrativo, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016, Iustel, 2017; L. MELLADO RUIZ, «Soluciones cooperativas ante la (condicionada) disyuntiva entre la gestión directa o indirecta de los servicios públicos locales», *REGAP*, núm. 56, 2018, pp. 228-229; D. SANTIAGO IGLESIAS, «Fórmulas para la gestión conjunta de los servicios públicos locales», en L. MELLADO y A. FORNIELES (coords.), *Gestión cooperativa en el ámbito local*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 101-102.

⁴ A. EZQUERRA HUERVA, «La gestión directa de los servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos», <https://www.obcp.es>, 20 de septiembre de 2018; E. ARIMANY LAMOGLIA, «Gestión directa y descentralizada de servicios públicos locales: encargos a medio propio o transferencia de competencias», *RAP*, núm. 213, 2020, pp. 141-178.