



Universidad de Oviedo

## MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

### **Trabajo Fin de Máster**

“La utilización de encargos a medios propios y su incidencia en materia de competencia”

María Isabel Ayuso García



# “LA UTILIZACIÓN DE ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS Y SU INCIDENCIA EN MATERIA DE COMPETENCIA”

## RESUMEN

En el principio de autoorganización de las Administraciones públicas en España descansa la posibilidad de que éstas elijan como método de aprovisionamiento y gestión de bienes y servicios hacer encargos directos a sus medios propios, que se configuran como entidades instrumentales bajo control directo de la Administración. La elección de esta modalidad como la de cualquier otra impacta no solo en la eficacia y transparencia de la gestión pública, sino también en la libre competencia de los mercados.

En este trabajo se analizan las ventajas, los inconvenientes y los requisitos legales para la creación de medios propios y adjudicación directa de encargos, así como posibles infracciones que se pueden cometer en materia de competencia. Se destaca la intervención de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el análisis de estos encargos con el objetivo de prevenir distorsiones en la competencia y garantizar la eficiencia en la prestación de servicios públicos. Se trata, en suma, de determinar si las Administraciones cumplen o no con la normativa de los encargos a medios propios y de si la legislación actual resulta suficiente o debe ser mejorada.

*Palabras clave:* encargo a medios propios, contratación pública, CNMC, Derecho de la Competencia.

## ABSTRACT

The principle of self-organization within public administrations in Spain allows them to opt for a procurement and management method for goods and services to use in house-providing figure, configured as instrumental entities under the direct control of the public administration. The selection of this method, like any other, has an impact not only on the efficiency and transparency of public management, but also on free market competition.

This paper analyses the advantages, disadvantages, and legal requirements for the creation of the in house-providing figure and the direct allocation of contracts, as well as possible infringements that may be committed in terms of competition. The intervention of the Spanish competition authority “Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia” in the analysis of these orders is highlighted with the aim of preventing competition distortions and guaranteeing efficiency in the provision of public services. In short, the objective is to determine whether or not the public administrations are complying with the regulations governing the entrustment of in house-providing figure and whether or not the current legislation is sufficient or should be improved.

*Key words:* in house-providing, public procurement, CNMC, competition law.



## ABREVIATURAS

AVC	Autoridad Vasca de la Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
FNMT-RCM	Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda
IAS	Informes Anuales de Supervisión de la Contratación Pública
I+D+i	Investigación, Desarrollo e innovación
IGAE	Intervención General de la Administración del Estado
INECO	Ingeniería y Economía del Transporte S.A., S.M.E., M.P.
ISDEFE	Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España S.A., S.M.E., M.P.
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
OIREscon	Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación
TACRC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRAGSA	Empresa de Transformación Agraria, S.A., S.M.E., M.P.
TRAGSATEC	Empresa Tecnologías y Servicios Agrarios, S.A., S.M.E., M.P.
TS	Tribunal Supremo



# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>1. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL MEDIO PROPIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EUROPEO Y ESPAÑOL .....</b>	<b>6</b>
<b>1.1 ORIGEN DE LA FIGURA DEL MEDIO PROPIO .....</b>	<b>6</b>
<b>1.2 REGULACIÓN DEL MEDIO PROPIO EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA.....</b>	<b>7</b>
<b>1.3 REGULACIÓN DEL MEDIO PROPIO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.....</b>	<b>8</b>
1.3.1 REGULACIÓN EN LA LCSP.....	8
1.3.2 REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 86 DE LA LRJSP .....	10
<b>1.4 INCIDENCIA DEL ENCARGO A MEDIOS PROPIOS EN LA COMPETENCIA .....</b>	<b>10</b>
<b>2. EL ENCARGO A MEDIO PROPIO: ¿RECURSO ORDINARIO O EXTRAORDINARIO? .....</b>	<b>12</b>
<b>2.1 ORIGEN DE LA PROBLEMÁTICA EN EL DERECHO ITALIANO .....</b>	<b>12</b>
<b>2.2 LA POSTURA DE LA UNIÓN EUROPEA.....</b>	<b>14</b>
<b>2.3 LA POSTURA DE ESPAÑA Y DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA ESPAÑOLAS.....</b>	<b>16</b>
<b>3. EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS DESDE LA ÓPTICA DE LA COMPETENCIA.....</b>	<b>19</b>
<b>3.1 REQUISITOS PARA CONSTITUIR UN MEDIO PROPIO.....</b>	<b>19</b>
3.1.1 LA JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL MEDIO PROPIO .....	19
3.1.2 CONTAR CON MEDIOS SUFICIENTES E IDÓNEOS QUE SIRVAN A SU OBJETO SOCIAL ..	19
<b>3.2 REQUISITOS DE LA ENTIDAD DESTINATARIA DEL ENCARGO.....</b>	<b>21</b>
3.2.1 EL CONTROL ANÁLOGO.....	21
3.2.2 RECIBIR EL 80% DE LA ACTIVIDAD DEL MEDIO PROPIO .....	23
<b>3.3 LA COMPENSACIÓN TARIFARIA .....</b>	<b>26</b>
<b>4. PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PLANTEA EL USO DE MEDIOS PROPIOS EN MATERIA DE COMPETENCIA.....</b>	<b>27</b>
<b>4.1 MOMENTO EN EL QUE DEBEN CUMPLIRSE LOS REQUISITOS .....</b>	<b>27</b>
4.1.1 POSTURA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA .....	28



4.1.2 POSTURA DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO .....	29
4.1.3 POSTURA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID .....	29
4.1.4 POSTURA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN.....	30
4.1.5 POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO .....	31
4.1.6 CONCLUSIONES .....	31
<b>4.2 PROBLEMAS CON EL ANÁLISIS DE LA EFICIENCIA Y LA URGENCIA .....</b>	<b>32</b>
<b>4.3 PROBLEMAS EN MATERIA DE PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA.....</b>	<b>34</b>
<b>4.4 LA APLICACIÓN DE LAS LEYES REGULADORAS DE LA COMPETENCIA.....</b>	<b>37</b>
4.4.1 DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA.....	38
4.4.2 DESDE LA PERSPECTIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	39
4.4.2.1 <i>¿Está la Administración pública sujeta al derecho de competencia?</i> .....	39
4.4.2.2 <i>La infracción del artículo 1 de la LDC</i> .....	40
4.4.2.3 <i>La infracción del artículo 3 de la LDC</i> .....	41
4.4.2.4 <i>La infracción del artículo 15 de la LCD</i> .....	41
<b>5. RECOMENDACIONES DERIVADAS DE LA FISCALIZACIÓN DE LOS</b>	
<b>ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS .....</b>	<b>43</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>46</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>50</b>
<b>NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>52</b>



## INTRODUCCIÓN

En España, cuando una Administración pública quiere cubrir sus necesidades públicas cuenta, fundamentalmente con tres opciones alternativas: la primera y más frecuente, acudir al mercado a través de la contratación pública; la segunda, acudir a la figura del “convenio” (cooperación horizontal), que consiste en llegar a acuerdos con otras entidades del sector público o incluso con otras empresas privadas para actuar conjuntamente en régimen de igualdad; y la tercera, acudir a la figura del “encargo a medios propios” (cooperación vertical), que consiste, como define la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en crear entidades instrumentales con personalidad jurídica propia bajo el control y dirección de la Administración de la que depende a las que se les encarga la realización de contratos de obras, suministros, servicios o concesiones de manera directa.

Cada una de estas modalidades tienen determinadas ventajas e inconvenientes que deberían tenerse en cuenta si se quiere cumplir con los principios informadores que deben regir la actividad de la Administración pública, siendo especialmente importante en la materia el principio de eficacia, así como los principios recogidos en el artículo 1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que son los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, así como asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria, control de gasto y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

La elección del tema “La utilización de encargos a medios propios y su incidencia en materia de competencia” como trabajo de investigación para el Máster de Acceso a la Abogacía surge como consecuencia del interés que suscita la actividad de la Administración pública en España y de cómo configura el ordenamiento jurídico las posibilidades de actuación que tiene la misma, sobre todo cuando se trata de llevar a cabo actividades de carácter económico para proveer de bienes y servicios a la ciudadanía. Del mismo modo, analizar si la Administración actúa conforme a la legalidad o no es una cuestión trascendente que aporta un punto de vista interesante para el ejercicio de la profesión del abogado, máxime cuando en el marco de la actuación de los medios propios nos encontramos ante una posible distorsión de la competencia competitiva de empresas en el mercado no solo interno sino también europeo, lo que suscita



cuestiones relacionadas con el Derecho a la competencia que puede afectar a multitud de empresas que necesiten orientación legal sobre la materia.

En este trabajo nos centraremos en uso de la figura del encargo a medios propios como sistema de aprovechamiento, en cómo afecta al Derecho de competencia y en los desafíos que ha planteado su utilización desde la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público en el año 2017, para lo cual analizaremos las ventajas e inconvenientes que presenta la figura, los requisitos legalmente establecidos por el ordenamiento jurídico tanto para crear a un medio propio como para realizarle encargos públicos por el sistema de adjudicación directa, escapando de la aplicación de la normativa de contratación pública establecida por la Unión Europea. Además, abordaremos las posibles infracciones en materia de Derecho de competencia en las que pueden incurrir los encargos a medios propios cuando no cumplen los requisitos legalmente establecidos, así como las vías posibles vías de impugnación previstas en el ordenamiento jurídico.

Tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como las autoridades en materia de competencia como la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en España se han pronunciado en los últimos años sobre la cuestión y han desempeñado un papel crucial en la regulación y evaluación, respectivamente, de la utilización de medios propios. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha abordado cuestiones relacionadas con la competencia y el mercado interior europeo en varias sentencias, declarando que los principios de libre competencia y de igualdad de condiciones para las empresas en el mercado europeo son de obligado cumplimiento, incluso cuando estas empresas están vinculadas a la Administración pública como ocurre en el caso de los medios propios. Por su parte, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en España ha ejercido su papel de vigilancia y control en el ámbito nacional, emitiendo informes que analizan la utilización de medios propios por parte de la Administración. El objetivo es garantizar que el uso de encargos a medios propios no distorsione la competencia en el mercado, asegurando la participación equitativa de empresas privadas y promoviendo la eficiencia en la prestación de servicios públicos, fomentado la transparencia y la apertura en los procesos de contratación pública, buscando prevenir situaciones de discriminación o privilegio que puedan surgir cuando la Administración utiliza sus propios medios.

En definitiva, este trabajo persigue poner de relieve si, en la práctica, las Administraciones públicas cumplen o incumplen la normativa reguladora de los encargos a medios propios en España, centrándonos en la perspectiva del Derecho de Competencia. Para



ello estudiaremos el análisis llevado a cabo por las autoridades de competencia en España como son, principalmente, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Tribunal de Cuentas, así como la legislación europea y española en vigor, los pronunciamientos de los tribunales europeos y españoles, tanto administrativos como jurisdiccionales, el derecho comparado italiano y la postura de la doctrina más autorizada en la materia tanto del estado de la cuestión actual como de los posibles subterfugios de la ley o incluso vacíos legales que tiene la materia.





# 1. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL MEDIO PROPIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EUROPEO Y ESPAÑOL

## 1.1 ORIGEN DE LA FIGURA DEL MEDIO PROPIO

La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Con estas palabras define la Constitución Española de 1978, en el apartado primero de su artículo 103, a la Administración pública en nuestro país, que se configura como el “brazo ejecutor” del propio Estado para llevar a cabo todas las actividades necesarias para evaluar, implantar y desarrollar las necesidades que surgen en el devenir de un estado social y democrático de Derecho.

Una de sus principales funciones es dotar tanto al propio Estado como a la ciudadanía de bienes y servicios para que ambos puedan cumplir con sus fines, actuando como “demandante y oferente de bienes y servicios, afectando estática y dinámicamente a multitud de mercados relevantes<sup>1</sup>”. En estos mercados tiene lugar la actividad de contratación pública en virtud de la cual la Administración solicita a las empresas privadas que ofrezcan bienes o servicios en su nombre y bajo su dirección y presupuesto, aprovechándose de la existencia de estos profesionales que son expertos desarrollando algunas actividades en el sector privado y cuya solvencia, eficacia y precio le son rentables para la Administración que los contrata.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) regula la materia y con ella se introdujeron en el ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Se trata de una norma que quiere ayudar a conseguir multitud de objetivos que fueron planteados en la “Estrategia Europa 2020” centrada en la mejora de la economía, productividad y vertiente social de la Unión Europea. Para lograrlos, tanto las Directivas europeas como la LCSP se aprueban para mejorar, entre otras cuestiones, la seguridad jurídica y todos aquellos aspectos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) vino desarrollando en su jurisprudencia en materia de contratación pública a través de las cuestiones prejudiciales que le fueron elevadas por los distintos tribunales de los Estados miembro de la Unión.

---

<sup>1</sup> GARCÍA ALFONSO, M. y GARCÍA-ROYO DÍAZ, J.: “Análisis de los encargos a medios propios desde la óptica de promoción de la competencia”, *Anuario de la competencia*, 2017, página 409.



Una de las figuras jurídicas de la que se hizo eco la jurisprudencia del TJUE durante los años anteriores a la aprobación de dichas Directivas fue la del “encargo a medio propio” o también denominada doctrina del *in-house providing*, en la terminología anglosajona, que es definida por la Comisión Nacional de los Mercado y la Competencia (en adelante, CNMC) como la ejecución de manera directa por las entidades pertenecientes al sector público de las prestaciones propias de contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios a través de entidades instrumentales con personalidad jurídica propia con las que les vincula una relación de dependencia y control, es decir, a través de sus medios propios. Las relaciones jurídicas existentes entre las entidades del sector público y sus medios propios se caracterizan por ser jerarquizadas y se instrumentalizan a través de la figura del encargo<sup>2</sup>.

## **1.2 REGULACIÓN DEL MEDIO PROPIO EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA**

El apartado 1 del artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública configura el marco general de la figura del medio propio para todas las regulaciones estatales de los distintos Estados Miembro de la Unión Europea, y establece lo siguiente:

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

- Que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;
- Que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y
- Que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las

---

<sup>2</sup> CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, *op cit.* página 3.



disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada”.

### **1.3 REGULACIÓN DEL MEDIO PROPIO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

La citada normativa europea fue objeto de transposición al ordenamiento jurídico interno español. Por una parte, la regulación fundamental se encuentra recogida en la LCSP que aplica a todos los medios propios de España, con independencia de qué Administraciones públicas sean sus poderes adjudicadores. Por otra parte, el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) es de aplicación únicamente a los medios propios que formen parte del sector público estatal, dejando fuera de su aplicación a las Comunidades Autónomas y entes locales que tienen competencias para regular la materia.

#### **1.3.1 REGULACIÓN EN LA LCSP**

El artículo 32 de la LCSP regula los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados y el artículo 33 de la LCSP hace lo propio para los encargos de entidades que pertenecen al sector público que no tienen la consideración de poder adjudicador. No es objetivo de este trabajo analizar las diferencias en materia de encargos a medios propios si los realiza un poder adjudicador o una entidad del sector público que no tiene la condición de poder adjudicador, por lo que nos referiremos durante todo el trabajo a la figura del encargo al medio propio y a la relación que le vincula con su poder adjudicador. Por consiguiente, nos centraremos en el artículo 32 de la LCSP que recoge los requisitos previstos en la Directiva 2014/24/UE pero configurando un marco legal más exigente que el Derecho de la Unión Europea, y que podemos resumir de la manera que sigue:

1. Control, directo o indirecto, análogo del poder adjudicador sobre el medio propio, con influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas, es decir, que existe una jerarquía en virtud de la cual el medio propio obedece las instrucciones recibidas de su poder adjudicador. Se presumirá dicho control si la ejecución de encargos resulta obligatoria para el ente que recibe el encargo en virtud de lo previsto en los estatutos o en el acto de creación del mismo, de manera que exista unidad de decisión entre ellos.



2. Que más del 80% de las actividades realizadas por el medio propio deriven de las instrucciones y mandatos recibidos de su poder adjudicador, una cifra que se calculará en base a parámetros tales como el promedio de volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, o cualquier otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo. Este requisito del 80% de actividad se configura como mínimo y que deja la posibilidad de que el medio propio se relacione con el resto del mercado sin control de su poder adjudicador como máximo en el 20% de sus actividades.
3. Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública, sin excepciones.
4. La condición de medio propio debe reconocerse expresamente en los estatutos o en el acto de creación del ente previa autorización expresa de su poder adjudicador creador y previa verificación por la entidad pública de la que vaya a depender el medio propio de que cuenta con los medios suficientes y apropiados, tanto materiales como personales, para la realización de los encargos, que serán todos ellos de conformidad con su objeto social.
5. Posibilidad de control análogo conjunto de un medio propio por varios poderes adjudicadores independientes entre sí. Para que exista control análogo conjunto deben cumplirse los siguientes requisitos: en primer lugar, que en los órganos decisorios del medio propio estén representados todos aquellos entes que puedan conferirle encargos; en segundo lugar, que estos últimos ejerzan influencia directa y decisiva sobre el medio propio; y en tercer lugar, que el medio propio no persiga intereses contrarios a los intereses propios de los entes que pueden conferirle encargos.
6. La compensación económica tendrá naturaleza tarifaria para las actividades realizadas por el medio propio de manera directa y se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas. La compensación económica se determinará en atención a los costes efectivamente soportados si el medio propio acude a la subcontratación.



7. El medio propio personificado deberá publicar en la Plataforma de Contratación del Sector Público correspondiente su condición, respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta y sobre qué sectores de actividad puede ejecutar encargos.

Por último, el apartado c) del artículo 40 de la LCSP establece como causa de anulabilidad de los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios que no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio.

### **1.3.2 REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 86 DE LA LRJSP**

Como mencionamos con anterioridad, el artículo 86 de la LRJSP solo resulta de aplicación a medios propios que formen parte del sector público estatal. Este artículo exige que los medios propios acrediten que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para la realización de actividades que se correspondan con su objeto social de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes: o bien son una opción más eficiente, sostenible y eficaz que la contratación pública, o bien son necesarios por razones de urgencia o de seguridad pública en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio.

La problemática de este artículo radica en determinar el momento en el que deben fiscalizarse el cumplimiento de los requisitos que contiene, debido a que el apartado tercero del artículo hace referencia al supuesto de creación de un medio propio, momento en el cual debe acompañarse una propuesta de declaración de memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior, siendo necesario además que informe la Intervención General de la Administración del Estado. Sin embargo, no han sido poco los debates suscitados sobre la necesidad de justificar el cumplimiento de los requisitos no solo en el momento de creación de un medio propio sino también en el momento de adjudicación de encargos concretos.

## **1.4 INCIDENCIA DEL ENCARGO A MEDIOS PROPIOS EN LA COMPETENCIA**

El encargo a medio propio implica “la posibilidad que ofrece el Derecho Comunitario y, por ende, el Derecho interno, a las Administraciones públicas (más certeramente a los poderes adjudicadores o a determinadas entidades del sector público) de encargar la realización de ciertas actividades a entes o sociedades controladas por ellas, sin necesidad de licitar un contrato



administrativo<sup>3</sup>". Este último inciso nos revela una de las principales características de la figura: se trata de un negocio jurídico que no participa en las normas de la contratación pública.

El encargo a un medio propio permite a los poderes adjudicadores sustraerse de la concurrencia competitiva que exige cumplir la LCSP y "encargar directamente a sus medios propios la obtención de dichas prestaciones"<sup>4</sup> al margen del mercado. Se trata, pues, de una excepción a la aplicación de los principios y procedimientos propios de la contratación pública y que tiene especial incidencia en el Derecho de la Competencia, sobre todo si no se dan los requisitos legalmente establecidos para utilizar este método de aprovechamiento o se utilizan de manera inadecuada o abusiva<sup>5</sup>. Recurrir a la figura del encargo a medio propio "implica *per se* una restricción a la competencia, dado que ni existe competencia por el mercado ni tampoco competencia en el mercado"<sup>6</sup>.

Se puede comprobar, por tanto, que la incidencia que tiene el uso de encargos a medios propios por las Administraciones públicas afecta de manera directa a la competencia. La forma que tiene el ordenamiento jurídico actual de regular el uso de estos encargos, al excluirlo de la normativa de contratación pública, nos desvela, de manera indirecta, características propias de su naturaleza como medio de aprovisionamiento privilegiado, lo que no significa necesariamente que su utilización sea contraria a derecho pues "no existe obligación alguna de que una Administración pública obtenga los servicios necesarios para el desempeño de su actividad en el mercado"<sup>7</sup>, pero implica necesariamente que los poderes públicos observen especiales cautelas en su utilización si no se quiere afectar negativamente a la libre competencia en los mercados nacionales y europeos y si se quiere cumplir con el principio de optimización del presupuesto público.

En este sentido el Abogado General CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA señala que la combinación artículo 12, apartado 4, y los considerandos trigésimo primero y trigésimo tercero de la Directiva 2014/14 "da lugar a un régimen jurídico que sintetiza dos objetivos en tensión: por un lado, la voluntad de no interferir con los Estados miembros en la organización de su

---

<sup>3</sup> MOLL FERNÁNDEZ-FÍGARES, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, Reus, Madrid, 2017, página 17.

<sup>4</sup> GARCÍA ALFONSO, M. y GARCÍA-ROYO DÍAZ, J.: "Análisis de los encargos a medios propios desde la óptica de promoción de la competencia", *op. cit.* página 412.

<sup>5</sup> CNMC: "Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios", *op. cit.* página 4.

<sup>6</sup> GARCÍA ALFONSO, M. y GARCÍA-ROYO DÍAZ, J.: "Análisis de los encargos a medios propios desde la óptica de promoción de la competencia", *op. cit.* página 436.

<sup>7</sup> Conclusiones del Abogado General M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, asunto C-796/18, el 29 de enero de 2020, párrafo 30.



administración interna; por otro, que la exclusión (del encargo a medio propio de la normativa de contratos) no aboque a la infracción de los principios que presiden la contratación pública en el derecho de la Unión”<sup>8</sup>.

La jurisprudencia del TJUE ha admitido en numerosas ocasiones la discrecionalidad de la decisión de las Administraciones públicas de los Estados miembros de acudir o no al mercado para su aprovisionamiento<sup>9</sup>. Esta decisión sobre cómo prestar un servicio público podrá ser acudir al mercado y licitar un contrato bajo el régimen de la contratación pública, o acudir de manera directa a medios propios que le pertenecen excluyendo la aplicación de dicha norma. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la exclusión de los encargos de los procedimientos de licitación pública “no carece de riesgos para la libre circulación de bienes y servicios, y legitima las dudas acerca de sus efectos sobre la libre competencia”<sup>10</sup>.

## **2. EL ENCARGO A MEDIO PROPIO: ¿RECURSO ORDINARIO O EXTRAORDINARIO?**

### **2.1 ORIGEN DE LA PROBLEMÁTICA EN EL DERECHO ITALIANO**

Italia ha sido uno de los Estados Miembro de la Unión Europea que más veces ha puesto sobre la mesa el debate suscitado sobre la naturaleza del encargo al medio propio y, más concretamente, sobre si su uso debe entenderse como uno de los recursos ordinarios que puede utilizar una Administración pública para abastecerse de obras, suministros o servicios o si, por el contrario, se debe tratar de una excepción a la licitación de contratos sometida al cumplimiento de unos requisitos muy específicos.

Se debe partir de la base de que un medio propio no es ajeno a la Administración pública de la que depende, es decir, existe una relación de dependencia directa en virtud de la cual es el poder adjudicador quien determina la actividad que lleva a cabo su medio propio para cumplir con un determinado fin que le es propio. Esta relación de dependencia es la principal justificación de “la adjudicación directa sin licitación”<sup>11</sup>. Así las cosas, desde el año 2003 hasta 2008 la normativa italiana permitía que sus entidades locales utilizaran indistintamente la

---

<sup>8</sup> Conclusiones del Abogado General M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, *op. cit.*

<sup>9</sup> Véase, por todas, en el apartado 48 de la sentencia *Stadt Halle* de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03 (ECLI:EU:C:2005:05); en el apartado 48 de la sentencia *Coditel Brabant* de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07 (ECLI:EU:C:2008:621); en el apartado 50 de la sentencia *Irgita* de 3 de octubre de 2019, asunto C-285/18 (ECLI:EU:C:2019:829).

<sup>10</sup> Conclusiones del Abogado General M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, *op. cit.* párrafos 31 y 32.

<sup>11</sup> FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.: “Los encargos a medios propios: ¿Recurso ordinario o excepcional?”, *Revista General de Derecho Administrativo*, número 61, 2022, página 4.



licitación de un contrato público o el encargo al medio propio<sup>12</sup> dotándolas, por tanto, de discrecionalidad.

En el año 2008 tras la entrada en vigor de la Ley n.º 133/2008 se establece un orden de preferencia en virtud del cual se debe procurar tramitar un procedimiento de licitación pública, considerándose la adjudicación directa de los encargos una excepción en la que incluso se exigía un informe preceptivo y previo por parte de la autoridad *antitrust* del país<sup>13</sup>.

Elevada la cuestión a la Corte Constitucional italiana se interpretó que si bien el derecho comunitario no exigía tales requisitos para utilizar el encargo al medio propio por los poderes adjudicadores, que el ordenamiento interno de un Estado Miembro los impusiera no contravenía norma europea alguna, sino al contrario ampliaba el mínimo inderogable establecido por la Unión Europea en la Directiva de 2004, concluyendo que no se excluía la posibilidad de utilizar los encargos a medios propios del ordenamiento jurídico pero sí se establecían criterios objetivos para proteger la competencia en el mercado<sup>14</sup>.

Tras la irrupción de la crisis financiera del año 2008 y tras algunos intentos de la sociedad civil de frenar la privatización de ciertos recursos públicos como el agua, el *Consiglio di Stato italiano* volvió a declarar que es potestad ordinaria de la Administración pública utilizar el sistema de adjudicación directa o de licitación de contratos públicos, si bien se exigía previa motivación suficiente inherente a cualquier disposición de recursos públicos por parte de la Administración<sup>15</sup>.

Con la transposición de las Directivas 23, 24 y 25/UE se introdujeron en el ordenamiento jurídico italiano criterios de motivación mucho más férreos si la decisión del poder adjudicador era, finalmente, la de utilizar la adjudicación directa al medio propio, poniendo especial énfasis en la necesidad de justificar la eficiencia, economía, calidad de los servicios y el empleo óptimo de los recursos públicos. Sin embargo, se elevó de nuevo cuestión de inconstitucionalidad por establecer “una restricción para el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración pública”<sup>16</sup>. El debate fue resuelto finalmente por la Corte Constitucional italiana en su sentencia

---

<sup>12</sup> FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.: “Los encargos a medios propios: ¿Recurso ordinario o excepcional?, *op cit*, página 4.

<sup>13</sup> FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.: “Los encargos a medios propios: ¿Recurso ordinario o excepcional?, *op cit*, página 4.

<sup>14</sup> FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.: “Los encargos a medios propios: ¿Recurso ordinario o excepcional?, *op cit*, página 5.

<sup>15</sup> FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.: “Los encargos a medios propios: ¿Recurso ordinario o excepcional?, *op cit*, página 7.

<sup>16</sup> FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.: “Los encargos a medios propios: ¿Recurso ordinario o excepcional?, *op cit*, página 7.





número 100/2020, de 27 de mayo, que declaró que la norma italiana era constitucional y ajustada al Derecho de la Unión Europea, considerando que el legislador puede restringir el uso de la adjudicación directa y que esto constituye la respuesta al abuso de tal institución por parte de las Administraciones nacionales y locales<sup>17</sup>”. Esta doctrina fue acogida igualmente por el *Consiglio di Stato italiano* así como por la Autoridad Nacional Anticorrupción Italia, que se encargó de elaborar un “proyecto de orientaciones en materia de encargos *in house* de prestaciones que tengan por objeto obras, servicios o suministros disponibles en el mercado en régimen de competencia<sup>18</sup>”.

## 2.2 LA POSTURA DE LA UNIÓN EUROPEA

El párrafo 32 de la exposición de motivos de la Directiva 2014/23 UE señala que “un poder adjudicador dado o una entidad adjudicadora dada que sea una autoridad estatal, regional o local o un organismo de Derecho público, o una asociación de estos, puede ser la única fuente de un servicio dado, para cuya prestación gozan de un derecho exclusivo con arreglo a normas, reglamentos o disposiciones administrativas que se hayan publicado y sean compatibles con el TFUE. Debe aclararse que en tales situaciones dicho poder adjudicador o entidad adjudicadora, o una asociación de estos, podrá adjudicar concesiones a tales organismos sin que se aplique la presente Directiva”.

Por su parte, el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 2014/23 UE, bajo la rúbrica “Principio de libertad de administración de las autoridades públicas”, establece que “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. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos”.

Siendo este el tenor expresado por el legislador europeo se suscitaron algunas cuestiones relativas a su alcance e interpretación, concretamente y como venimos analizando sobre la

---

<sup>17</sup> FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.: “Los encargos a medios propios: ¿Recurso ordinario o excepcional?, *op cit*, página 8.

<sup>18</sup> FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.: “Los encargos a medios propios: ¿Recurso ordinario o excepcional?, *op cit*, página 10.



pregunta de si la Administración pública detenta discrecionalidad total para elegir entre la licitación pública o la adjudicación directa o si, por el contrario, un Estado Miembro puede establecer limitaciones al uso de una u otra figura. La opinión del TJUE se fijó en la sentencia *Irgita* de 3 de octubre de 2019<sup>19</sup> que resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania. EL TJUE declara, en sus apartados 44 y 45, que “...no puede privar a los Estados miembros de la libertad de privilegiar una forma de prestación de servicios, ejecución de obras o suministro de materiales en detrimento de otras. En efecto, esta libertad implica una elección que se realiza en una fase anterior a la de la adjudicación de un contrato y que no puede, por ello, estar incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24. 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 se deriva también del considerando 5 de la Directiva 2014/24, que establece que «ninguna disposición de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva”.

Por consiguiente, no se puede obligar a un Estado miembro ni a utilizar el sistema de aprovechamiento de la contratación pública ni a utilizar el sistema de adjudicación directa cuando los requisitos y condiciones de las Directivas no se contravienen.

Sin embargo, el TJUE no se abstiene de realizar una última consideración relevante que pone de relieve el problema que viene suscitando la utilización del encargo al medio propio mediante adjudicación directa en materia de competencia. El TJUE manifiesta en los apartados 48 y 49 de la citada sentencia *Irgita* que la libertad de elección del sistema de aprovisionamiento por los Estados no es ilimitada, sino que deberá cumplir con las normas fundamentales del TFUE y, en particular, con la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como la igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Y en base al mejor cumplimiento de estos principios se faculta a los Estados a establecer límites a los poderes adjudicadores, además de los que impone la propia Directiva 2014/24, con vista en garantizar una calidad, continuidad y disponibilidad del servicio adecuados y suficientes.

Con todo, conviene recordar que la Directiva 2014/24 se encarga de regular la contratación pública, configurando la adjudicación directa como una excepción a la aplicación

---

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) (en adelante, Sentencia *Irgita*), de 3 de octubre de 2019, Asunto C-285/18 (ECLI:EU:C:2019:829).



de la misma, de lo que se deriva la interpretación restrictiva que debe hacerse de los supuestos que se escapan a su aplicación. Pero esto debe ponerse en relación con el principio de libertad de administración del artículo 2 de la Directiva 2021/23 expuesto *ut supra*. Esta doble perspectiva suscita dos preguntas a las que debe darse respuesta.

Primera pregunta. ¿Es, por tanto, un Estado miembro libre de elegir la forma de administrarse *ab initio* o, por el contrario, debe dar respuesta al cumplimiento de los requisitos previstos en la Directiva 2014/24 para escaparse a su aplicación utilizando la adjudicación directa sin licitación? Parece que la respuesta está más encaminada a considerar la libertad *ab initio* de la Administración pública o, dicho de otra manera, en la fase previa a la adjudicación de un contrato público, pero siempre y cuando se respeten los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia<sup>20</sup>.

Segunda pregunta. ¿Puede un Estado miembro limitar el uso de la adjudicación directa con criterios más restrictivos que los previstos en la Directiva 201/24? No se puede privar a los Estados miembros de privilegiar cualquier forma de prestación de servicios, si bien estas limitaciones deberán introducirse de manera precisa y clara en el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro que pretenda aplicarlas para cumplir con el principio de transparencia y seguridad jurídica con el fin de evitar cualquier tipo de arbitrariedad<sup>21</sup>.

### **2.3 LA POSTURA DE ESPAÑA Y DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA ESPAÑOLAS**

Como hemos señalado con anterioridad, la Administración pública se puede servir de varias opciones para satisfacer las necesidades del sector público. Acudir a una figura u otra forma parte de su poder de discreción, es decir, que no existe ninguna norma en nuestro ordenamiento jurídico que obligue a ninguna Administración pública a utilizar contratos públicos, convenios o encargos a medios propios de manera específica para llevar a cabo actividades o servicios por los poderes públicos. Como resultado, cuando la Administración quiere aprovisionarse puede libremente elegir la modalidad que más le convenga. Para poder utilizar el encargo a un medio propio en España basta con el cumplimiento de los requisitos establecidos tanto en la LRJSP como en la LCSP anteriormente señalados.

---

<sup>20</sup> Por todas, sentencia de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau* (C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5), apartado 48; sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant* (C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621), apartado 48; sentencia de 3 de octubre de 2019, *Irgita* (C-285/18, ECLI:EU:C:2019:829) apartado 50.

<sup>21</sup> Apartados 51-57 de la Sentencia *Irgita*, *op cit*.



Por su parte, las autoridades de competencia buscan salvaguardar la libre competencia. Su propósito radica en “garantizar la existencia de competencia como medio para conseguir que, tanto el propio sector público en particular como la sociedad en su conjunto, se vean beneficiados, a través de la obtención de menores precios y de una mejora de la calidad y cantidad y gama de los bienes y servicios que se obtengan, así como el incremento de las inversiones y de la I+D+i”<sup>22</sup>. Lo anterior permite concluir que si no existe competencia o ésta se ve mermada de cualquier manera, los bienes y servicios ofertados y recibidos, tanto por el sector público como por la ciudadanía, no tendrán la calidad óptima<sup>23</sup>.

Si bien no existe una obligación expresa para la Administración pública a la hora de elegir entre contratación pública o encargos a medios propios, la CNMC recuerda que los poderes públicos no quedan eximidos de cumplir los principios fundamentales de buena regulación y administración, que incluyen la eficiencia en la gestión de los fondos públicos, la minimización de la distorsión competitiva, la necesidad y proporcionalidad de las acciones que puedan afectar la competencia, por lo que los poderes públicos deben evaluar el impacto de sus decisiones y seleccionar la forma de aprovisionamiento que mejor sirva al interés general<sup>24</sup>. Es obligación de las Administraciones públicas evaluar cuál es la alternativa, de entre todas las posibles, que mejor satisface la necesidad que pretenden cubrir, ya sea esta la contratación pública, el uso de convenios o el encargo a medios propios. Y en la valoración de cada una de las alternativas debe existir un estudio preciso y comparado de las ventajas e inconvenientes que presentan cada una de ellas en términos de eficacia, eficiencia, economía, calidad, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera<sup>25</sup>, tal y como establece normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera<sup>26</sup> en nuestro país. Y todo este análisis debe hacerse no solo desde el punto de vista económico sino también desde la óptica del interés general<sup>27</sup>.

Las principales ventajas de la utilización de un encargo a medio propio sobre la alternativa de la contratación pública que han sido analizadas por la CNMC son las siguientes.

---

<sup>22</sup> GARCÍA ALFONSO, M. y GARCÍA-ROYO DÍAZ, J.: “Análisis de los encargos a medios propios desde la óptica de promoción de la competencia”, *op. cit.* página 411.

<sup>23</sup> GARCÍA ALFONSO, M. y GARCÍA-ROYO DÍAZ, J.: “Análisis de los encargos a medios propios desde la óptica de promoción de la competencia”, *op. cit.* página 411.

<sup>24</sup> CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, *op. cit.* página 52.

<sup>25</sup> CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, *op. cit.* página 10.

<sup>26</sup> Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

<sup>27</sup> CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, *op. cit.* páginas 52 y 53.



En primer lugar, un encargo es ágil porque evita el procedimiento de licitación del contrato y se puede empezar a cumplir con las prestaciones en menos tiempo, así como porque se determinan directamente las obligaciones de las partes. En segundo lugar, se puede predecir el coste final al estar sujeto a compensación tarifaria. En tercer lugar, la modificación de las condiciones del convenio ante contingencias de difícil previsión es muy flexible puesto que hay jerarquía y mandato directo del poder adjudicador, evitándose procedimientos administrativos específicos de cambios de condiciones como ocurre en la contratación pública. Y en cuarto lugar, por la relación jerárquica existente se puede controlar directamente la actuación del medio propio, modificar los términos del encargo si es necesario<sup>28</sup>.

Por su parte, uno de los principales problemas o inconvenientes que supone el uso de encargos a medios propios es la ausencia de un entorno competitivo que ejerza presión a los operadores del mercado, que tiene como consecuencia la falta de incentivos para mejorar la eficiencia, la calidad y la innovación. En ausencia de una presión competitiva externa, las empresas podrían volverse complacientes, lo que podría resultar en una menor calidad de productos o servicios, precios menos competitivos y una menor motivación para buscar continuamente formas de satisfacer mejor las necesidades del cliente. La competencia suele ser, en términos generales y siempre que no se encuentre manipulada, un estímulo para la mejora constante y la innovación en el mercado.

Además, no se debe perder de vista que en el fondo de la cuestión de si resulta más recomendable utilizar una adjudicación directa de un encargo a un medio propio o si debería licitarse un contrato en el mercado se encuentra la utilización de fondos públicos que deben servir al interés general de la ciudadanía y de cuyo buen uso deben responder los poderes públicos que son responsables de su gestión. En efecto, la gestión del presupuesto público, si bien descansa sobre el principio de autoorganización de la Administración pública, nunca debe sustraerse al control de eficacia y eficiencia, así como a la sujeción del resto de principios del ordenamiento jurídico tanto europeo como interno como son la libre circulación de mercancías y libre prestación de servicios, igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad y transparencia, entre otros.

---

<sup>28</sup> CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, *op. cit.* páginas 17 y 19.



### **3. EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS DESDE LA ÓPTICA DE LA COMPETENCIA**

#### **3.1 REQUISITOS PARA CONSTITUIR UN MEDIO PROPIO**

##### **3.1.1 LA JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL MEDIO PROPIO**

La guía sobre contratación pública y competencia de la CNMC recomienda, en primer lugar, que al tiempo de creación de un medio propio se identifiquen claramente sus necesidades permanentes, estructurales y estratégicas, que no deberán identificarse con productos o servicios concretos sino con funciones propias del ente público. En segundo lugar, deberá explicarse y reflejarse en la memoria justificativa que acompañe a la propuesta de declaración de un medio propio cuáles son las ventajas de la existencia de dicho medio propio así como las razones de eficiencia, seguridad pública o urgencia que motivan su creación. Y en tercer lugar, y aunque esta recomendación no encuentra sustento en ningún precepto legal, debería revisarse periódicamente que la existencia del medio propio sigue obedeciendo a los mismas necesidades que al tiempo de su creación, es decir, que las circunstancias del mercado no han variado y que éste sigue sin poder satisfacer las demandas de la Administración pública<sup>29</sup>.

##### **3.1.2 CONTAR CON MEDIOS SUFICIENTES E IDÓNEOS QUE SIRVAN A SU OBJETO SOCIAL**

En la propia naturaleza de un medio propio se encuentra el objetivo de servir como entidad instrumental al ente del sector público al que pertenece, llevando a cabo prestaciones que se ajustan al objeto social que justifica su creación. Es por ello que uno de los requisitos fundamentales que debe cumplir un medio propio es contar con todos los medios necesarios, tanto personales como materiales, para llevar a cabo las actividades propias del sector de actividad en el que actúa.

Sobre la determinación del objeto social del medio propio no existen especificaciones en la norma que regula los encargos. La CNMC recomienda que al definir el objeto social en los estatutos o actos de creación del medio propio se delimiten de forma precisa todas las funciones y actividades que pueden ser objeto de encargo por ese medio propio en particular. Las delimitaciones genéricas pueden distorsionar la verdadera finalidad del medio propio y dar

---

<sup>29</sup> CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, *op. cit.* páginas 24-26.



lugar a encargos que no son eficientes y para los que no se cuenta con medios suficientes para darles efectivo cumplimiento<sup>30</sup>. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) se pronunció sobre la inadecuación del objeto del encargo respecto al objeto social en su Resolución de 18 de febrero de 2019, en la que se anuló la formalización de un encargo a TRAGSA por implicar actividades no comprendidas en las funciones que legalmente podían ser objeto de encargo a la misma<sup>31</sup>, concluyendo que “sería contrario al principio de concurrencia y a la interpretación restrictiva que, en tanto excepción a los principios generales en los que se asienta la contratación pública, ha de aplicarse respecto del objeto social de los medios propios”.

Sobre la suficiencia de medios, la principal recomendación será realizar una evaluación o examen de los medios personales y materiales, previa anticipación correcta de las actividades concretas que debe llevar a cabo y estimando la cantidad y calidad de estos medios que son necesarios para el cumplimiento de los encargos. El principal riesgo en el que se puede incurrir si no se lleva a cabo este análisis pormenorizado es que, finalmente, el medio propio no cuente con los suficientes medios para llevar a cabo sus cometidos y necesite acudir a la subcontratación de actividades a terceros<sup>32</sup>.

La subcontratación de los medios propios se encuentra regulada en el apartado 7 del artículo 32 de la LCSP, que establece como límite máximo que el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 % de la cuantía del encargo. Aunque se trate de una posibilidad que ofrece el ordenamiento jurídico, la subcontratación debe justificarse y motivarse suficientemente para evitar que se acuda a la figura del encargo con el objetivo de eludir los controles y las garantías previstas en la LCSP. Al fin y al cabo la subcontratación de actividades se encuentra sujeta a precio y se paga de acuerdo con los gastos efectivamente satisfechos, lo que puede dar lugar a un sobrecoste que haga ineficaz el encargo y que desvirtúe, por tanto, su uso de acuerdo con la normativa vigente. La CNMC recomienda acudir a la figura de la subcontratación con carácter excepcional y para partes del encargos consideradas marginales o accesorias, para lo que resultará necesario prever en el documento del encargo las actividades que sean susceptibles de ser subcontratadas siempre que sean actividades muy secundarias al encargo, establecer procedimientos

---

<sup>30</sup> CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, *op. cit.* páginas 41-42.

<sup>31</sup> Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 0129/2019, de 18 de febrero.

<sup>32</sup> CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, *op. cit.* páginas 28-30.





específicos para la que el poder adjudicador autorice la subcontratación que pretenda realizar el medio propio, analizar *ex ante* tanto la eficiencia del medio propio como de la compensación tarifaria para no generar sobrecostos, e intensificar medidas de control y seguimiento de las subcontrataciones del medio propio para vigilar el adecuado cumplimiento de la regla del 50%, entre otras<sup>33</sup>.

Otros riesgos derivados de la falta o insuficiencia de medios que no debe menospreciarse son los relativos a que el medio propio no llegue a cumplir con el encargo en las condiciones inicialmente previstas, que surjan problemas relativos a la calidad del servicio, que se retrase el cumplimiento del encargo o incluso que el medio propio no sea capaz de atender a sus compromisos financieros con terceros e incurra en la llamada “morosidad empresarial”. Infraestimar los medios de los que dispone el medio propio para dar cumplimiento a un encargo podría hacer entender que es más eficiente utilizar el encargo que un contrato público cuando la realidad es la opuesta<sup>34</sup>.

## **3.2 REQUISITOS DE LA ENTIDAD DESTINATARIA DEL ENCARGO**

De los artículos 32 y 33 de la LCSP se extraen los dos requisitos imprescindibles que debe cumplir el poder adjudicador sobre su medio propio: el control análogo y recibir la parte esencial de la actividad del medio propio.

### **3.2.1 EL CONTROL ANÁLOGO**

Como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, el control análogo implica una relación jerárquica entre el poder adjudicador y el medio propio en virtud de la cual el poder adjudicador ostenta el control del medio propio y la toma de decisiones es única, siendo la ejecución de un encargo de carácter obligatorio. Se trata de un control “análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades”<sup>35</sup>. El cumplimiento de este requisito constituye la diferencia más fundamental con un contrato público, en el que la relación jurídica entre la Administración pública o entidad contratante y la empresa contratista se da en términos de igualdad, negociación y consentimiento.

---

<sup>33</sup> CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, *op. cit.* páginas 28 y 49.

<sup>34</sup> CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, *op. cit.* página 29.

<sup>35</sup> CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, *op. cit.* página 32.





El principal problema que puede ocasionar el requisito del control análogo, según la CNMC, surge en el llamado “control análogo conjunto” sobre un medio propio por parte de dos o más entidades del sector público independientes entre sí, provocando un aumento excesivo del uso de medios propios por entidades que no son el poder adjudicador creador del mismo.

El apartado 4 del artículo 32 de la LCSP permite el control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos.
- Que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo.
- Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.

Sobre la cuestión del control análogo conjunto se han pronunciado algunos tribunales españoles. Muy ilustrativa resulta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de diciembre de 2020<sup>36</sup> que declaró que no existía control análogo por parte de un Ayuntamiento que contaba tan solo con un 0,33% del capital social de una sociedad mercantil de titularidad pública, que utilizaba para dar cumplimiento a la gestión del servicio de residencia municipal para la tercera edad de la localidad. Considera el tribunal que con ese porcentaje “no existe control efectivo ni influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos o las decisiones significativas”, declarando esta relación jurídica nula de pleno derecho y concluyendo “que los actos administrativos impugnados con contrarios a Derecho al afectar al principio de libre competencia. Se adopta un sistema de gestión directa por encomienda de gestión que no cumple los requisitos para la utilización de medios propios, lo que supone la exclusión de la aplicación de las normas de contratación pública. Pero lo definitivo es si este sistema de gestión directa "asociativa" puede producir el efecto de restringir o falsear la competencia en este sector económico, lo que aquí claramente sucede, por lo que no está justificada la adjudicación directa de la gestión en este supuesto”. Asimismo, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo

---

<sup>36</sup> Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n.º 5240/2020, de 17 de diciembre, recurso n.º 284/2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2020:11276).



de 20 de septiembre de 2018<sup>37</sup>: "Los requisitos para la utilización de medios propios deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las especiales circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella, como se ha puesto de relieve en las sentencias del TJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*, (apartado 46 ) y de 13 octubre de 2005, *Parking Brixen* (apartados 63 y 65). Y, debe tenerse en cuenta el límite de no afectar al principio de libre competencia (así se advierte en el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia», de julio de 2013 y el Informe núm. 1003 del Tribunal de Cuentas sobre encomiendas de gestión)".

La CNMC recomienda en estos casos que se reconozca expresamente en los estatutos o actos de creación la condición de medio propio de las entidades destinatarias de los encargos, es decir, que se identifiquen claramente de qué entidades del sector público puede recibir encargos el medio propio para garantizar que cada una de estas entidades realmente ejerce un control de decisión sobre la actuación del medio propio. El objetivo principal sería limitar los casos en los que por necesidad o proporcionalidad no se encuentre justificado encargar a un medio propio la realización de prestaciones cuyo cauce sería la contratación pública<sup>38</sup>, pero adicionalmente se consigue otro objetivo importante, como es verificar el cumplimiento de la prohibición de que los medios propios participen en licitaciones públicas de su poder adjudicador. Esta prohibición expresamente reconocida en el apartado 2 letra d) del artículo 32 de la LCSP obedece a la naturaleza excepcional de los medios propios que ostentan ventajas competitivas sobre el resto de operadores del mercado<sup>39</sup>.

### **3.2.2 RECIBIR EL 80% DE LA ACTIVIDAD DEL MEDIO PROPIO**

Los medios propios deben llevar a cabo más del 80% de sus actividades para las entidades a las que sirven como medio propio. El cálculo de este porcentaje considera diversos parámetros, como el volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados a la entidad que realiza el encargo en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, o bien otros indicadores alternativos de actividad, y todo ello referido a los tres

---

<sup>37</sup> Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo n.º 1404/2018, de 20 de septiembre, recurso n.º 4396/2017 (ECLI:ES:TS:2018:3399).

<sup>38</sup> CNMC: "Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios", *op. cit.* páginas 31-35.

<sup>39</sup> CNMC: "Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios", *op. cit.* páginas 42-43.



ejercicios anteriores al de formalización del encargo. Esta condición refuerza la necesidad de que el medio propio sea principalmente un proveedor interno de su Administración matriz, con actividades marginales para otros clientes. La razón de ser de un medio propio estriba en la necesidad de dar servicio a una Administración pública que no encuentra proveedores en el mercado que le ayuden a cumplir sus fines, por lo que resulta imprescindible que este servicio se preste de manera exclusiva o casi exclusiva<sup>40</sup>. En este sentido, como destaca el Tribunal de Cuentas en su Informe del año 2022 “es esclarecedor en este sentido el Preámbulo de la LCSP, en el que, en relación con el requisito de actividad que han de cumplir los medios propios personificados, se hace referencia en los siguientes términos *que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por ciento de su actividad* [...] una falta de libertad que es consecuencia necesaria del control que sobre él han de ejercer las entidades que le pueden conferir encargos y de destinar la parte esencial de su actividad a los cometidos realizados en beneficio de estas entidades”<sup>41</sup>.

La pregunta que surge entonces es cómo se puede controlar que un medio propio sirva de manera prácticamente exclusiva a su poder adjudicador y que cumple con la regla 80/20. Anteriormente a la reforma operada por la Ley 11/2020, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021, se preveía la obligación de reflejar en las cuentas anuales la justificación del cumplimiento del requisito de la regla 80/20, incluyendo una posterior auditoría externa y la pérdida sobrevenida de la condición de medio propio para el caso de incumplimiento.

La entrada en vigor de esta mencionada ley suprimió estos requisitos, lo que a juicio de la CNMC es “suavizar enormemente las exigencias de fiscalización” cuando en realidad debería haberse mejorado el control sobre este requisito de actividad<sup>42</sup>. Lo cierto es que estos requisitos ahora derogados no suponían una dificultad añadida al uso de los medios propios por parte de la Administración pública, sino que adicionaban un control fiscalizador *a posteriori* para comprobar que la LCSP se cumplía.

El problema de la atribución de actividad de los medios propios ha sido puesto de manifiesto tanto por la CNMC como por el Tribunal de Cuentas. Este último destaca en un

---

<sup>40</sup> CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, *op. cit.* páginas 36-37.

<sup>41</sup> Tribunal de Cuentas: “Informe de fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público y de la ley 9/2017 de contratos del sector público”, aprobado por el Pleno en su sesión de 31 de marzo de 2022.

<sup>42</sup> CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, *op. cit.* página 38.



Informe aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 31 de marzo de 2022 que algunos medios propios no han justificado adecuadamente el cumplimiento de la regla 80/20 ni incluso cuando estaban en vigor los requisitos relativos a su justificación y desglose en las cuentas anuales o la auditoría externa<sup>43</sup>. Las recomendaciones de la CNMC sobre esta cuestión son claras: adecuada planificación de la atribución de los encargos para ofrecer seguridad jurídica a todos los operadores del mercado, y contabilidad analítica de los encargos separada de la contabilidad analítica de la actividad mercantil<sup>44</sup>.

La Intervención General de la Administración del Estado (en adelante, IGAE) perteneciente al Ministerio de Hacienda también ha destacado problemas en el cumplimiento de este requisito. En su Informe del año 2020 concluye que “si bien un 67,4% de los entes considerados medio propio hacen referencia en su memoria de las cuentas anuales a tal condición, con más o menos información, en general, se puede decir que el cumplimiento efectivo y estricto del requisito de actividad exigido por la LCSP, la Directiva de referencia y desarrollado mediante la Circular conjunta de la Abogacía General del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado, es muy laxo, ya que solo lo hacen el 30,2% de ellos”<sup>45</sup>. El Tribunal de Cuentas, por su parte, recomienda desarrollar reglamentariamente los preceptos que la LCSP dedica al requisito de actividad de los medios propios, “cuya definición legal está originando diferencias de criterio y confusión en torno a su cumplimiento”<sup>46</sup>.

En la actualidad se debe confiar en que la Administración actuante cumpla con la regla 80/20 y, en caso de que se lleve a cabo un control fiscalizador, acudir a los tribunales para que sean estos quienes determinen si la Administración pública cumple o no la LCSP. Así ha ocurrido en la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de mayo de 2022<sup>47</sup> que rectificó el cálculo de atribución de actividad de un medio propio dejando fuera prestaciones llevadas a cabo en favor de Administraciones públicas ajenas a los encargos y que no ejercían control análogo sobre ese medio propio y declaraba el incumplimiento de la regla 80/20.

---

<sup>43</sup> Tribunal de Cuentas: “Fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero [...]”, *op cit.*

<sup>44</sup> CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, *op. cit.* página 40.

<sup>45</sup> IGAE: “Estudio sobre el tratamiento del medio propio en la información financiera y en los informes de auditoría”, 19 de mayo de 2020, Madrid.

<sup>46</sup> Tribunal de Cuentas: “Informe de fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero [...]”, *op cit.* página 79.

<sup>47</sup> Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n.º 1921/2022, de 20 de mayo, recurso n.º 27/2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:4978).



### 3.3 LA COMPENSACIÓN TARIFARIA

La compensación tarifaria en el contexto de los encargos a medios propios se refiere a la práctica de establecer tarifas o precios fijos de antemano para los servicios que un medio propio presta a la entidad que le realiza el encargo. En otras palabras, implica acordar previamente la remuneración que recibirá el medio propio por los servicios que proporcionará, en lugar de determinar la compensación de manera variable o conforme a condiciones específicas de ejecución. La fijación de tarifas de antemano tiene algunas ventajas como la previsión del coste que supondrá al ente público mandante del encargo, que podrá ajustar su presupuesto de antemano y correrá menos riesgos de contingencias que modifiquen o aumenten el coste.

En la LCSP la única especificación que se hace de la compensación tarifaria es que dichas tarifas, que serán aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio, se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio. Ante la falta de previsión legal más detallada surgen también problemas e inconvenientes que tienen impacto en la competencia.

En primer lugar, la fijación de tarifas de antemano puede desincentivar la eficiencia y la innovación, ya que el medio propio puede carecer de la motivación intrínseca para mejorar sus procesos y reducir costes. Esto crea un entorno donde la competencia se ve afectada negativamente, ya que el medio propio no se enfrenta a la presión competitiva para optimizar su rendimiento. En segundo lugar, la compensación tarifaria puede llevar a la consolidación del medio propio como un proveedor de preferencia, creando un entorno de monopolio parcial en el que otras empresas se ven excluidas del proceso de licitación. Esto limita la diversidad de ofertas y restringe la posibilidad de elección, perjudicando la competencia en el mercado. En tercer lugar, las tarifas fijas pueden crear barreras de entrada para nuevos competidores que mejoren la calidad del servicio u obra encargada.

La CNMC en su guía recuerda, además de lo anterior, que se deben guardar especiales cautelas en materia de beneficios desproporcionados en actividades que llevas a cabo los medios propios por la vía del encargo, porque podría ocurrir que se remunerase en exceso el servicio prestado y esto equivaldría, en la práctica, a conceder ayudas públicas por el Estado,



lo que podría implicar conceder una ventaja económica prohibida por el artículo 107 del TFUE<sup>48</sup>.

Para abordar estos riesgos resultaría fundamental fortalecer la regulación y establecer medidas de mitigación. Algunas medidas específicas que podrían resultar eficaces serían la transparencia en la fijación de tarifas, la revisión periódica de contratos y la participación de un organismo independiente en la supervisión de que las tarifas se ajustan a los precios de mercado y que atienden efectivamente al precio real de los costes soportados por el medio propio, sin incluir ningún sobreprecio<sup>49</sup>.

## **4. PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PLANTEA EL USO DE MEDIOS PROPIOS EN MATERIA DE COMPETENCIA**

### **4.1 MOMENTO EN EL QUE DEBEN CUMPLIRSE LOS REQUISITOS**

El apartado 2 del artículo 86 de la LRJSP condiciona la naturaleza del medio propio, exigiendo disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación y, además, que se dé alguna de las circunstancias siguientes: que sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica, o que resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico. El apartado 3 del mismo artículo continúa señalando que en el supuesto de creación de un nuevo medio propio o servicio técnico deberá acompañarse la propuesta de declaración de una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y que, en este supuesto de nueva creación, deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado.

Resulta claro, por tanto, que los requisitos del apartado segundo se exigirán al tiempo de la creación del medio propio. No obstante, y como fue señalado con anterioridad, la redacción del artículo en estos términos plantea serias dificultades en la interpretación de si, además de al tiempo de creación del medio propio, debe exigirse el cumplimiento de los requisitos del apartado segundo al tiempo en que se realice cada encargo concreto por parte del

---

<sup>48</sup> CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, *op. cit.* páginas 47-48.

<sup>49</sup> CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, *op. cit.* páginas 46-47.



poder adjudicador. Este problema de interpretación ha sido objeto de estudio por parte de distintas Administraciones públicas, instituciones y tribunales en España, que han concluido tanto un extremo como el otro: por una parte, los que defienden que se debe exigir el cumplimiento de los requisitos de control a medios propios al momento de su creación no siendo exigible que se realice el estudio concreto para cada encargo al medio propio que realice la Administración mandante, y por otra parte, los que defienden que resulta exigible el requisito de control al momento de creación del medio propio pero también al tiempo del estudio de viabilidad de cada encargo que realice la Administración mandante.

#### 4.1.1 POSTURA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

El gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, con fecha 26 de febrero de 2018, emitió un informe<sup>50</sup> en el que señalaba lo siguiente: “Nada establece la regulación de la nueva LCSP en relación a si el control de adecuación del medio propio ha de hacerse «encargo a encargo» o con carácter general, para toda la actividad encargada al medio propio en razón de su objeto social. No obstante, el control previo en cada encargo por parte de la Administración mandante o de la Intervención supondría la obligación de motivarlo a través de una memoria justificativa, que contemplara la existencia de medios personales y materiales apropiados para el encargo en concreto.” Esta postura también fue adoptada por el Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que concluyó en su Resolución de 28 de marzo<sup>51</sup> que “[...] si bien el artículo 86.2 y 3 de la Ley 40/2015 contempla requisitos que han de ser cumplidos con carácter previo a la declaración de una determinada entidad como medio propio, ello no obsta a que, en base a lo expuesto, en los procedimientos de formalización de los concretos encargos deba existir una memoria justificativa entre cuyos extremos figure la mayor eficiencia en términos generales, en el recurso al encargo frente a la contratación, por referencia a la concurrencia de alguna de las circunstancias de las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 86 de la citada Ley 40/2015.”

Como resultado, en Andalucía se exige que “en cada encargo que se formalice con un medio propio personificado quede constancia de la idoneidad y eficiencia del mismo, sin que sea suficiente con la justificación de ese extremo en la creación del medio propio en sí

---

<sup>50</sup> Informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía n.º HPPI00006/18, facultativo sobre diversas cuestiones sobre diversas cuestiones sobre la regulación de los encargos a medios propios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, de 26 de febrero de 2018 (mencionado en el Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía 3/2022, de 27 de julio, sobre la necesidad de justificar el cumplimiento de eficiencia en los encargos que se formalicen con TRAGSA y su filial TRAGSATEC. Artículo 53 bis apartado 5 letra a de la LAJA).

<sup>51</sup> Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía n.º 95/2019, de 28 de marzo, recurso n.º 6/2019.





mismo”<sup>52</sup>, y todo ello, como recuerda el Informe 3/2022<sup>53</sup>, respaldándose en la Instrucción 11/2018 de la Intervención general de la Junta de Andalucía por la que se aprueba la guía de fiscalización previa de los expedientes de gasto derivados de encargos a medios propios, que exige que figure una memoria justificativa sobre la necesidad o conveniencia de realizar los trabajos encargados a través de la figura del encargo a medio propio, siendo necesario acreditar o que se trata de una opción eficiente, sostenible y eficaz en términos económicos, o que resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de los bienes o servicios suministrados por el medio propio.

#### **4.1.2 POSTURA DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**

La Resolución 1106/2019 del TACRC<sup>54</sup> señaló un criterio distinto al seguido por la Junta de Andalucía, que establece que la justificación de la idoneidad y la eficiencia de cada encargo individualizado no está contemplada en la norma (artículo 32 LCSP) ni tampoco resulta exigible suministrar esta información en la Plataforma de Contratación del Sector Público (artículo 63.6 LCSP). En este mismo sentido se pronunció en un informe la Abogacía General del Estado señalando que “una vez atribuida a una determinada entidad la condición de medio propio y servicio técnico de un poder adjudicador, no es condición de legalidad de cada encargo la justificación de su preferencia sobre la contratación administrativa”<sup>55</sup>, así como el IGAE en la Nota Técnica 1/2021, criterios todos unificados en la Resolución 696/2022 del TACRC, que rechaza el recurso de la Confederación Asturiana de la Construcción Asprocon recordando que los requisitos del artículo 86.3 de la LRJSP “han de concurrir y apreciarse en el medio propio por la entidad encargada de su fiscalización y no en cada encargo”<sup>56</sup>.

#### **4.1.3 POSTURA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID**

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid señaló en su Resolución número 323/2021 que “dicho artículo señala que formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los

---

<sup>52</sup> Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía 3/2022, de 27 de julio, *op cit.* página 13.

<sup>53</sup> Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía 3/2022, de 27 de julio, *op cit.*

<sup>54</sup> Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 1106/2019, de 7 de octubre, recurso n.º 814/2019.

<sup>55</sup> Informe de la Abogacía General del Estado n.º 52/2021, de 7 de mayo.

<sup>56</sup> Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 696/2022, de 16 de junio, recurso n.º 696/2022.





mencionados requisitos, lo que pone de manifiesto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la LRJSP, es a la Intervención General del Estado, cuando realice el control de eficacia y la supervisión de un medio propio, a la que le corresponde valorar si es una opción más eficiente, sostenible y eficaz que la contratación pública, o si resulta necesaria su existencia por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico, de forma que la concurrencia de los dos requisitos transcritos se verifique, o bien cuando se crea el medio propio, o en el momento de realizar el control de eficacia, y no por cada una de las entidades encargantes para cada encargo que realicen”<sup>57</sup>.

#### **4.1.4 POSTURA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN**

La Resolución 61/2019, de 22 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, expuso que “la decisión de renunciar al mercado y acudir a otras fórmulas que implican el aumento de tamaño del sector público, y normalmente del gasto, debe fundamentarse, por tanto, en circunstancias suficientemente acreditadas que así lo justifiquen. Obviamente, dicha justificación no puede ser exclusivamente el cambio de régimen jurídico y de procedimiento aplicable a la prestación, que es indisponible para el órgano administrativo y que implica menores garantías para los intereses públicos. La justificación de la elección de la encomienda como modalidad de gestión, en lugar de la licitación pública, debe por tanto constar expresamente en el expediente; constancia que no puede referirse a un aspecto meramente formal o documental, con vagas referencias de los órganos gestores a la insuficiencia de medios personales o materiales no probadas, o a la necesidad de acelerar o flexibilizar el encargo por razones de urgencia no acreditada”.

En este caso, esta postura ha sido confirmada en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 2 de marzo<sup>58</sup>: “La excepcionalidad del sistema del encargo a medio propio respecto de los sistemas generales de contratación pública y sus principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores y de salvaguarda de la libre competencia, libre concurrencia y de la selección de la oferta económicamente más ventajosa, exige que el

---

<sup>57</sup> Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Resolución n.º 323/2021, de 15 de julio, recurso n.º 251/2021.

<sup>58</sup> Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León número 229/2021, de 2 de marzo, recurso n.º 763/2019 (ECLI:ES:TSJCL:2021:826).



cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa para su aplicación debe ser objeto de una interpretación estricta y una motivación adecuada.”

#### **4.1.5 POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

El Tribunal Supremo también se pronunció sobre la cuestión del momento de cumplimiento de los requisitos de los encargos a medios propios en una sentencia anterior a la mayoría de recursos anteriormente citados. Nos referimos a la Sentencia de 20 de septiembre de 2018<sup>59</sup> que concluyó lo siguiente: “Los requisitos para la utilización de medios propios deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las especiales circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella, como se ha puesto de relieve en las sentencias del TJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, (apartado 46) y de 13 octubre de 2005, Parking Brixen (apartados 63 y 65). Y, debe tenerse en cuenta el límite de no afectar al principio de libre competencia [...]”.

#### **4.1.6 CONCLUSIONES**

Se puede observar como para todas las Administraciones autonómicas, así como para la Administración General del Estado y el resto de instituciones y tribunales tanto jurisdiccionales como administrativos que se han pronunciado sobre la materia el criterio es distinto y pretenden descansar en la Sentencia del Tribunal Supremo del año 2018, que no terminó de zanjar la cuestión al no pronunciarse imperativamente sobre si debe exigirse, como criterio de validez de un encargo a un medio propio, justificación suficiente para elegir esta forma de aprovisionamiento y no la contratación pública. Pueda parecer que el Tribunal Supremo nos recuerda que la modalidad del encargo al medio propio forma parte del principio de autoorganización de las Administraciones públicas y que ninguna norma obliga a ninguna Administración a elegir una forma concreta de aprovisionamiento, siendo únicamente exigible en virtud de precepto legal que si se opta por la modalidad de encargos a medios propios se cumplan con los requisitos previstos en la normativa europea y española para dotar de validez a los mismos en su acto de constitución, sea cual fuere, lo que no obsta a que en un momento posterior de fiscalización se exija a la Administración mandante que justifique la forma de llevar a cabo su actividad y el cumplimiento de los principios de actuación de todas las Administraciones públicas previstas en la ley.

---

<sup>59</sup> Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo número 1404/2018, de 20 de septiembre, recurso n.º 4396/2017 (ECLI:ES:TS:2018:3399).



Por tanto, y ante la pregunta de si un encargo que se ha formalizado con un medio propio que cumple todos los requisitos del artículo 32 de la LCSP se puede impugnar con éxito por falta de motivación o justificación concreta de los requisitos de eficiencia y urgencia de dicho encargo, la respuesta, a falta de una resolución más clara e inequívoca de nuestro alto Tribunal, debiera ser que no es posible. Es importante recordar que todo ello se entiende sin perjuicio de especial regulación autonómica, como ocurre en el caso de Andalucía, que modificó La Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía introduciendo un artículo que establece de forma clara e inequívoca que deberá justificarse, en todo caso, la necesidad o conveniencia de realización de los trabajos a través de la figura del medio propio en la formalización de cada encargo<sup>60</sup>. Y todo ello sin perjuicio de que también sea necesario acreditar las circunstancias previstas en la norma para poder ostentar la consideración de medio propio<sup>61</sup>, cuyo cumplimiento es imperativo y que en caso de infracción puede dar lugar a la infracción del encargo.

## **4.2 PROBLEMAS CON EL ANÁLISIS DE LA EFICIENCIA Y LA URGENCIA**

Como destaca la CNMC en su guía sobre contratación pública y competencia, existe una clara diferencia entre el estudio de la eficiencia de la provisión de bienes o servicios en un contrato público y en el encargo a medio propio. Cuando se licita un contrato público, el estudio de la eficiencia se centra en marcadores como el precio, la calidad de la prestación y el grado de adecuación a las necesidades que se pretenden cubrir, entre otros. Sin embargo, cuando se realiza un encargo a un medio propio el estudio de su eficiencia descansa directamente sobre el cumplimiento de los requisitos legalmente previstos para que pueda realizarse dicho encargo así como en el nivel de “autoexigencia” que se imponga la propia Administración pública que encarga y controla al que realiza el encargo<sup>62</sup>. En el análisis de la eficiencia de cualquier instrumento jurídico al servicio de la Administración deben tenerse en cuenta sus ventajas e inconvenientes para el concreto uso que pretende hacerse del mismo, por lo que resulta importante preguntarse cuándo y en qué condiciones acudir a la figura del medio propio puede proporcionar más ventajas que acudir al mercado a través de contratación pública.

---

<sup>60</sup> Artículo 53 bis de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

<sup>61</sup> Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía 3/2022, de 27 de julio, *op cit.* página 24.

<sup>62</sup> CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, *op. cit.* página 17.



El criterio de la CNMC distingue entre dos situaciones distintas. Si nos encontramos ante un mercado no competitivo en el que existan fallos de mercado como pueden ser falta absoluta de oferta, comportamientos anticompetitivos o incluso contratos públicos mal diseñados, el encargo al medio propio puede resultar más eficiente para dar cobertura a la provisión. De la misma forma si la Administración pública pretende cubrir necesidades sujetas a un alto grado de incertidumbre o con contingencias de difícil previsión podría ser más recomendable acudir al encargo a medio propio, ya que en el contrato deben preverse todas las circunstancias que lo pueden condicionar y su modificación está sometida a procedimientos rígidos. Si por el contrario nos encontramos dentro de un mercado competitivo en el que abunda la oferta y la demanda, con índices de competitividad adecuados, teniendo en cuenta no solo el mercado interior sino también el europeo, la figura de la licitación del contrato público resultará mucho más eficiente en términos de precio, calidad y adecuación a las necesidades debido al grado de eficacia que es propio de empresas que trabajan por mantener su posición en un mercado competitivo en el que la Administración, como cualquier otro cliente privado, estudiará la alternativa que ostente la mejor relación calidad-precio<sup>63</sup>.

Además de la falta de presión competitiva externa, la CNMC también pone de manifiesto que la necesidad de subcontratar con terceros por la incapacidad de ejecutar directamente la prestación por el medio propio, la rigidez de la compensación tarifaria como condición de la prestación o el desconocimiento del mercado y de los costes que reales que supone realizar una prestación determinada son otros inconvenientes de la utilización de los encargos frente a los contratos públicos que afectan a la eficiencia.

¿Cómo podría la Administración pública identificar cuándo es aconsejable en términos de eficiencia el uso del encargo al medio propio o la contratación pública? La CNMC recomienda responder a preguntas como las siguientes<sup>64</sup>:

- ¿Es el mercado competitivo? ¿Existe algún monopolio? ¿Falta oferta? ¿Hay barreras de acceso al mercado?
- ¿Se podría plantear una licitación bien diseñada que estimule la competencia entre los competidores? ¿Qué objetivos e incentivos podrían diseñarse como criterios?

---

<sup>63</sup> CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, *op. cit.* página 18.

<sup>64</sup> CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, *op. cit.* páginas 19-20.



- ¿Existe una entidad del sector público que pueda resultar eficiente para satisfacer la necesidad pública? ¿Qué ventajas tiene respecto a las alternativas de mercado? ¿Qué rigideces puede tener la cooperación con dicha entidad?
- ¿Es previsible que surja la necesidad de modificar los términos? ¿Se pueden evaluar las contingencias? ¿Cómo pueden afectar esas contingencias al resultado final?
- Si se trata de una prestación de corto plazo de tiempo, ¿existen modalidades en la contratación pública que sean suficientemente ágiles?

Parece claro que la CMC defiende la postura de la necesidad de justificar no solo la creación de un nuevo medio propio sino también cada encargo en particular, pues el estudio y análisis de todas estas cuestiones solo resultaría eficaz si se produjeran para cada aprovisionamiento que la Administración pública encomendante decida hacer a través de la figura del encargo a medio propio y no a través de la concurrencia competitiva de la contratación pública.

### **4.3 PROBLEMAS EN MATERIA DE PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA**

El apartado 6.a) del artículo 32 de la LCSP establece que el medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal, respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta, y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo.

Para tratar el análisis del cumplimiento de los requisitos de publicidad y transparencia en los encargos a medios propios nos vamos a centrar en el estudio llevado a cabo por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (en adelante, OIReScon), que elabora los Informes Anuales de Supervisión de la Contratación Pública (en adelante, IAS). En el IAS del año 2023<sup>65</sup> esta oficina supervisó, por primera vez, el cumplimiento del principio de publicidad en los encargos a medios propios, relativos a las cifras de la contratación pública en 2022.

---

<sup>65</sup> Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública aprobado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (en adelante, Informe IAS 2023 de OIReScon) aprobado por el Pleno en su reunión de 27 de julio de 2023.



El apartado 6 del artículo 63 de la LCSP establece la obligación de formalización de los encargos a medios propios de manera condicionada, convirtiendo en obligatoria la publicidad de la formalización de los encargos cuyo importe sea superior a 50.000 euros, IVA excluido. Para los encargos de importe superior a 5.000 euros, IVA excluido, toda la información se publicará, al menos, trimestralmente, y esta información consistirá en reseñar, al menos, su objeto, duración, tarifas aplicables, identidad del medio propio destinatario del encargo. Como destaca el IAS 2023, resulta llamativo que no se establezca plazo de publicación de la información para ninguno de los dos casos, pues si bien para encargos de menos de 5.000 euros se establece la obligatoriedad de publicación trimestral, no se obliga a cumplir la obligación en un número de días determinado a partir de un *dies a quo*<sup>66</sup>.

Por otra parte, el artículo 8.1.b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, obliga a publicar las encomiendas de gestión<sup>67</sup> sin hacer distinciones por cuantía, refiriéndose a la totalidad de los encargos a medios propios, “yendo más allá de la información requerida en la LCSP”<sup>68</sup>.

En el estudio del cumplimiento de los requisitos en materia de publicidad, el IAS 2023 hace referencia a los siguientes extremos:

1. En cuanto a la formalización de los encargos a medios propios para aquellos de cuantía superior a 50.000 euros, IVA excluido, se debe considerar la exigencia de publicidad referida al documento de formalización del propio encargo<sup>69</sup>. Siendo esto así, del total de encargos estudiados se ha identificado que un 7,87% de las publicaciones no incorporan el documento de formalización requerido<sup>70</sup>.
2. En cuanto a la formalización de los encargos a medios propios para aquellos de cuantía superior a 5.000 euros, IVA excluido, se deben publicar tanto el objeto, duración, tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo, dejando abierta la norma la posibilidad de que el órgano de contratación publique más allá del mínimo legalmente exigido<sup>71</sup>.

2.1. El objeto. La totalidad de los encargos estudiados tienen publicado su objeto, pero el IAS recomienda utilizar el documento de formalización o la memoria

---

<sup>66</sup>Informe IAS 2023 de OIREscon, *op cit.* páginas 11 y 12.

<sup>67</sup> Actualmente, en el término de encomienda de gestión se encuentra integrado el encargo a medio propio.

<sup>68</sup> Informe IAS 2023 de OIREscon, *op cit.* página 12.

<sup>69</sup> Informe IAS 2023 de OIREscon, *op cit.* página 29.

<sup>70</sup> Informe IAS 2023 de OIREscon, *op cit.* página 30.

<sup>71</sup> Informe IAS 2023 de OIREscon, *op cit.* página 31.



justificativa de la necesidad del encargo como “buena práctica en aras de una mayor transparencia, si bien no es obligatorio”<sup>72</sup>.

2.2. La duración del encargo. Del total de encargos supervisados, el 8,67% no indican su duración, si bien es cierto que determinados encargos no tienen período de duración determinable en un número de días, meses o años concreto, sino que su duración viene determinada por hechos o eventos relacionados con su objeto. En este último caso se recomienda indicar expresamente cuáles son esos hechos o eventos condicionantes<sup>73</sup>.

2.3. Las tarifas. Del total de encargos supervisados, el 51,82% no indicaron las tarifas aplicables<sup>74</sup>.

2.4. Identificación del medio propio destinatario del encargo. La totalidad de encargos supervisados indicaron el medio propio destinatario del encargo.

3. Publicación de información adicional a la legalmente exigida. En este punto se ha supervisado si se han incluido en las publicaciones memorias o estudios económicos que justifiquen la utilización del encargo a medio propio en lugar de otras formas de aprovisionamiento. Del total de encargos supervisados, solo 1 de cada 4 publica un documento o información de carácter económico que lo justifique<sup>75</sup>.

En conclusión, el IAS 2023 considera muy positivo que se hayan podido identificar los encargos a medios propios en prácticamente la totalidad de las plataformas de contratación del sector público objeto de su estudio. No obstante, se han detectado errores en el formato de publicación de la información, encargos publicados en anualidades que se corresponden con años anteriores, diversidad en el registro de datos económicos que no permite hacer un estudio completo y comparado, falta de cumplimiento extraordinario del requisito de publicación de las tarifas para encargos de más de 5.000 euros, falta de cumplimiento en algunos casos del requisito de publicación de la formalización del encargo para casos de más de 50.000 euros, y falta de justificación económica y de aportación de información más allá de la legalmente exigida a pesar de no ser obligatoria<sup>76</sup>. Por otra parte, se recomienda en este informe que “los órganos de contratación sean lo más rigurosos posible en relación con la publicación de los

---

<sup>72</sup> Informe IAS 2023 de OIREscon, *op cit.* página 32.

<sup>73</sup> Informe IAS 2023 de OIREscon, *op cit.* página 32.

<sup>74</sup> Informe IAS 2023 de OIREscon, *op cit.* página 34.

<sup>75</sup> Informe IAS 2023 de OIREscon, *op cit.* páginas 37 y 38.

<sup>76</sup> Informe IAS 2023 de OIREscon, *op cit.* página 41.



datos económicos de los encargos a medios propios, debiendo prestar especial atención al desglose del importe y, en su caso, de los impuestos aplicables”<sup>77</sup>.

#### **4.4 LA APLICACIÓN DE LAS LEYES REGULADORAS DE LA COMPETENCIA**

A lo largo de este trabajo se han puesto de manifiesto las incidencias y consecuencias que tiene el uso de los encargos a medios propios en materia de competencia, sobre todo cuando no se cumplen los requisitos legalmente previstos, así como las deficiencias que contiene la regulación al observarse un déficit en los mecanismos de configuración de los medios propios, de análisis de la opción económica y cualitativamente más ventajosa para la Administración y de control de la eficiencia de los encargos, que debería ponderarse siempre si se quiere ser coherente con la propia naturaleza jurídica de una figura que escapa de la aplicación de la LCSP.

La normativa que regula la competencia en la Unión Europea y en España tiene como objetivo promover y mantener un entorno económico en el que la competencia sea efectiva y justa, garantizando que los mercados funcionen de manera eficiente, con libre circulación de bienes y servicios, fomentando la innovación, la calidad, la diversidad de oferta, la eficiencia en la asignación de recursos y la salvaguarda de los intereses de los consumidores, evitando abusos de posición dominante en los mercados por cualquier operador. Tanto la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD) como la LCSP buscan proteger y promover la competencia en los mercados españoles.

Para evitar conductas contrarias a la competencia, la LDC contiene infracciones que las autoridades de competencia tienen obligación de perseguir<sup>78</sup>. En opinión de CANEDO ARRILLAGA recurrir a los medios propios, si bien está permitido por la ley y puede estar justificado en algunos casos, no puede significar abstraerse de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia, y es obligación de las autoridades de competencia analizar y encontrar las vías para que una conducta administrativa que pueda suponer una infracción del derecho a la competencia, como el mal uso de un encargo a un medio propio, se someta a un procedimiento sancionador<sup>79</sup>. La pregunta que surge en este punto parece clara: ¿se puede considerar que incumplir los requisitos establecidos por la LCSP y por la LRJSP en materia de

---

<sup>77</sup> Informe IAS 2023 de OIReScon, *op cit.* página 42.

<sup>78</sup> CANEDO ARRILLAGA, M. P. : “Medios propios y competencia en España”, *Economía Industrial*, número 425, 2020, páginas 68-69.

<sup>79</sup> CANEDO ARRILLAGA, M. P. : “Medios propios y competencia en España”, *op cit.* página 69.





encargos a medios propios constituye un ilícito de competencia perseguible por la LDF o por la LCD?

Autores como CANEDO ARRILLAGA son firmes defensores de la respuesta afirmativa a esta pregunta. CANEDO ARRILLAGA ha analizado las principales vías de actuación de las que disponen las autoridades de competencia en España para perseguir el incumplimiento de la normativa al elegir el encargo a medios propios en lugar de la libre competencia competitiva de la contratación pública, que serán analizadas a continuación.

#### **4.4.1 DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA**

El objetivo de la promoción de la competencia es informar y persuadir a las Administraciones sobre los impactos positivos y ventajas que la libre competencia puede tener en la sociedad y la economía en general<sup>80</sup>, así como informar adecuadamente de cuáles son las prácticas que suponen vulnerar los principios de la competencia y advertir de los riesgos que eso entraña no solo para el mercado y para los consumidores sino también para la eficiencia y viabilidad de la dotación presupuestaria pública.

El análisis de la CNMC en su guía de 2023 que ha sido objeto de estudio a lo largo de este trabajo permite dar a conocer a la Administración pública en general y a los poderes adjudicadores en particular las consecuencias prácticas del uso de encargos a medios propios, los puntos débiles de la regulación administrativa de la materia así como los errores e infracciones de la normativa observados. Además de lo anterior, la CNMC pone sobre la mesa las posibles soluciones y mejoras que puede adoptar la Administración pública para fomentar la competencia en las actividades del mercado que les son propias.

Sin embargo, CANEDO ARRILLAGA recuerda que la eficacia de este tipo de informes no vinculantes puede ser muy limitada en la práctica, y destaca que las autoridades de competencia en España tienen la facultad de impugnar actos administrativos que consideren contrarios a los principios de buena regulación y competencia, pero se enfrentan a restricciones procesales que, en ocasiones, pueden dificultar la viabilidad de la impugnación de estos actos<sup>81</sup>. Este aspecto resalta la complejidad y los desafíos asociados con la aplicación efectiva de medidas para promover la competencia.

---

<sup>80</sup> CANEDO ARRILLAGA, M. P. : “Medios propios y competencia en España”, *op cit.* página 78.

<sup>81</sup> CANEDO ARRILLAGA, M. P. : “Medios propios y competencia en España”, *op cit.* página 78.



#### 4.4.2 DESDE LA PERSPECTIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

CANEDO ARRILLAGA define las funciones de defensa de la competencia como aquellas que buscan identificar y frenar, si es posible, conductas que sean perjudiciales para la competencia y que sean llevadas a cabo por agentes con la capacidad de afectar negativamente al mercado. Estas conductas, como las prácticas colusorias, los abusos de posición dominante y las acciones desleales con impacto en el interés general, están tipificadas en la legislación española para subrayar la gravedad de sus efectos en la sociedad y en los mercados<sup>82</sup>. De la misma manera que cualquier otra empresa privada del mercado, la Administración pública puede cometer infracciones en defensa de la competencia, y las autoridades de competencia deben cumplir con las funciones de represión y disuasión que el ordenamiento jurídico les encomienda previa tramitación de un expediente sancionador que cuente con todas las garantías propias de un Estado de Derecho, sobre todo en lo relativo al “cumplimiento del derecho de defensa, principio de tipicidad, acreditación de antijuridicidad y culpabilidad”<sup>83</sup>.

##### 4.4.2.1 ¿Está la Administración pública sujeta al derecho de competencia?

El párrafo 35 de la Sentencia del TJUE del asunto *Compas-Datenbank*<sup>84</sup> responde claramente a esta pregunta: “A este respecto, de la jurisprudencia se desprende que, a los efectos de aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, una empresa es cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación [...] Procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado [...] Así pues, el propio Estado o un organismo estatal pueden actuar como empresa [...]”. Por tanto, cuando la Administración pública actúa como operador económico del mercado está sometida al derecho de competencia<sup>85</sup>.

Por su parte, el Tribunal Supremo español ya señaló en el año 1989 que “[...] la coexistencia de empresas públicas con fines empresariales (art. 128.2 de la Constitución) y de empresas privadas (art. 38 de la misma) en el marco de una economía de mercado, y la pertenencia de España a la Comunidad Económica Europea, exigen que se garantice y

---

<sup>82</sup> CANDEO ARRILLAGA, M. P. : “Medios propios y competencia en España”, *op cit.* página 78.

<sup>83</sup> CANDEO ARRILLAGA, M. P. : “Medios propios y competencia en España”, *op cit.* página 78.

<sup>84</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 12 de julio de 2012, asunto *Compas-Datenbank* C-138/11 (ECLI:EU:C:2012:449).

<sup>85</sup> CANDEO ARRILLAGA, M. P. : “Medios propios y competencia en España”, *op cit.* página 79.



salvague la libre competencia, y para ello han de regir las mismas reglas para ambos sectores de producción público y privado”<sup>86</sup>, a lo que añadió en una sentencia de marzo de 2015 que “en el ámbito del Derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado”<sup>87</sup>.

Lo importante no es tanto actuar o no como operador económico en el mercado sino tener aptitud suficiente para crear resultados económicamente perjudiciales o restrictivos en materia de competencia<sup>88</sup>.

#### 4.4.2.2 La infracción del artículo 1 de la LDC

CANEDO ARRILLAGA defiende, como ya hizo anteriormente la Autoridad Vasca de la Competencia (en adelante, AVC) en el asunto *Arabako Lanak*<sup>89</sup>, que la Administración pública puede cometer las infracciones del artículo 1 de la LDC cuando realiza encargo a medios propios.

Este artículo prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional. En definitiva, se prohíben las prácticas colusorias. Sin embargo, para que aplique este artículo se necesitan, al menos, dos empresas independientes entre sí que realicen tales actividades colusorias, y en el caso de los medios propios nos encontramos con un ente del sector público que ostenta control análogo sobre el medio propio del que se sirve para llevar a cabo los encargos que la ley le permite.

---

<sup>86</sup> Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo n.º 5279/1989, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:1989:5279). Mencionado en REBOLLO PUIG, M.: “Acciones de competencia desleal contra actividad pública empresarial”, *Revista de Administración pública*, número 210, 2019, páginas 139-174.

<sup>87</sup> Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo n.º 800/2015, de 9 de marzo, recurso n.º 294/2013 (ECLI: ES:TS:2015:800). Mencionado en CANEDO ARRILLAGA, M. P. *op cit.* página 79.

<sup>88</sup> CANEDO ARRILLAGA, M. P. : “Medios propios y competencia en España”, *op cit.* página 79.

<sup>89</sup> Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia (en adelante, AVC) Expediente n.º 7/2013, aprobada en el Pleno de 11 de noviembre de 2015. La AVC consideró que un acuerdo que la Diputación de Álava realizó con un grupo de entidades locales para diseñar proyectos y dirigir obras públicas evitó el procedimiento de contratación pública asumiendo que el medio propio de la diputación podría actuar como medio propio de las entidades locales y aprovechándose de toda su estructura, medios materiales y personales. La resolución de la AVC fue considerar acreditada un acuerdo de voluntades autónomas entre los agentes, a los les era de aplicación plenamente la normativa en materia de competencia, declarando la infracción del artículo 1 de la LDC por parte de la Diputación, su medio propio y las entidades locales, e impuso sanciones pecuniarias a los dos primeros. Mencionado en CANEDO ARRILLAGA, M. P. *op cit.* página 81. Cabe destacar que la Presidente del Pleno que dictó esta resolución de la AVC fue Canedo Arrillaga.



La respuesta de CANEDO ARRILLAGA a esta incongruencia sigue la siguiente lógica: si no se cumplen las exigencias recogidas en la Ley para que un medio propio pueda llevar a cabo un encargo de su poder adjudicador, no se le podrá considerar medio propio; si no es medio propio, no depende de su poder adjudicador; si no depende de su poder adjudicador, sí constituye una entidad independiente que tiene capacidad para incidir en el mercado y que actúa en connivencia con un ente del sector público en contra de las reglas de la competencia<sup>90</sup>. Y dándose todas las circunstancias anteriores, sí se vulnera efectivamente el artículo 1 de la LDC y se puede perseguir la infracción a través de los medios que señala dicha norma.

#### *4.4.2.3 La infracción del artículo 3 de la LDC*

El artículo 3 de la LDC establece que la Comisión Nacional de la Competencia (hoy CNMC) o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

En primer lugar, ya se han puesto de manifiesto con anterioridad las múltiples consecuencias que tiene para la competencia el uso inadecuado de la figura del medio propio. Acudir a una figura que excluye el procedimiento de licitación pública y la libre concurrencia de los operadores económicos más adecuados para llevar a cabo alguna prestación en nombre de la Administración pública puede traducirse en prácticas anticompetitivas, sobre todo si no se cumplen los requisitos previstos en la ley.

CANEDO ARRILLAGA defiende igualmente esta postura. Cuantitativamente, si el medio propio opera sin respaldo legal, podría afectar la competencia en un número considerable de adjudicaciones. Desde una perspectiva cualitativa, se debe considerar la naturaleza de los encargos y sus objetivos, especialmente si involucran financiación pública para proporcionar un servicio en condiciones especiales. En ambos casos, podría concluirse que afecta al interés público<sup>91</sup>.

#### *4.4.2.4 La infracción del artículo 15 de la LCD*

El artículo 15 de la LCD establece en el apartado 1 que se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa. En el apartado 2 señala que tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la

---

<sup>90</sup> CANEDO ARRILLAGA, M. P. : “Medios propios y competencia en España”, *op cit.* página 80.

<sup>91</sup> CANEDO ARRILLAGA, M. P. : “Medios propios y competencia en España”, *op cit.* página 81.



actividad concurrencial. En opinión de REBOLLO PUIG, “si se admite que las infracciones del régimen de la actividad administrativa puramente empresarial [...] son subsumibles en alguno de los apartados del artículo 15 de la LCD habremos encontrado un medio efectivo para imponer esas limitaciones a la actividad pública empresarial y para que los competidores se defiendan contra su vulneración”<sup>92</sup>. Para ello, destaca el autor, sería suficiente la existencia de una infracción de una norma jurídica de cualquier rango, incluidas las normas puramente administrativas y bastando que la infracción constituya un acto ilícito, no siendo necesario probar ni dolo ni culpa, destacando, además, la competencia plena del juez civil para el conocimiento de estos asuntos, sin que exista cuestión prejudicial administrativa previa en el sentido del artículo 42 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni posibilidad de litispendencia<sup>93</sup>.

Llegados a este punto la pregunta que surge es si resultaría posible incardinar una demanda por violación del artículo 15 de la LCD frente a la actuación irregular de un medio propio. Pues bien, aunque el apartado primero del artículo 15 de la LCD configure un amplio margen de actuación al considerar desleal cualquier infracción de normas jurídicas, sería necesario probar la existencia de una ventaja competitiva significativa adquirida mediante el incumplimiento de dicha norma, lo que resulta posible pero no probable en la práctica. No debemos olvidar que el encargo a un medio propio es una opción legal y legítima que tiene a su disposición la Administración pública sin ningún otro límite que el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para, una vez tomada la decisión de hacer un encargo a un medio propio, que el medio propio los cumpla formalmente tanto en su constitución como en el desarrollo de su actividad. Solo cuando nos encontramos ante el supuesto de una empresa pública que tiene las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de toda índole, como señaló el TS, que no pueden gozar de privilegios de ningún tipo, ni prevalecerse de ninguna forma de posición dominante, ni recibir ayudas ni subvenciones de fondos públicos de ninguna clase, puesto que una empresa pública se somete sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado<sup>94</sup>, parece claro que puede invocarse el apartado 1 del artículo 15 de la LCD para el caso de incumplimiento de cualquier norma jurídica que le otorgue ventajas en el mercado.

---

<sup>92</sup> REBOLLO PUIG, M.: “Acciones de competencia desleal contra actividad pública empresarial”, *op cit.* páginas 151 y 152.

<sup>93</sup> REBOLLO PUIG, M.: “Acciones de competencia desleal contra actividad pública empresarial”, *op cit.* páginas 152-159.

<sup>94</sup> Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo n.º 5279/1989, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:1989:5279).



En el apartado 2 del artículo 15 de la LCD, aunque no de manera clara, parece posible incluirse, igualmente, la vulneración de la competencia por parte de medios propios. Y ello es así porque el artículo solo exige que se infrinja cualquier norma jurídica que tenga por objeto la regulación de actividad concurrencial, y en este caso la LCSP regula, efectivamente, un tipo de actividad concurrencial. Teniendo esto en cuenta, si se producen infracciones de las normas que regulan la creación de medios propios y el funcionamiento de sus encargos, esto puede implicar cometer un acto de competencia desleal que supone, a su vez, una infracción del artículo 3 de la LDC<sup>95</sup>. CANEDO ARRILLAGA concluye que “si un poder adjudicador encarga a una entidad que no cumple los requisitos para ser considerado medio propio por no existir control análogo, por incumplir las restricciones a la subcontratación, por estar orientada al mercado o cualquiera de las constricciones que detalladamente se han definido en la primera parte de este artículo, entra dentro de la tipificación del artículo 3 de la LDC y exigiría la actuación de las autoridades de competencia en función de defensa”<sup>96</sup>.

En suma, el uso inadecuado de un medio propio puede implicar la aplicación del artículo 3 de la LDC y del artículo 15 de la LCD, particularmente cuando un poder adjudicador encarga a una entidad que no cumple con los requisitos para ser considerada un medio propio. Esto incluye la falta de control análogo, el incumplimiento de restricciones a la subcontratación, la orientación al mercado, entre otras restricciones detalladas, lo que requeriría la intervención de las autoridades de competencia en su función de defensa.

## **5. RECOMENDACIONES DERIVADAS DE LA FISCALIZACIÓN DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS**

Un informe de la IGAE elaborado en el año 2020 estudió la importancia que tienen los encargos a medios propios en España<sup>97</sup>. Así, entre marzo de 2018 y abril de 2019 se concluye que los principales medios propios estatales, esto es TRAGSA, TRAGSATEC, FNMT-RCM, ISDEFE e INECO, formalizaron encargos por una cantidad superior a 800 millones de euros, llegando a facturar entre todos en el año 2019 más de 1000 millones de euros. Ante este análisis exhaustivo, el propio informe considera que las conclusiones obtenidas en el mismo son suficientemente representativas, y añade que se trata de una práctica habitual de “prácticamente

---

<sup>95</sup> CANEDO ARRILLAGA, M. P. : “Medios propios y competencia en España”, *op cit.* página 81.

<sup>96</sup> CANEDO ARRILLAGA, M. P. : “Medios propios y competencia en España”, *op cit.* páginas 81 y 82.

<sup>97</sup> IGAE: “Informe relativo a los principales resultados de control en materia de contratación pública conforme al artículo 332.11 de la LCSP”, 2020, página 8.



todos los departamentos ministeriales y gran parte de los organismos públicos<sup>98</sup>, por lo que el encargo al medio propio ha pasado de ser una figura específica y concreta de aprovechamiento a una técnica generalizada en el sector público actual.

En este informe del IGAE se han recogido conclusiones sobre el uso de los encargos a medios propios en el ámbito de la Administración General del Estado, de entre las cuales destacamos las siguientes<sup>99</sup>:

1. Con carácter general, los encargos a medios propios no se planifican y no se apoyan en estudios o informes que acrediten las ventajas de acudir al encargo al medio propio en lugar de a la contratación pública. Asimismo, tampoco se mantienen listas actualizadas de los medios propios a los que se pueden realizar encargos.
2. Solo en el 23,33 % de los poderes adjudicadores analizados por el IGAE se observa la existencia de manuales o instrucciones internas para la gestión de encargos.
3. En los expedientes iniciales de los encargos no se suele incluir programas de trabajo, cronogramas o incluso notificaciones expresas del encargo. Además, si se producen modificaciones, ampliaciones o prórrogas, éstas presentan una documentación mucho menos detallada.
4. El uso del encargo a medios propios no suele estar justificado suficientemente. Se suele aludir a razones genéricas sin documentación justificativa suficiente, y la causa alegada más habitual para acudir a los encargos a medios propios es la falta de medios personales o materiales.
5. Las actividades a realizar por el medio propio sí están, en general, definidas con detalle. Esto permite hacer un seguimiento de la ejecución del encargo hasta su finalización.
6. La compensación tarifaria, si bien queda definida y aprobada antes del comienzo de los encargos, en algunos casos incluyen márgenes para imprevistos, lo que incumple la regla del coste real. En algunos casos incluso se han modificado las tarifas durante la ejecución de los encargos.
7. Se pone de manifiesto una baja aplicación de los mecanismos de seguimiento y control de la ejecución del encargo.

---

<sup>98</sup> IGAE: “Informe relativo a los principales resultados de control [...]”, *op cit.* página 28.

<sup>99</sup> IGAE: “Informe relativo a los principales resultados de control[...]”, *op cit.* páginas 9-27.



8. En general, los órganos que realizan encargos no controlan adecuadamente la subcontratación con terceros de los medios propios.

El Tribunal de Cuentas, por su parte, considera esencial dotar de desarrollo reglamentario a la LCSP, detallando los términos y la manera en que las entidades deben cumplir con los requisitos necesarios para obtener dicha condición, siendo especialmente relevante lo referido al requisito de actividad, cuya definición legal ha generado discrepancias de criterio y confusión en torno a su cumplimiento. Hasta que este desarrollo reglamentario no se materialice, el Tribunal de Cuentas solicita que la IGAE y la Abogacía General del Estado ajusten los criterios para calcular el cumplimiento del requisito de actividad, con el objetivo de garantizar que la actuación del medio propio no menoscabe el principio de libre competencia. También recomienda que dado que el incumplimiento de las condiciones legalmente establecidas conlleva la pérdida de la condición de medio propio personificado, la IGAE debería incorporar la verificación del cumplimiento de los requisitos contemplados en los artículos 32 y 33 de la LCSP en el control de eficacia de los medios propios, conforme al artículo 86.2 de la LRJSP<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> Tribunal de Cuentas: “Informe de fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público y de la ley 9/2017 de contratos del sector público”, 31 de marzo de 2022, página 79.





## CONCLUSIONES

La utilización de encargos a medios propios en España se configura como una de las opciones de las que dispone la Administración pública para abastecerse a sí misma y dar cobertura de bienes y servicios que tiene obligación de prestar. Esta opción, así como la posibilidad de celebrar convenios administrativos o de configurar una licitación por la vía de la contratación pública, encuentra amparo legal no solo en el ordenamiento jurídico interno español sino también europeo, siendo este último el que dio origen a la tipificación de la figura a través de Directivas desde que la jurisprudencia del TJUE sentó las bases de los medios propios que hoy conocemos y utilizamos.

La primera pregunta a la que hemos querido dar respuesta en este trabajo de investigación versa sobre si se debe considerar la utilización de encargos a medios propios como un recurso ordinario o extraordinario por la Administración pública para conseguir sus fines. La cuestión no resulta baladí en tanto que realizar un encargo a un medio propio implica una adjudicación directa sin licitación pública ni concurrencia competitiva en el mercado, es decir, se trata de un encargo directo que una Administración pública realiza a otro ente perteneciente al sector público y con el que le vincula una relación de jerarquía y dependencia directa. La respuesta a esta cuestión la encontramos en la Directiva 2014/23 UE que recoge de manera clara el principio de libertad de administración de las autoridades públicas nacionales y regionales para decidir la mejor forma de gestionar las prestaciones que quiere llevar a término, así como en la jurisprudencia del TJUE. Por tanto, la Administración pública no tiene ninguna restricción a la hora de elegir si opta por realizar sus funciones con recursos propios, en colaboración con otras autoridades públicas o si prefiere confiarlas a operadores económicos del mercado. Nada obliga a ningún Estado miembro de la Unión Europea a utilizar una u otra vía. No obstante, si por vía de la legislación interna un Estado decide privilegiar una u otra forma de aprovechamiento tiene potestad plena para hacerlo siempre y cuando los criterios, limitaciones y requisitos se encuentren claramente definidos en el ordenamiento jurídico y se cumpla con los principios de transparencia y seguridad jurídica, cosa que no ocurre en España.

Sentadas las bases de lo anterior, la segunda pregunta a la que se debe dar respuesta es si, una vez elegida la forma de aprovechamiento de realizar un encargo a un medio propio, esta opción debe llevarse a cabo teniendo en cuenta los riesgos que puede implicar en materia de libre competencia de los mercados, y si se deben guardar especiales cautelas para salvaguardar



los principios de buena regulación y administración, eficiencia en la gestión de fondos públicos, calidad, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, minimización de la distorsión competitiva, necesidad y proporcionalidad en las acciones que pueden afectar a la competencia, entre otros. En este punto resulta clarificadora la opinión emitida por instituciones como la CNMC o el Tribunal de Cuentas español. Las recomendaciones de estas instituciones tienen que ver con dar cumplimiento efectivo a los requisitos legalmente establecidos para configurar medios propios y para que estos lleven a cabo encargos concretos, destacando las siguientes:

- Que se defina claramente cuál es el objeto social de los medios propios y si los encargos se ajustan o no a su ámbito de actividad.
- Que se verifique, mediante estudio exhaustivo, que efectivamente los medios propios están dotados de medios personales y materiales suficientes e idóneos para llevar a cabo los encargos y evitar la mala relación calidad-precio o el fenómeno de la subcontratación con terceros.
- Que se dé un efectivo control análogo del medio propio por su poder adjudicador, ya sea de forma individual o conjunta para lo que resultaría imprescindible identificar en los estatutos o actos de creación de qué entidades del sector público pueden recibir encargos.
- Que se auditen las cuentas anuales de los medios propios para comprobar el cumplimiento del requisito de actividad de la regla 80/20 y verificar que se configuran como verdaderos proveedores de la Administración pública, lo que justifica la razón de su existencia y que no concurran a procedimientos de licitación con competidores externos.
- Que las tarifas sean transparentes y se revisen periódicamente por organismos de supervisión independientes para comprobar que se ajustan a precios de mercado y que no existe sobreprecio.

La tercera pregunta que se ha abordado tiene que ver sobre el cumplimiento de requisitos de justificación y necesidad de los encargos. Sobre el momento en el que deben darse cumplimiento a los requisitos, si bien la LRJSP es clara al disponer que se verificaran al tiempo de creación del medio propio y no para cada encargo en particular para medios propios de la Administración General del Estado, la recomendación de autoridades en materia de competencia es modificar esta norma para añadir la necesidad de justificación económica de cada encargo, lo que sin duda nos parece razonable en tanto que la actividad de la



Administración pública siempre debe estar justificada y ser publicada con absoluta transparencia, aún más cuando dispone del presupuesto público. No parece razonable que porque una actividad económica se concierte entre dos entes del sector público en lugar de con una empresa privada se tenga que exigir menor control sobre la necesidad y la forma de llevar a cabo el servicio, la publicación de sus condiciones y su correspondiente gasto. Resulta claro que la opción de realizar un encargo a un medio propio puede aportar numerosas ventajas para cierto tipo de prestaciones, pero no se puede presumir que el nivel de autoexigencia de la Administración pública sea óptimo. La ciudadanía tiene derecho a saber cómo, por qué y de qué manera actúa la Administración a la que financia con la recaudación de impuestos, derecho reconocido por la Constitución española.

La cuarta y última pregunta tiene que ver sobre las infracciones en materia de competencia en que puede incurrir un encargo a medio propio y sus posibles sanciones. ¿Es posible argumentar la violación de la LDC o LCD? Desde nuestro punto de vista la respuesta a esta pregunta no es clara. Si bien hay autores que así lo defienden como CANEDO ARRILLAGA o REBOLLO PUIG lo cierto es que la LCSP solo habla de la posible anulación de un encargo cuando no se cumplen los requisitos del medio propio. Desde nuestro punto de vista sería más que conveniente añadir un régimen sancionador más claro en el ordenamiento jurídico, y a falta de más pronunciamientos concretos de los tribunales de justicia esta cuestión queda en el aire.

¿Cumplen las Administraciones públicas con la normativa de encargos a medios propios? ¿Es suficiente la regulación actual de los encargos a medios propios en España para garantizar la transparencia, la libre competencia y la eficiente utilización de los recursos públicos, o se requieren reformas legislativas que mejoren y fortalezcan la normativa vigente? Desde nuestra opinión, si bien las Administraciones públicas utilizan los encargos a medios propios dentro de la legalidad, el marco de fiscalización de los mismos podría mejorarse ampliamente mediante la introducción de requisitos y parámetros más claros, concisos y exactos, plazos de cumplimiento estrictos de la publicidad obligada de la actividad pública y un régimen sancionador suficiente y coherente para el caso de incumplimiento.

En conclusión, la cuestión del cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos así como la detección de irregularidades en el uso de encargos a medios propios son aspectos que tienen que ser examinados en profundidad. Parece probable que con el tiempo tanto la figura del medio propio como la propia normativa contractual pública necesiten actualizarse y adaptarse al desarrollo del mercado y a las obligaciones de transparencia cada vez más exigidas



por la ciudadanía no solo de España sino del resto de países de la Unión Europea, pues no debemos olvidar que España recibe fondos europeos que completan su presupuesto y que el mercado de la contratación es común. Incorporar al derecho positivo las recomendaciones emitidas por autoridades como la CNMC o el Tribunal de Cuentas, entre otras instituciones y supervisores económicos, parece, a nuestro entender, razonable. El enfoque debe ser reflexivo y regulador para poder garantizar que cuando una Administración pública elige la figura del encargo a medio propio lo haga siempre de manera eficiente, transparente y con pleno cumplimiento de los principios fundamentales que rigen la actividad pública en su conjunto, y sin descuidar la protección de la libre competencia en el mercado que fomenta la innovación, la calidad, la diversidad de la oferta, los precios competitivos y la salvaguarda de los intereses de los consumidores y usuarios, promoviendo un marco y entorno económico efectivo, eficiente y justo.



## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA, MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS

CANDEO ARRILLAGA, M. P.: “Medios propios y competencia en España”, *Economía Industrial*, número 425, 2020.

FERNANDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.: “Los encargos a medios propios: ¿Recurso ordinario o excepcional?”, *Revista General de Derecho Administrativo*, número 61, 2022.

GARCÍA ALFONSO, M. y GARCÍA-ROYO DÍAZ, J.: “Análisis de los encargos a medios propios desde la óptica de promoción de la competencia”, *Anuario de la competencia*, 2017.

MOLL FERNÁNDEZ-FÍGARES, L. S., *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, Reus, Madrid, 2017.

REBOLLO PUIG, M.: “Acciones de competencia desleal contra actividad pública empresarial”, *Revista de Administración pública*, número 210, 2019.

### INFORMES, DICTÁMENES, ÓRGANOS CONSULTIVOS, INSTRUCCIONES Y CIRCULARES

Abogacía General del Estado: n.º 52/2021, de 7 de mayo

CNMC: “Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios”, REF. G-2020-01, 14 de febrero de 2023.

Conclusiones del Abogado General M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, asunto C-796/18, el 29 de enero de 2020.

IGAE: “Informe relativo a los principales resultados de control en materia de contratación pública conforme al artículo 332.11 de la LCSP”, 2020, Madrid.

IGAE: “Estudio sobre el tratamiento del medio propio en la información financiera y en los informes de auditoría”, 19 de mayo de 2020, Madrid.

IGAE: “Nota técnica de la oficina nacional de auditoría 1/2021 sobre la consideración de la condición de medio propio en la auditoría de cuentas”.



Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía 3/2022, de 27 de julio, sobre la necesidad de justificar el cumplimiento de eficiencia en los encargos que se formalicen con TRAGSA y su filial TRAGSATEC. Artículo 53 bis apartado 5 letra a de la LAJA.

Informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía n.º HPPI00006/18, facultativo sobre diversas cuestiones sobre la regulación de los encargos a medios propios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, de 26 de febrero de 2018.

Instrucción 11/2018, de la Intervención General de la Junta de Andalucía por la que se aprueba la guía de fiscalización previa de los expedientes de gasto derivados de encargos a medios propios regulados en la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

OIReScon: “Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública aprobado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación”, 27 de julio de 2023.

Tribunal de Cuentas: “Informe de fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público y de la ley 9/2017 de contratos del sector público”, 31 de marzo de 2022.



## NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

### NORMATIVA

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía número 215, de 31 de octubre de 2007.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas. Diario Oficial de la Unión Europea número 83, de 30 de marzo de 2010.

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Boletín Oficial del Estado número 295, de 10 de diciembre de 2013.

Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Diario Oficial de la Unión Europea número 94, de 28 de marzo de 2014.

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. Diario Oficial de la Unión Europea número 94, de 28 de marzo de 2014.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Boletín Oficial del Estado número 236, de 2 de octubre de 2015.

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Boletín Oficial del Estado número 272, de 9 de noviembre de 2017.

Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021. Boletín Oficial del Estado número 341, de 31 de diciembre de 2020.



## JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

### **Tribunales Administrativos**

Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Resolución n.º 323/2021, de 15 de julio, recurso n.º 251/2021.

Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia, expediente número 7/2013, caso *Arabako Lanak*, de 11 de noviembre de 2015.

Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 0129/2019, de 18 de febrero, recurso n.º 1393/2018.

Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 1106/2019, de 7 de octubre, recurso n.º 814/2019.

Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 696/2022, de 16 de junio, recurso n.º 696/2022.

Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía n.º 95/2019, de 28 de marzo, recurso n.º 6/2019.

### **Tribunales Superiores de Justicia**

Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n.º 1921/2022, de 20 de mayo, recurso n.º 27/2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:4978).

Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n.º 5240/2020, de 17 de diciembre, recurso n.º 284/2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2020:11276).

Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León número 229/2021, de 2 de marzo, recurso n.º 763/2019 (ECLI:ES:TSJCL:2021:826).

### **Tribunal Supremo**

Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo número 5279/1989, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:1989:5279).

Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo número 800/2015, de 9 de marzo, recurso n.º 294/2013 (ECLI:ES:TS:2015:800).





Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo número 1404/2018, de 20 de septiembre, recurso n.º 4396/2017 (ECLI:ES:TS:2018:3399).

### **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 12 de julio de 2012, asunto *Compas-Datenbank* C-138/11 (ECLI:EU:C:2012:449).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 11 de enero de 2005, asunto *Stadt Halle* C-26/03 (ECLI:EU:C:2005:05)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 13 de noviembre de 2008, asunto *Coditel Brabant* C-324/07 (ECLI:EU:C:2008:621)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 3 de octubre de 2019, asunto *Irgita* C-285/18 (ECLI:EU:C:2019:829).