



Revista de Estudios de la Administración Local y  
Autonómica. Nueva época

ISSN: 1989-8975

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)

Noguera de la Muela, Belén  
Los contornos de la autoprovisión administrativa en la gestión de los servicios públicos  
Revista de Estudios de la Administración Local y  
Autonómica. Nueva época, núm. 18, 2022, pp. 32-55  
Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)

DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.11119>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=576473095002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org



Sistema de Información Científica Redalyc  
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso  
abierto



Referencia: Noguera de la Muela, B. (2022). Los contornos de la autoprovisión administrativa en la gestión de los servicios públicos. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 32-55. <https://doi.org/10.24965/reala.11119>

## Los contornos de la autoprovisión administrativa en la gestión de los servicios públicos

### *The contours of administrative self-provision in the management of public services*

Noguera de la Muela, Belén  
Universidad de Barcelona (España)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1028-5885>  
[bnoguera@ub.edu](mailto:bnoguera@ub.edu)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona. Su actividad investigadora se centra en las siguientes líneas: contratación pública, dominio público, urbanismo, comercio, ordenación del territorio y del litoral.

#### RESUMEN

A caballo entre la potestad de autoorganización que ostentan las Administraciones Públicas y el principio de concurrencia en la adjudicación de los contratos, se sitúan los encargos a medios propios personificados, denominados también, fórmulas de cooperación vertical que, junto con la cooperación horizontal (convenios interadministrativos) aparecen exceptuados de la aplicación de las directivas de contratación pública de 2014. Estas técnicas de autoprovisión administrativa (en las que no se incluye la transferencia de competencias) son objeto de estudio en este trabajo a la vista de la regulación contenida en la LCSP de 2017 y en la LRJSP, partiendo de lo previsto en la normativa comunitaria de contratación pública y la reciente y clave jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*ISE-Colonia*, *Remondis 2*, *Porin Linjat*, *IREN Spa*), con el propósito de fijar sus contornos. Mereciendo especial atención la mecánica de estas fórmulas en el ámbito local, al entroncar, asimismo, con el debate en torno a la forma de gestión más idónea de los servicios públicos locales y a su nivel óptimo de prestación. Resultando también de especial atención el recurso a la «gestión directa asociativa mediante contratación *in house*» analizada en la relevante Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 36661/2020, de 21 de septiembre (caso Ayuntamiento de Collbató-CONGIAC-GIACSA).

#### PALABRAS CLAVE

Cooperación público-público; encargo a medio propio personificado; cooperación horizontal; transferencia de competencias.

#### ABSTRACT

Straddling the line between the power of self-organisation held by public administrations and the principle of competition in the awarding of contracts, are the in house providing contracts, also known as vertical cooperation formulas, which, together with horizontal cooperation (inter-administrative agreements), are exempted from the application of the 2014 public procurement directives. These techniques of administrative self-provision (which do not include the transfer of competences) are the object of study in this work in view of the regulation contained in the LCSP of 2017 and in the LRJSP, based on the provisions of EU public procurement regulations and the recent and key case law of the Court of Justice of the European

Union (ISE-Cologne, Remondis 2, Porin Linjat, IREN Spa), with the aim of establishing their contours. The mechanics of these formulas in the local sphere deserve special attention, as they are also linked to the debate on the most suitable form of management of local public services and their optimum level of provision. Also worthy of special attention is the use of «direct associative management through in house contracting» analysed in the relevant ruling of the Administrative Chamber of the High Court of Justice of Catalonia no. 36661/2020, of 21 September (Collbató-CONGIAC-GIACSA City Council case).

## KEYWORDS

Public-public cooperation; in house providing contracts; horizontal cooperation; transfer of competences.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LAS BASES DE LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LA AUTOPROVISIÓN ADMINISTRATIVA. LA EXCLUSIÓN DE LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS. 2. LA COOPERACIÓN VERTICAL (ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS). 2.1. LOS REQUISITOS DE CARÁCTER ACUMULATIVO DE LA COOPERACIÓN VERTICAL FIJADOS POR EL TJUE Y RECOGIDOS POR LA NORMATIVA EUROPEA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. 2.1.1. El criterio del control análogo. El control conjunto. El caso Porin y el caso IREN Spa. 2.1.2. El criterio del «vínculo de destino» del ente instrumental. 2.1.3. La no participación de capital privado en el medio propio: revisión. 2.2. LA REGULACIÓN ESTATAL DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS: BREVES REFLEXIONES. 3. LA DELIMITACIÓN DE LA COOPERACIÓN HORIZONTAL (CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS). 3.1. REQUISITOS DE LA COOPERACIÓN HORIZONTAL FIJADOS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE: CASO ISE-COLONIA Y CASO REMONDIS. 3.1.1. Requisito subjetivo: celebrado exclusivamente por poderes adjudicadores. 3.1.2. Requisito objetivo: «misión de servicio público común». 3.1.3. Requisitos teleológicos: objetivo de interés público. Actividad de mercado marginal. 3.2. LOS CONVENIOS DE COOPERACIÓN HORIZONTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LOS ARTS. 47 LRJSP Y 6.1 LCSP017. 4. LA GESTIÓN DIRECTA ASOCIATIVA: CASO AYUNTAMIENTO DE COLLBATÓ-CONGIAC-GIACSA (SENTENCIA DEL TSJ DE CATALUÑA NÚM. 3661/2020, DE 21 DE SEPTIEMBRE). REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUCCIÓN

El fundamento de las denominadas fórmulas de autoprovisión administrativa o también llamadas, en terminología europea, sistemas de cooperación público-público<sup>1</sup> (encargos a medios propios personificados o in house providing, y convenios interadministrativos) no está en la existencia de un vínculo contractual sino que se encuentra en la capacidad autoorganizativa de las Administraciones públicas, tal como resaltó Sosa Wagner<sup>2</sup>.

A este respecto, la Comisión Europea, desde 1998, viene insistiendo en la búsqueda de la determinación de las líneas que separan el Derecho de la organización y el Derecho de la contratación pública<sup>3</sup> que, en definitiva, marcan cuál es el ámbito de aplicación de la normativa europea de contratos. Así, en su Comunicación “La contratación pública en la Unión Europea” [COM (98) 143] remarcó la necesidad de aclarar la regulación de las dos grandes modalidades de cooperación: la *vertical o institucionalizada* y la *horizontal o no institucionalizada*. A ellas se refirió también, de una parte, el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea de 27 de enero de 2011 (COM 2011, 15 final), dedicando un apartado específico a la cooperación dentro del sector público, donde reflexiona

<sup>1</sup> Documento SEC (2011) 1169 final de 4 de octubre de 2011, documento de trabajo de la Comisión sobre aplicación de la normativa de contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores.

<sup>2</sup> Sosa Wagner (2003).

<sup>3</sup> Véase Comunicación de la Comisión “La contratación pública en la Unión Europea”, de 11 de marzo de 1998, COM (98) 143, en la que se enuncian ya los principales enfoques del futuro paquete de directivas de 2004. Enfoques generales (simplificación, adaptación a la evolución del mercado, lucha contra la corrupción, desarrollo de un entorno favorable a las pymes, sinergia con otras políticas, contratación electrónica eficaz...) que son coincidentes con los incluidos en las directivas de 2014, conforme a ese mecanismo de desarrollo de las políticas públicas comunitarias que es la *rolling agenda*. En la página 11, la Comisión anunciaba que se proponía aclarar, a través de un documento interpretativo, «los contratos “in house”, es decir, los que se adjudican en el seno de la Administración pública; por ejemplo, entre Administración central y local o entre una Administración y una sociedad que es íntegramente propiedad de ésta».

«cómo debe trazarse una línea divisoria entre los acuerdos entre los poderes adjudicadores para llevar a cabo sus tareas amparados por su derecho a la organización autónoma, por un lado, y las actividades de contratación, que deben beneficiarse de una competencia abierta entre los operadores económicos por otro», y de otra, el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea, relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación dentro del sector público) de 2011 que se refiere asimismo a las *transferencias de competencias*, pero como algo en este caso perteneciente a la organización interna de cada Estado miembro sobre el que no se proyecta la normativa europea de contratos públicos. Distinciones que, de alguna forma, han abordado la relevante jurisprudencia del TJUE, y han recogido el paquete de directivas de cuarta generación, de contratación pública (arts. 12 de la Directiva 2014/24/UE, 17 de la Directiva 2014/23/UE y 28 a 30 de la Directiva 2014/25/UE), donde, sin embargo, se evidencia el desliz del legislador comunitario cuando bajo el título «Contratos públicos entre entidades del sector público» (art. 12) califica en varias ocasiones de contrato al vínculo jurídico que se establece, por ejemplo, entre el poder adjudicador que realiza el encargo y el medio propio personificado que ha de ejecutarlo, cuando carece de la nota de bilateralidad de todo contrato<sup>4</sup>.

Estas técnicas de gestión administrativa (encargos in house y convenios interadministrativos), excepcionadas del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias de contratación pública, si cumplen determinados requisitos, entroncan también con uno de los debates más complejos existentes en relación con los servicios públicos en el ámbito local, como es el relativo a su forma de gestión más idónea y a su nivel óptimo de prestación, condicionándose la elección del modo de gestión, esto es directa e indirecta (art. 85.2 de la LBRL tras la LRSAL), a los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria.

En todo caso, cabe remarcar que desde el Derecho de la Unión Europea se reconoce total libertad a los Estados miembros «para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios (...)» (art. 2.1 de la Directiva 2014/23/UE), pudiendo «optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos» (art. 2.1 de la Directiva 2014/23/UE). Luego, se hace necesaria una reflexión sobre las formas de gestión de los servicios públicos y actividades de interés general y su encuadre desde la óptica del Estado garante de servicios públicos de calidad<sup>5</sup>, debiéndose atender en la justificación, de la decisión sobre cómo gestionar un servicio público a criterios de buena administración (Gimeno Feliu<sup>6</sup>), poniendo la atención en la prestación regular, continua, neutral, de calidad, y no tanto en quién lo presta.

En las páginas siguientes vamos, por tanto, a abordar cuál es el tratamiento que reciben los encargos *in house providing* y los convenios interadministrativos en la LCSP de 2017, teniendo presente las últimas reformas legislativas (arts. 32 y 33 de la LCSP, modificados por la Ley 11/2020, de Presupuestos Generales del Estado para 2021; el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019; el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero (que se refiere a contratación en sectores excluidos), y todo ello bajo el prisma de las directivas comunitarias de contratación pública de 2014, que han codificado el derecho pretoriano existente plasmado en la rica y relevante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (casos ISE-Colonia, Remondis 2, Porin Linjat, IREN Spa, por citar la más reciente).

También, para conformar el régimen jurídico de estos sistemas de autoprovisión administrativa, debemos atender a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), entre otras normas estatales y autonómicas (leyes de transparencia estatal y autonómicas o, por ejemplo, el Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de contratación del sector público de la Comunidad Autónoma del País Vasco), que muestran un complejo panorama normativo. De ahí, la demanda de una legislación básica específica sobre la autoprovisión administrativa en el conjunto del sector público.

<sup>4</sup> Gallego Córcoles (2014, pp. 111-140); Amoedo-Souto (2018a, p. 84), donde propone superar la actual visión de las técnicas de autoprovisión como algo excepcional, debiendo ser vistas como una opción normal, e incluso preferente y más racional en términos de eficiencia.

<sup>5</sup> Esteve Pardo (2015, pp. 11-39).

<sup>6</sup> Gimeno Feliu (2020a, pp. 94-95).

## 1. LAS BASES DE LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LA AUTOPROVISIÓN ADMINISTRATIVA. LA EXCLUSIÓN DE LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS

Efectivamente, por vez primera las directivas de contratación pública de cuarta generación han abordado la regulación de las fórmulas de autoprovisión administrativa (encargos in house, convenios interadministrativos) (arts. 12 de la Directiva 2014/24/UE, 17 de la Directiva 2014/23/UE y 28 a 30 de la Directiva 2014/25/UE), convirtiendo en prosa legal la jurisprudencia comunitaria recaída en esta materia. Estos últimos años ha vuelto a incidir el Tribunal de Luxemburgo con ocasión de la Sentencia de 28 de mayo de 2020 (asunto C-796/18), caso ISE-Colonia; la de 4 de junio de 2020 (asunto C-429/19), caso Remondis 2 [para distinguirla del asunto C-51/17 (Remondis 1)]; la de 18 de junio de 2020 (asunto C-328/19), caso Porin Linjat, que se refiere incluso a fórmulas mixtas de autoprovisión administrativa, así como la más reciente, de 12 de mayo de 2022 (asunto C-719/20), caso IREN Spa. Pues bien, bajo el prisma de toda la jurisprudencia de la Unión Europea que versa sobre esta cuestión, vamos a tratar estas fórmulas excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contratos, mereciendo especial atención la mecánica de éstas en el ámbito local.

Podemos afirmar, por tanto, en términos generales, tal como hemos señalado supra, que, de forma expresa se reconoce en las directivas de contratos el régimen de autoprovisión administrativa (art. 2 de la Directiva 2014/23/UE) al plasmar el principio de libertad de los Estados miembros para optar si prestan los servicios de su competencia con recursos propios o en colaboración con otras autoridades (autoprovisión) o bien a través de empresas privadas. Y, asimismo, también las propias directivas, concretamente los arts. 1.6 de la Directiva 2014/24/UE y 1.4 de la Directiva 2014/23/UE excluyen la aplicación de las mismas a las relaciones (transferencia) competenciales entre Administraciones, al señalar que «los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución del contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en este sentido, **en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva**». Redacción, por tanto, que resulta concluyente<sup>7</sup>.

Estamos, por consiguiente, en la transferencia de competencias ante un supuesto no concernido por las directivas de contratación, situándola extramuros. Tal y como subrayó la Comisión Europea en su Documento de trabajo de 2011 (más atrás mencionado), forma parte de la configuración de la organización interna de cada Estado miembro, es ajeno a las competencias de la Unión Europea, y las tareas públicas se consideran desempeñadas mediante recursos externos a la entidad inicialmente competente, añadiéndose que lo que caracteriza la cesión de competencias entre organismos públicos es que tal cesión ha de ser plena, el organismo cedente no conserva responsabilidad alguna, y el beneficiario de la competencia cedida debe ejercer las competencias de forma independiente y bajo su responsabilidad, lo que no excluye que el cedente pueda ejercer alguna influencia sobre cómo organizar el desempeño de tal tarea pública. Asimismo, el abogado general M. Campos Sánchez-Bordona, en sus conclusiones presentadas en el asunto *ISE-Colonia*, afirmó que «también quedan fuera de la Directiva 2014/24/UE, aunque no lo mencione de forma expresa su articulado, otro tipo de relaciones interadministrativas, como son las derivadas de una *transferencia* o delegación de competencias, incluso con la creación de un consorcio de entidades con personalidad jurídica de Derecho público». Estas situaciones se reputan por principio «ajenas al Derecho en materia de contratación pública».

Por tanto, estimo que a diferencia de los sistemas de cooperación vertical donde las directivas de contratación los regulan desde la perspectiva de los contratos o concesiones, al considerar que sí se cumplen determinados requisitos, entonces se excluyen de la aplicación de tales directivas, en las transferencias de competencias no se contiene una prestación contractual, de ahí que no se vean afectadas por las directivas de contratos.

En línea con ello, en la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15, *Remondis 1*, cuyo objeto era una petición de decisión prejudicial planteada por un tribunal alemán en el proceso entablado entre la sociedad Remondis y la región de Hannover, se aborda la legalidad o no de una transferencia efectuada por esta última de las funciones de recogida y tratamiento de residuos a un consorcio de entidades para la gestión de residuos de la región de Hannover, constituida por ésta y la ciudad del mismo nombre. Y se subrayó que, para estar ante un supuesto de transferencia de competencias deben reunirse ciertos requisitos que podemos resumir, de una parte, en la asunción de responsabilidades y autonomía decisoria y, de

<sup>7</sup> Arimany Lamoglia (2020, pp. 70); Vilalta Reixach (2018a, pp. 261-295).



otra, en ausencia de retribución y autonomía financiera, pudiéndose ejercer por parte del ente cedente de la competencia ciertas influencias, que excluye toda injerencia en la forma concreta de ejecución de las funciones comprendidas en la competencia transferida, pero que admite ejercerla a través de un órgano, como una junta general, compuesta por representantes de las entidades territoriales anteriormente competentes.

Las consideraciones formuladas en la Sentencia Remondis 1 se vuelven a traer a colación en la STJUE de 18 de junio de 2020 (asunto C-328/19<sup>8</sup>), caso *Porin Linjat* –sobre la que volveremos más adelante al analizar los requisitos de los encargos *in house providing*– donde, en esta ocasión, el Tribunal de Luxemburgo se pronuncia en relación a una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Finlandia, en relación con la adjudicación directa realizada por el municipio de Pori del servicio de transporte de personas con discapacidad a la sociedad anónima de capital íntegramente público de la referida ciudad, *Porin Linjat Oy*. Adjudicación que tuvo lugar en el marco de dos convenios de colaboración, uno referido al transporte público, que vinculaba a una serie de municipios, y otro en materia de servicios sanitarios, también entre varios municipios. En ambos convenios aparece la ciudad de Pori como «municipio responsable» de la prestación del servicio, de acuerdo con las Leyes de régimen local finlandesas de 1955 y 2015, al cual, mediante convenio de colaboración entre distintos municipios (Pori y otros entes locales) acordaron transferir la responsabilidad de la organización de tales servicios, sirviéndose a su vez para ello de *Porin Linjat Oy*, que se trata de un medio propio, un operador interno de la que es propietaria. Constituyendo, además, la ciudad de Pori un organismo común en el que los demás entes locales participantes en los convenios mencionados pueden elegir parte de sus miembros.

El Tribunal remitente se pregunta dos cuestiones: si el convenio de colaboración en materia de servicios sanitarios puede no estar sometido, por su naturaleza, al ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18, debido a que materializa una *transferencia de competencias* a efectos del art. 4.2 del Tratado de la Unión Europea o, una *colaboración entre entidades pertenecientes al sector público* (cooperación horizontal) no sometida a obligación de licitación, según se estime que el modelo de «municipio responsable» comporte uno u otro<sup>9</sup>. Y además plantea que se dilucide también si el «municipio responsable» es el poder adjudicador, y si en base al convenio de colaboración está facultado para confiar, sin licitación previa, a una entidad *in house* la prestación de servicios que no solo satisface sus propias necesidades, sino también las de los demás municipios parte en dicho convenio.

Esta forma de actuar a través de convenio es considerada por el TJUE un acto de organización interna que implica una *transferencia de competencias entre autoridades públicas*, tal y como se interpretó en el caso *Remondis*, y como tal, excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18, sin entrar ya a examinar si podría constituir una cooperación entre poderes adjudicadores excluidos de licitación, lo cual hubiera sido bueno analizar. Así afirma «la autoridad inicialmente competente no puede conservar la responsabilidad principal relativa a las referidas funciones, ni reservarse el control financiero de estas ni aprobar previamente las decisiones que pretenda tomar la entidad a la que se adhirió. *Por tanto, una transferencia de competencias presupone que la autoridad pública que resulta ahora competente ejerza dicha competencia de manera autónoma y bajo su propia responsabilidad* (véase, en este sentido, la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, Remondis 1, C-51/15, apartados 49 y 51)» (la cursiva es nuestra) (párrafo 48).

Sin embargo, continua el TJUE en su párrafo 49, «la autonomía de actuación de la autoridad pública a la que se atribuye una competencia no implica que la entidad que resulta ahora competente deba sustraerse a toda influencia de cualquier otra entidad pública. En efecto, *una entidad que transfiere una competencia puede conservar cierta facultad de supervisión de las funciones relacionadas con el servicio público así transferido*. No obstante, tal influencia, que puede ejercerse a través de un órgano, como una junta general, compuesta por representantes de las entidades territoriales anteriormente competentes, excluye, en principio, toda injerencia en la forma concreta de cumplimiento de las funciones comprendidas en la competencia transferida» (véase, en este sentido, la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, Remondis 1, C-51/15, apartado 52 (la cursiva es nuestra).

En el caso de autos, a través del convenio de colaboración en materia de servicios sanitarios los municipios parte en ese acuerdo transfirieron en favor de la ciudad de Pori la responsabilidad de la organización de los servicios sociales y sanitarios de dichos municipios. Transferencia voluntaria de competencias cuyo

<sup>8</sup> Hernández González (2020, in totum); Noguera de la Muela (2020, pp. 269-273); Gallego Córcoles (2021, pp. 453-466); Sosa Wagner (2020, in totum).

<sup>9</sup> Sobre la cooperación interadministrativa horizontal ver, entre otros: Bernal Blay (2011, pp. 367-374); Santiago Iglesias (2018b, pp. 107-109; 2018a, pp. 639-642); Fernández Acevedo (2018, pp. 294-306); Vilalta Reixach (2018b, pp. 325-368).

origen estaba en la Ley 169/2007, de tal manera que, en tal caso, el municipio responsable adopta las decisiones relativas al modo de prestación de los servicios, a la disponibilidad, accesibilidad y calidad de dichos servicios, y a su control y seguimiento.

Además, a diferencia del caso *Remondis* donde la responsabilidad pertenece primordialmente a la entidad cesionaria de las competencias, en este caso, la responsabilidad de la organización de los servicios sociales y sanitarios comprendidos en el área de colaboración *se confía, en la práctica, a un organismo común: la comisión de garantía de los derechos sociales fundamentales de la ciudad de Pori* [...] (la cursiva es nuestra), y es el Pleno municipal de la ciudad de Pori quien aprueba el estatuto de esa comisión y determina su ámbito de actuación y sus funciones (párrafos 52 y 53).

De otra parte, el convenio de colaboración en materia de servicios sanitarios establece que la gestión económica de los servicios sociales y sanitarios se basa en un presupuesto, un plan financiero y un plan de servicios sociales y sanitarios elaborados conjuntamente por los municipios parte en el convenio y en un seguimiento de los gastos y de la utilización de dichos servicios. Y los costes de los servicios sociales y sanitarios se distribuyen en función de la utilización de dichos servicios, de modo que cada municipio abona el coste real de los servicios sociales y sanitarios utilizados por su propia población y por los residentes de los que es responsable (párrafos 54 y 55).

Así pues, concluye el TJUE que, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al tribunal remitente, *parecen cumplirse los requisitos de una transferencia de competencias*, a efectos del art. 4 TUE, apartado 2, de modo que el convenio de colaboración en materia de servicios sanitarios no parece que sea un «contrato público» en el sentido del art. 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18. Por tanto, ese convenio de colaboración ha de excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 (la cursiva es nuestra).

A raíz de esa transferencia, el TJUE estima que «el municipio responsable» se subroga, en cierto modo, en las facultades y obligaciones de las otras partes contractuales en cuanto a la prestación de los servicios objeto de un convenio de colaboración basado en el modelo denominado del «municipio responsable» (párrafo 62).

Y continúa: «63. De ello resulta que, en el caso de autos, corresponde al beneficiario de la transferencia de competencias –el *municipio responsable*– *satisfacer las necesidades de los demás municipios parte en el convenio de colaboración en materia de servicios sanitarios* y, por tanto, prestar los servicios sociales y sanitarios controvertidos en el litigio principal en todo el territorio al que se aplica dicho convenio, *si bien cada municipio sigue adeudando el coste real de los servicios utilizados por su propia población y por los residentes de que es responsable*» (la cursiva es nuestra).

«64. Por tanto, para no privar de efecto útil a una transferencia de competencias, a efectos del art. 4 TUE, apartado 2, tal como ha sido interpretado en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Remondis* (C-51/15), en la adjudicación de un servicio, *la autoridad a la que se ha transferido la función, debe ser considerada forzosamente el poder adjudicador* respecto a esa función, y debe serlo en todo el territorio de los municipios parte en el convenio mediante el que se transfieren competencias» (la cursiva es nuestra).

## 2. LA COOPERACIÓN VERTICAL (ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS)

### 2.1. Los requisitos de carácter acumulativo de la cooperación vertical fijados por el TJUE y recogidos por la normativa europea de contratación pública

#### 2.1.1. El criterio del control análogo. El control conjunto. El caso *Porin* y el caso *IREN Spa*

El primer requisito que se exige es que el encargo debe formalizarse entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente distinta de ella, pero sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, de tal modo que el proveedor no tiene, frente al poder adjudicador, auténtica autonomía desde el punto de vista decisorio.

Así, el criterio del «control análogo al ejercido sobre sus propios servicios» no existe en función del porcentaje de participación en el capital social, sino en el hecho de que el ente instrumental carezca, efectivamente, desde el punto de vista decisorio, de autonomía respecto del ente que realiza el encargo. No existiendo, en estos casos, verdadera autonomía contractual (SSTJUE de 19 de abril de 2007, *Asemfo*, y de 21 de julio de 2005, *Padania Acque*).

Eso explica que **varias entidades pueden disponer de control análogo sobre un mismo ente propio**, tal como declaró el TJUE en su Sentencia de 13 de noviembre de 2008, asunto C-325/07, *Coditel Brabant*, afirmando que lo esencial es que el control ejercido sea efectivo, no siendo indispensable que el control sea individual, pudiéndose ejercer de *forma conjunta*. El control análogo es, por consiguiente, de carácter *funcional* y no formal, que obliga a acreditar que, efectivamente, existe ese poder de «influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad», según SSTJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, *Parking Brixen*, y de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea Srl Comune di Ponte Nossa*, puntualizando esta última sentencia que: «El control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejerce sobre sus propios servicios [...] cuando:

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

La posibilidad de un *control análogo colectivo* sobre el medio propio es la mayor novedad<sup>10</sup>. Y en la STJUE de 29 de noviembre de 2013 (asuntos C-182/11 y C-183/11, *Econord Spa*), concluye: «Cuando varias Administraciones públicas, en su condición de entidades adjudicadoras, crean en común una entidad encargada de realizar la misión de servicio público que incumbe a aquéllas o cuando una Administración pública se adhiere a la mencionada entidad», el requisito sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el control análogo conjunto, «se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión».

Dando un paso más en la mecánica de los *in house providing*, se plantea por el TJUE en la Sentencia de 18 de junio de 2020, caso *Porin Linjat* (asunto C-328/19), si el municipio de Pori (poder adjudicador) puede recurrir a una entidad *in house* (*Porin Linjat Oy*, de exclusiva propiedad de Pori) no solo para satisfacer sus propias necesidades, sino también las de los municipios que le han transferido competencias.

Al respecto, entiende que «el primer requisito relativo al control de la autoridad pública, se considera cumplido según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia cuando el poder adjudicador sea titular, solo o junto con otros poderes públicos, de la totalidad del capital de la sociedad adjudicataria. [...] (Sentencias de 19 de abril de 2007, *Asemfo*, C-295/05, apartado 57, y de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, apartado 30)». Y añade, en el caso *Porin*, que no cabe deducir que un poder adjudicador –en el caso de autos el municipio responsable– no pueda optar por una adjudicación *in house* para satisfacer las necesidades de los poderes adjudicadores con los que celebró un convenio basado en dicho modelo, únicamente porque los demás municipios parte en dicho convenio no posean participación alguna en el capital de la entidad *in house*. En efecto, *el criterio de ser titular de parte del capital no puede ser el único medio de alcanzar dicho objetivo, ya que el control análogo al que ejercen los poderes adjudicadores sobre sus propios servicios puede manifestarse de un modo distinto a un enfoque capitalista*» (la cursiva es nuestra).

Luego, el modelo del «municipio responsable» «ofrece a los municipios parte en un convenio, a pesar de que no posean participación alguna en el capital de la entidad *in house* la posibilidad de ejercer, al igual que el municipio responsable, una influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre

<sup>10</sup> Por contra, no existe control conjunto en el supuesto analizado en la STJUE de 8 de mayo de 2014, caso *Hamburgo*, (asunto C-15/13), que resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg* (Alemania). Se analiza la regularidad de la adjudicación de un contrato atribuido directamente por la Universidad de Hamburgo a *Hochschul-Informationssystem GmbH* (es una sociedad de responsabilidad limitada de Derecho privado, cuyo capital está controlado en una tercera parte por el Estado Federal alemán y en dos terceras partes por los 16 *länder* alemanes, correspondiendo a la ciudad de Hamburgo un 4,16 por 100 de dicho capital) sin aplicar los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva 2004/18. Se alega que la adjudicación directa del contrato por la Universidad a HIS, según estas partes contratantes, está justificada por el hecho de que, aunque entre estas dos entidades no existe ninguna relación de control, el requisito de «control análogo» establecido por la jurisprudencia antes citada del Tribunal de Justicia se cumple, a su entender, porque ambas entidades se encuentran bajo el control de la ciudad de Hamburgo.

Así, el Tribunal comprueba cómo no se cumplen los requisitos que amparan esta potestad de autoorganización y declara que un contrato que tiene por objeto el suministro de productos celebrado entre, por una parte, una universidad que es una entidad adjudicadora y que en el ámbito de sus adquisiciones de productos y servicios está controlada por un Estado federado alemán y, por otra, una empresa de Derecho privado controlada por el Estado federal y los Estados federados alemanes, incluido el antedicho Estado federado, constituye un contrato público en el sentido de la referida disposición, y debe, por tanto, estar sujeto a las reglas de adjudicación de contratos públicos previstos en la Directiva 2004/18.



las decisiones importantes del adjudicatario y, por tanto, un control efectivo, estructural y funcional sobre éste» (párrafo 70) (la cursiva es nuestra). Por tanto, el tribunal flexibiliza el requisito del control análogo, matizando la jurisprudencia existente sobre el mismo al reconocer la existencia de un control de este tipo por parte de determinados municipios que no poseen participación alguna en el capital de la entidad, resultando forzada y distorsionadora, favoreciendo combinatorias múltiples.

En definitiva, el Tribunal de Luxemburgo confirma en esta Sentencia la validez de esos convenios de cooperación interadministrativos (que constituyen una transferencia de competencias) seguidos de una adjudicación *in house*, y concluye que el art. 12.a) de la entonces Directiva 2004/18/UE debe interpretarse en el sentido de que un convenio de colaboración a tenor del cual los municipios parte en él transfieren a uno de ellos la responsabilidad de la organización de servicios en favor de estos municipios, permite considerar, con ocasión de adjudicaciones posteriores a dicha transferencia, que dicho municipio es el poder adjudicador y lo faculta para confiar, sin licitación previa, a una entidad *in house* la prestación de servicios que no solo satisfacen sus propias necesidades, sino también las de los demás municipios parte en dicho convenio, aun cuando sin esa transferencia de competencias, los citados municipios hubieran debido satisfacer ellos mismos sus propias necesidades.

Recientemente, el TJUE se ha vuelto a pronunciar sobre las adjudicaciones *in house* en el caso *IREN Spa*, Sentencia de 12 de mayo de 2022 (asunto C-719/20), donde hace una nueva matización en relación al requisito del control análogo conjunto, precisando la pérdida de las condiciones de tal control análogo a raíz de una concentración de empresas.

Mediante cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa o práctica nacional en virtud de la cual un contrato público adjudicado inicialmente, sin convocar una licitación a una entidad *in house* (en este caso, el municipio de Lerici adjudicó a ACAM la gestión del ciclo integrado de residuos en dicho municipio hasta 2028, que luego ella confió a su filial ACAM ambiente), que es una sociedad anónima cuyo accionariado se repartía exclusivamente entre varios municipios, entre los que se encontraba el de Lerici, y sobre la que el poder adjudicador (Lerici) ejercía, de manera conjunta, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siga siendo ejecutado automáticamente por el operador económico que ha adquirido a esa entidad (IREN adquirió la totalidad de acciones de ACAM) a raíz de un procedimiento de licitación, cuando ese poder adjudicador (Lerici) no dispone de tal control sobre ese operador (IREN Spa), y no tiene ninguna participación en su capital. Pues bien, el TJUE es concluyente y considera que ello no ha lugar.

### 2.1.2. El criterio del «vínculo de destino» del ente instrumental

El alcance de este requisito: que el medio propio realice la *parte esencial de su actividad con el ente o entes que lo controlan*<sup>11</sup>, quedó establecido en la Sentencia de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo*, al afirmarse: «Solo cabe considerar que la empresa de que se trata realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, cuando la actividad de dicha empresa está destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal [...]». Añadiéndose: «Cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto».

Asimismo, «si una empresa realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, a efectos de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la Directiva 93/36, procede tomar en consideración todas las actividades que dicha empresa realiza en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad» (la cursiva es nuestra).

No siendo posible tal exención en el caso de que el ente instrumental provea, además, a otros sujetos públicos y privados como cualquier otra empresa del mercado, tal y como se recoge en la actualidad en el art. 12.1.b) de la Directiva 2014/24 aunque concreta este requisito en un porcentaje: que más del 80 por

<sup>11</sup> Entre otros, Arimany Lamoglia (2005, p. 57); Montoya Martín (2009, pp. 96-100); Razquín Lizarraga (2009, pp. 51-52); Pernas García (2008, pp.154-173).

100 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.

Ahora bien, para determinar el porcentaje de actividades, la Directiva 2014/24/UE, en su art. 12.5, señala que se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato.

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

### 2.1.3. La no participación de capital privado en el medio propio: revisión

Ya en los casos *Teckal* y *Arge* se afirmó que la participación privada en un ente público, por mínima que sea, rompía el criterio del control análogo, y en modo alguno estas empresas con participación privada podían ser medio propio. Este requisito se corroboró en la STJUE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03 *Stadt Halle*<sup>12</sup>, y se continuó esta línea jurisprudencial en sentencias posteriores: STJUE de 10 de noviembre de 2005, asunto C-29/04, *Comisión vs. República de Austria*, también la STJUE de 19 de abril de 2007 (asunto C-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*) y SSTJUE de 8 de abril de 2008, *Comisión vs. República italiana*, y de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-573/07, *Sea Srl Comune di Ponte Nossa*), donde el Tribunal afirmó que: «En el supuesto que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52, con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, *deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva*».

Pero también la Directiva 2014/24/UE abre la posibilidad de participación de capital privado, al recoger que cabe siempre que esté impuesta «por las disposiciones legales nacionales de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada» [art. 12.1.c)]. Excepción que se hace también extensiva en tal directiva a los supuestos de encargos invertidos (de la entidad controlada al poder adjudicador encomendante) (art. 12.2), y a los encargos en favor de personificaciones de derecho público o privado controladas *conjuntamente* por varios poderes adjudicadores (art. 12.3). Se está, por tanto, rectificando de alguna forma el contenido de las SSTJUE, casos *Stadt Halle* y *Such*.

De otra parte y en relación con esta exigencia, el considerando 32 de la Directiva 2014/24/UE señala que «es preciso aclarar que el elemento decisivo es únicamente la participación privada directa en la persona jurídica controlada». Por consiguiente, una participación indirecta no afecta a la técnica del medio propio. En personificaciones jurídico-públicas, donde no existe accionariado, la participación de un privado no excluye la consideración de medio propio<sup>13</sup>.

En definitiva, criterios todos ellos, que deben darse de forma acumulativa para encontrarnos ante un medio propio. Resultando que la consideración de medio propio debe ser examinada y aplicada desde una perspectiva restrictiva [STJUE de 11 de mayo de 2006 (Carbotermo)] y la carga de la prueba de que existen esas circunstancias especiales que justifican la excepción de aplicación de la normativa de contratos incumbe a quien pretende beneficiarse de ella (STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*, y STJUE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*), y no se debe afectar al principio de libre competencia.

<sup>12</sup> Al respecto, el TJUE llega a la conclusión *supra* referida a: en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios, se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado de una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta (apdo. 50). En segundo lugar, que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados...ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa con una ventaja en relación con sus competidores (apdo. 51).

<sup>13</sup> Gimeno Feliu (2020b, p. 28); Noguera de la Muela (2020, p. 242).

## 2.2. La regulación estatal de los encargos a medios propios personificados tras las últimas reformas: breves reflexiones<sup>14</sup>

Tal y como ha advertido Amoedo Souto<sup>15</sup>, los encargos a medios propios personificados constituyen una de las técnicas de gestión administrativa que más controversia ha generado en nuestro derecho público durante los últimos quince años. Su origen se encuentra en la dialéctica existente entre, de una parte, la interpretación que el TJUE hace de las directivas de contratos y, de otra, las prácticas internas. De manera que, la historia de la autoprovisión administrativa es el reflejo de la tensión europea entre el mantenimiento de la autoorganización interna y, el proceso de liberalización de los servicios, promoción de la competencia y armonización de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos<sup>16</sup>.

Es cierto que en la actualidad se ha impuesto una regulación más estricta de los encargos *in house providing* (y de las fórmulas de autoprovisión administrativa en general), tanto a la vista de la regulación comunitaria de la contratación pública (cuarto paquete de directivas de contratos), como de la jurisprudencia del TJUE recaída sobre el tema, y se ha convertido a la Ley de contratos del sector público de 2017 en norma de cabecera del conjunto normativo sobre las formas de gestión directa e indirecta, poniéndose freno al recurso a tales técnicas, por propiciar una huida del Derecho administrativo, o por alterar la libre competencia.

Si bien, cabe poner de relieve también –pese a la mejora regulatoria existente en esta materia–, las deficiencias existentes en la publicación de los encargos a medios propios (Informe anual de la OIReScon de 2020 sobre supervisión de la contratación), así como la necesidad de su planificación; regular de forma expresa la modificación de los mismos; su operativa en situaciones de emergencia; y fortalecer el sistema de control interno entre otros (Informe de 2020 de la IGAE relativo a los resultados de control en materia de contratación pública según el art. 332.11 LCSP al centrarse en tales encargos).

Considero, además, que la Ley de Bases de Régimen Local, concretamente en la gestión directa mediante personificación interpuesta, debe aplicarse coordinadamente con las previsiones de la LCSP sobre los encargos *in house providing*, los cuales se sitúan a caballo entre la potestad de autoorganización que ostentan las Administraciones Públicas y el principio de concurrencia en la adjudicación de los contratos.

Así, de la regulación sustantiva prevista en la LCSP017 (arts. 32 y 33) sobre los encargos a medios propios personificados (que se completa con las previsiones de la LRJSP de 2015), y cuya interpretación debe ser acorde con el derecho europeo, podemos extraer las siguientes consideraciones:

1. El régimen jurídico de los encargos a medios propios personificados que establece la LCSP017 considera a éstos una **técnica autoorganizativa**, y no un negocio excluido. El propio art. 32.1, párrafo 2.º LCSP017 señala: «El encargo que cumplen dichos requisitos, no tendrán la consideración de contrato».
2. La consideración de medio propio personificado se extiende a «personas jurídicas de Derecho público o Derecho privado» (arts. 32 y 33), y cualquier ente considerado medio propio –por cumplir con los requisitos para ser tal– será, en todo caso, poder adjudicador [al respecto, TRAGSA y TRAGSATEC son considerados poderes adjudicadores (disposición adicional 24.8 LCSP017)], no pudiendo, mediante subterfugios formales, huir de las reglas de la contratación pública, a las que deberá sujetarse en las contrataciones que realice (Acuerdo del TARC de Aragón 104/2015, y Resolución del OARC del País Vasco 13/2015).
3. El **objeto del encargo** debe estar dentro de los fines y funciones del medio propio y debe fijarse en sus estatutos. Puede ser objeto de encargo *in house* todo tipo de contratos, incluidas las concesiones (art. 32.1) y para todos los umbrales.
4. Partiendo del marco comunitario que hemos detallado en páginas precedentes sobre los requisitos materiales para ser medio propio personificado, la LCSP lo ha hecho suyo, añadiendo, si bien algunas otras previsiones que de forma somera pasamos a señalar, no sin antes destacar que se contempla una uniformidad en la exigencia de los requisitos materiales a cumplir para tener la condición de medio propio (arts. 32.2 y 33.2), siendo indiferente que sea o no poder adjudicador el ente encomendante por mor de la modificación operada por el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, del art. 33 de la LCSP:

<sup>14</sup> Pueden verse en este sentido, entre otros, y sin ánimo de exhaustividad, los trabajos de Rebollo Puig (2003, pp. 359-393); Amoedo Souto (2004; 2108b, pp. 369-410); Gimeno Feliu (2006, pp. 127-151); Sosa Wagner y Fuertes López (2007); González García (2007); Bernal Blay (2008, pp. 115-138); Noguera De La Muela (2010, pp. 149-190; 2018, pp. 665-709); Fuertes López (2008, pp. 95-98); Gimeno Feliu (2018, pp. 24-32); Alemany Garcías (2017); Díez Sastre y Marco Peñas (2019, pp. 75-112).

<sup>15</sup> Amoedo Souto (2018b, pp. 370-372).

<sup>16</sup> Amoedo Souto (2018a, p. 87).

- Se prevé tanto el **control análogo individual** como **conjunto** (art. 32.2 y 32.4, respectivamente). Ahora bien, será *individual* cuando esa única entidad del sector público-poder adjudicador ejerza una influencia decisiva sobre los «objetivos estratégicos y decisiones significativas» de la persona jurídica controlada (por ejemplo, sobre la aprobación del Plan de Negocios; decisiones sobre modificaciones estructurales; nombramiento de los miembros del Consejo de Administración), añadiéndose una circunstancia determinante de la existencia de tal control análogo: que los encargos sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que realiza el encargo [art. 32.2.a), párrafo segundo LCSP017].
- Cuando el medio propio personificado lo sea respecto de dos o más poderes adjudicadores, independientes entre sí, el control análogo es *conjunto*. Entendiendo que existirá cuando se cumplan las siguientes consideraciones [art. 32.4.a)]:
  - 1.º 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.
  - 2.º 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.
  - 3.º Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.

Requisitos que adolecen de falta de desarrollo (Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público IPN/CNMC/010/15), existiendo una indefinición y ausencia de medios efectivos de control para garantizar que el medio propio no persiga intereses contrarios a los de los entes que le hacen el encargo.
- El criterio del **vínculo de destino**: que la parte esencial de la actividad del medio propio se realice con el ente o entes que lo controlan se concreta en un 80 por 100, lo que supone que el medio propio solo podrá realizar hasta un 20 por 100 de sus actividades con operadores privados (art. 32.2.b).  
 Para el cálculo de este requisito, se tomarán los tres ejercicios anteriores al de la formalización del encargo; y se tendrán en cuenta determinados indicadores como el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable. En el caso de que debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o de reorganización del poder adjudicador, estos indicadores no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio. Criterio éste, que se considera excesivamente vago y fácilmente moldeable, tal como ha puesto de manifiesto la CNMC en el informe *supra* citado, y por ello, se completaba con la previsión de un sistema de control anual *ex post*, debiendo quedar su resultado reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del medio propio, y ser verificado *ex post* por el auditor de cuentas (tal como se contenía en la Circular conjunta de 22 de mayo de 2019 de la Abogacía General del Estado – la Dirección del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado<sup>17</sup>). Pero en la actualidad ha desaparecido de la letra de la LCSP, lo cual resulta criticable al incumplirse con la obligación de transparencia.
- La **titularidad pública de su capital o patrimonio** [art. 32.2.c) LCSP017], es legalmente exigible cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada según dispone la LCSP017 [art. 32.2.c)], con lo que no se incorpora expresamente la posibilidad prevista en la Directiva 2014/24 de que las disposiciones nacionales prevean una participación de capital privado de acuerdo con determinadas condiciones que enuncia el art. 12.1.c).

<sup>17</sup> La Circular recordaba que, a los efectos del cálculo de los requisitos del 80 por ciento, las entidades que sean consideradas medio propio personificado han de informar en la Memoria de cuentas anuales sobre el cumplimiento efectivo de este requisito y el auditor ha de verificarlo en el trabajo de auditoría de las cuentas. Y recuerda que las cuentas anuales elaboradas sobre el ejercicio 2018 serán las primeras en las que existe la obligatoriedad de revelar información en la Memoria respecto al cumplimiento del requisito de actividad y, por ende, las primeras cuentas anuales sobre las que el auditor deberá verificar la misma. El objetivo de la Circular es establecer unas pautas u orientaciones al objeto de cubrir un vacío normativo fruto de la ausencia de un desarrollo reglamentario de la LCSP, en relación a los parámetros a considerar para el cálculo del indicador de actividad.



Si bien la redacción del art. 32.2 no impide la participación privada en los consorcios, personas jurídico-públicas, donde no existe accionariado, y la participación de un privado no excluye la consideración de medio propio. Incluso podría extrapolarse a las fundaciones públicas, previstas en el Libro III del Código Civil de Cataluña, donde en su art. 331-1.1 y 331-2.1 prevé que, cuando las fundaciones se constituyen por personas jurídico-públicas, se exige que conjuntamente lo haga con una persona jurídico-privada. Solo así es posible tal constitución.

5. Para el supuesto de **encargos realizados por entidades pertenecientes al sector público no poderes adjudicadores** (art. 33 de la LCSP), hemos de tener presente también la nueva redacción del art. 33.3. Contamos con una norma especial para las «entidades del sector público estatal» (no entidades del sector público «en general», como dice el art. 33.2) que, sin embargo, podrá ser utilizada por las Comunidades autónomas y ciudades autónomas dentro de cada uno de sus respectivos sectores públicos, donde se refiere al régimen aplicable a las operaciones *in house* horizontales. Esto es, se refiere a casos en que una entidad del sector público estatal realice un encargo a otra del mismo sector, siempre que «la entidad que realice el encargo y la que lo reciba, estén controladas, directa o indirectamente, por la misma entidad de dicho sector y, además, **la totalidad del capital social o patrimonio de la entidad destinataria del encargo sea de titularidad pública**» (la negrita es nuestra). Ya no se dice «siempre que una de ellas, ya sea la que realiza el encargo o la que lo recibe, ejerza el control de la otra, o participe directa o indirectamente en el capital social». Por tanto, las posibilidades se multiplican.

Además, para el cálculo del requisito del 80 por ciento, ya no se contempla que se ha de tener en cuenta el conjunto de todas las actividades que se hagan en el ejercicio de los cometidos que le hayan sido confiados, requisito cuyo cumplimiento debía acreditarse a través de su reflejo en la memoria integrante de las cuentas anuales del medio propio, y verificarse *ex post* por el auditor de cuentas en la auditoría de las cuentas anuales del ente.

6. Se impone que la **compensación** se establecerá **por referencia a tarifas**, directamente ajustadas al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo, obligando a ajustar esas tarifas a precios de mercado. Tratándose así de evitar el uso abusivo de los encargos a medios propios, buscando la obtención de un margen de beneficio que podría ser visto como una ayuda de Estado al medio propio<sup>18</sup>.

7. No basta con cumplir los requisitos materiales previstos en la LCSP017 para poder ser medio propio, se exige también **acreditar de forma inexcusable la existencia de «medios suficientes e idóneos»** para la realización de las prestaciones encomendadas en el sector de actividad que se corresponde con el objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación (art. 86 LRJSP). Pudiéndose así, con tal previsión, evitar incurrir en situaciones de fraude de la regulación de contratos, ya que tal como ha evidenciado el Tribunal de Cuentas en 2016, se ha recurrido en exceso por parte de los entes instrumentales a la subcontratación.

Para recurrir al medio propio el sector público estatal deberá, además, justificar que resulta más eficiente, sostenible y eficaz –aplicando criterios de rentabilidad económica– que la contratación pública, o que resulta necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio (art. 86.2 LRJSP).

Y todo ello se somete a un doble control. De una parte, un control de carácter previo, de manera que a la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el art. 86.2 LRJSP, y deberá ser informada ahora solo en el supuesto de creación de un nuevo medio propio por la Intervención General de la Administración del Estado (art. 86.3 LRJSP tras su modificación por Ley 11/2020, de 30 de diciembre. Y de otra, un control permanente, puesto que la comprobación de la concurrencia de los requisitos más atrás señalados formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos.

Exigencias del art. 86 LRJSP, que por el juego combinado de las Disposiciones finales 4.ª y 1a), devienen básicas y aplicables a todas las Administraciones públicas, a todo el sector público (DF 1.ª y 2.ª LCSP017).

8. Sobre la **subcontratación**, se señala en el art. 32.7 LCSP017, que a los negocios jurídicos que celebren los medios propios en ejecución del encargo recibido, se les aplicarán las reglas siguientes:

- 1.º Se les aplicará la LCSP de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos y, en todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador

<sup>18</sup> Amoedo Souto (2018b, pp. 391-392).



se le aplicará las reglas contenidas para los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas (PANAPS) (Título I del Libro III).

2.º Se limita el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros al 50 por 100 de la cuantía del encargo. Pero dicho límite no se aplicará a:

- «a) Los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión de obras o de servicios.
- b) En los supuestos en los que la gestión de los servicios públicos se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a tal fin.
- c) Ni aquellos en que se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública».

Las letras *b)* y *c)*, a nuestro juicio, hacen referencia a una gestión de servicios públicos descentralizada que se debe canalizar a través de un encargo a medio propio, excepto en el concreto aspecto del porcentaje del encargo que el medio propio de que se trate pueda contratar con terceros. Y si así no fuera, estaríamos abriendo la puerta a la huida del derecho de la contratación del sector público en esta materia, ofreciendo a los entes locales una vía para eludir el derecho de la contratación pública mediante el simple expediente de crear un ente interpuesto (por ejemplo, una sociedad mercantil de titularidad pública) al cual asignar la prestación directa de sus servicios.

9. Exigencia de **publicidad**<sup>19</sup> del medio propio personificado en la Plataforma de Contratación, así como también del encargo formalizado en un documento que se recoge en el art. 32.6 LCSP017, y que resulta de gran importancia a efectos de control de la actividad pública, que es complementaria de lo previsto en el art. 8.1.b) Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno.

Así, 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.

El *encargo* deberá ser objeto de *formalización en un documento* que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente en los supuestos previstos del art. 63.6, que se refiere a que la formalización de encargos a medios propios por importe superior a 50.000€ (excluido IVA) se publicará en el «perfil de contratante».

Además, la información relativa a los encargos de importe superior a 5.000€ se deberá publicar al menos trimestralmente. Y la información que se deberá publicar será, *al menos*: su objeto, duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo, ordenándose los encargos por la identidad del medio propio [art. 63.6 párrafo 2.º LCSP]. El documento de formalización establecerá el plazo de duración del encargo.

Y para el supuesto de *los órganos de las entidades del sector público estatal que sean poder adjudicador, y el importe del encargo sea superior o igual a doce millones de euros*, se necesitará autorización del Consejo de Ministros, que deberá obtenerse antes de la suscripción del encargo por el órgano competente. Una vez obtenida tal autorización, los órganos competentes deberán proceder a la aprobación del gasto y suscripción del encargo. Pues bien, esta exigencia queda suprimida siempre que el encargo se financie con cargo a los fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (art. 55 del Real Decreto-ley 36/2020 para la ejecución del referido Plan).

10. Cabe **recurso especial en materia de contratos** en relación con la formalización de encargos a medios propios cuando éstos no cumplan los requisitos legales [art. 44.2.e) LCSP017], y siempre que el ente encomendante sea un poder adjudicador- Administración pública.

En el caso de que fuese un poder adjudicador no Administración pública, los actos que se dicten en los procedimientos de actuación serán susceptibles de los recursos administrativos de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de 2015 (art. 44.6 LCSP017), y también si se trata de encomiendas que no superen los 100.000 euros (contratos de servicios).

A mayor abundamiento, resulta criticable la desaparición de lo previsto en el art. 32.5 por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021, que contemplaba que el incumplimiento sobrevenido de los requisitos establecidos en los apartados 2 o 4 (medio propio de una única entidad o de dos o más poderes

<sup>19</sup> Gimeno Feliu (2018, pp. 50-51); Noguera De La Muela (2016, pp. 937-957; 2022b, pp. 206-208); Araguás Galcerá (2017).

adjudicadores) comportaba la pérdida de la condición de medio propio y, en consecuencia, la imposibilidad de seguir efectuándole encargos, sin perjuicio de la conclusión de los que estén en fase de ejecución. A nuestro juicio, resulta evidente, de acuerdo con las exigencias del derecho europeo de la contratación pública, que si no se cumplen los requisitos para ser medio propio personificado cuando se realiza el encargo, no cabe tal consideración y, por tanto, tal orden de realización del encargo que podríamos considerar como una adjudicación, deviene contraria a derecho, ilegal y, por consiguiente, su formalización de acuerdo con el art. 44.2.e) es susceptible del recurso especial de materia de contratos. Esto es, una vía de control rápida y eficaz de los encargos a medios propios personificados que en fraude de ley constituyan auténticas adjudicaciones directas de contratos con la consiguiente vulneración del principio de concurrencia y las normas de competencia de la Unión Europea<sup>20</sup>.

Asimismo, destacar también la posibilidad de dotar de eficacia suspensiva a la interposición del recurso especial en materia de contratos contra ese acto de creación del ente destinatario del encargo que sea ilegal por no cumplir los requisitos para ser medio propio personificado, al hacer equivaler tal acto a una adjudicación ilegal, habida cuenta que solo al acto de adjudicación, la literalidad de la LCSP vincula el efecto suspensivo derivado de la interposición del recurso especial. Produciéndose, en consecuencia, con tal ficción, la suspensión automática de tales encargos a medios propios personificados no acordes a Derecho<sup>21</sup>.

11. Un supuesto especial de encargo a medio propio en el ámbito local, lo constituye, a nuestro juicio, la previsión del art. 85.2 de la LBRL, donde la gestión directa mediante la personificación interpuesta o ente instrumental (ya sea EPEL o sociedad mercantil local) debe ajustarse a aquel régimen, tanto porque no contamos con un precepto como el art. 8.2 del Texto refundido de la Ley de Contratos de 2011, que desviaba la gestión directa mediante ente instrumental desde la Ley de contratos hacia la concepción organizativa de la LBRL, como a la vista de lo que recoge el art. 32.7 de la LCSP<sup>017</sup> al introducir una excepción a los límites de la subcontratación impuestos por el art. 32 a los medios propios cuando se trata de gestión directa instrumental, añadiendo una especialidad a la disciplina del medio propio en estos supuestos, que son, en suma, casos de medio propio<sup>22</sup>. De lo contrario, estaríamos abriendo la puerta a los entes locales a que pudiesen eludir la aplicación de la normativa de contratación pública mediante la creación de un ente interpuesto al que asignar la prestación directa de sus servicios, como hemos señalado más atrás.

Además, de acuerdo con diversa normativa local (arts. 85 de la LBRL, 189.2, 211 y 229 del ROAS, y 127.1 del RSCL) el ente gestor directo instrumental del servicio público local no recibe la autoridad oficial ni actúa con autonomía decisoria y financiera, conservando el municipio titular de la competencia, las potestades de dirección y fiscalización, no cumpliéndose con las exigencias perfiladas por el TJUE en su jurisprudencia sobre la transferencia de competencias.

### 3. LA DELIMITACIÓN DE LA COOPERACIÓN HORIZONTAL (CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS)

El recurso al convenio para la gestión conjunta de competencias municipales tiene una serie de límites previstos en la normativa de contratos, y desde la normativa local aparece como la fórmula idónea para la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y la del Estado y de las Comunidades autónomas.

Así, la «cooperación horizontal» es otra de las fórmulas de autoprovisión excepcionada de la aplicación de las directivas de contratación pública, que comporta que el convenio de colaboración quede efectivamente excluido, incluso si su objeto es una prestación propia de un contrato<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Gimeno Feliu (2021, in totum); Hernáez Salguero (2018, p. 659); Franco-García (2018, p. 14); Ezquerro Huerva (2018, p. 7). La posibilidad del recurso especial en este supuesto de encargo a medios propios ya se había aplicado, invocando el efecto directo de las directivas en su relación con los recursos, en el Acuerdo 75/2015 del TACPA.

<sup>21</sup> Ezquerro Huerva (2018, p. 7); Franco-García (2018, p. 14).

<sup>22</sup> En este sentido, Ezquerro Huerva (2018, in totum); Amoedo Souto y Cutrín Domínguez (2020, pp. 159-160); Noguera de la Muela (2020, p. 255). En contra, Vilalta Reixach (2018a, pp. 277), y algunos pronunciamientos como Resolución del TARC catalán 113/2018, de 20 de junio y la Instrucción relativa a la descentralización funcional y a los medios propios del Ayuntamiento de Barcelona (Gaceta Municipal de 30 de julio de 2018).

<sup>23</sup> Así, tal como acertadamente señala Huergo Lora (2017, p. 14), en la Directiva 2014/24/UE «se regula conjuntamente en su art. 12 los encargos a medios propios y los convenios de colaboración y en ninguno de los dos casos exige que su objeto no esté compren-

Paralelo a la figura de los encargos *in house providing* ha corrido la admisión de la cooperación horizontal, produciéndose en ella una flexibilización de los criterios de utilización de los medios propios que incorpora la jurisprudencia Hamburgo. Superándose, por tanto, el enfoque restrictivo, y admitiéndose también lo que el considerando 33 de la Directiva 2014/24 denomina «contratos para la prestación conjunta de servicios públicos<sup>24</sup>».

El art. 12.4 de la Directiva 2014/24/UE (y 17.4 de la Directiva 2014/23/UE) regula la cooperación horizontal, y dispone:

«4. Un **contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva**, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

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

Por tanto, a la vista de la jurisprudencia del TJUE, en especial la Sentencia de 13 de enero de 2005 (As. C-84/03, Comisión vs Reino de España), y las Sentencias de 9 de junio de 2009 (As. C-480/06, caso «Hamburgo») y posteriores, que perfilan el concepto de convenio de colaboración, a saber: las de 19 de diciembre de 2012 (As. C-159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce); 13 de junio de 2013 (As. C-386/11, Piepenbrock); y 21 de diciembre de 2016 (As. C-51/15, Remondis 1), (y no tanto en lo recogido en la Directiva 2014/14/UE), en el art. 6.1 LCSP017, (que complementa al art. 47 de la Ley 40/2015), se regula los convenios, al establecer que «quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) *Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.*
- b) *Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.*
- c) *Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público».* Sobre lo aquí previsto nos detendremos más adelante.

### 3.1. Requisitos de la cooperación horizontal fijados por la jurisprudencia del TJUE: caso *ISE-Colonia* y caso *Remondis*

Igual que sucede con los encargos a medios propios, es necesario la concurrencia de una serie de requisitos apuntados tanto por el Parlamento europeo como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

*dido en el de los contratos regulados en ella. Implícitamente se reconoce lo contrario, puesto que si su objeto no estuviera comprendido en el de los contratos regulados en la Directiva no tendría sentido que en ésta se dispusiera que los encargos o convenios no están sometidos a ella cuando cumplan ciertos requisitos, puesto que no lo estarían en ningún caso».*

<sup>24</sup> Amoedo Souto (2018a, p. 85); Villar Rojas (2017, pp. 5-18).

para que no se apliquen las normas de contratación, requisitos que podemos agrupar en función de su naturaleza subjetiva, objetiva, así como teleológicos<sup>25</sup>.

### 3.1.1. Requisito subjetivo: celebrado exclusivamente por poderes adjudicadores

En el supuesto de la cooperación horizontal, (a diferencia de lo que se venía recogiendo en la primera jurisprudencia del TJUE, en las Directivas, y concretamente en el considerando 46 de la Directiva 2014/23/UE) no se requiere que la composición de las entidades participantes sea exclusivamente pública, cuando expresamente se declara: «*También debe aclararse que los poderes o entidades adjudicadores tales como los organismos de Derecho público que puedan tener una participación de capital privado deben estar en condiciones de hacer uso de la excepción de cooperación horizontal*». Por tanto, lo importante es que **se trate de poderes adjudicadores**, resultando **indiferente que se dé participación de capital privado en los mismos**<sup>26</sup>, aunque debe quedar acreditado que ese partícipe privado, no obtiene ningún beneficio derivado de esa cooperación, como podría ser obtener mayores dividendos (pensemos, por ejemplo, en sociedades mercantiles de economía mixta con una participación minoritaria privada).

Asimismo, cabe hacer también una matización que, aunque no recogida de forma expresa en la Directiva 2014/24/UE (art. 12.4), sí de alguna manera está prevista en su considerando 33, y en la jurisprudencia previa al caso *ISE-Colonia*. En la sentencia sobre este caso, se señala que ellos de forma clara e inequívoca, establecen que no es suficiente con que en el negocio jurídico participen únicamente poderes adjudicadores, sino que **existe una prohibición de favorecer a una empresa privada respecto de sus competidores**. Por tanto, tal requisito debe ser también aplicado.

En este sentido, en *ISE-Colonia* se resalta como el Land de Berlín cedió gratuitamente y de forma permanente al Ayuntamiento de Colonia, el software «IGNIS Plus» para la gestión de las intervenciones del cuerpo de bomberos en las actividades de extinción de incendios, salvamento de urgencia y protección civil, y asistencia técnica. Las partes se obligaron, además, a cederse mutuamente y de forma gratuita, los futuros desarrollos del software. Pues bien, el mencionado software lo había adquirido el Land de Berlín de una empresa privada, y los contratos para la adaptación futura del software estaban reservados a esa misma empresa. A la vista de ello, el TJUE considera que no estamos ante una cooperación horizontal legítima, por cuanto ese negocio jurídico entre poderes adjudicadores beneficiaría a una empresa privada.

### 3.1.2. Requisito objetivo: «misión de servicio público común»

A este respecto se establece que los poderes adjudicadores participantes en la cooperación, desarrollen la misma con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten con miras a **alcanzar los objetivos que tienen en común** [art. 12.4.a) Directiva 2014/24/UE y 17.4.a) Directiva 2014/23/UE]. Este es un aspecto clave, lo decisivo es la voluntad de colaborar en el funcionamiento conjunto de un asunto público, las prestaciones y compensaciones que se asuman por cada una de las partes intervinientes quedan en un segundo plano.

Es esencial, por tanto, identificar la «**misión de servicio público común a las mismas**» (STJUE de 9 de junio de 2009, caso Hamburgo) (los poderes adjudicadores que cooperan, deben definir «en común sus necesidades y las soluciones que hayan de aportarse» y tener «estrategia común para los socios de dicha cooperación», *Remondis 2*), y el TJUE así lo ha declarado, identificando como tal a la eliminación de residuos, la gestión de redes y los servicios de teledistribución locales (SSTJUE de 13 de noviembre de 2008 y de 9 de junio de 2009<sup>27</sup>). La actividad a desarrollar «puede abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y responsabilidades que hayan sido asignadas a los poderes participantes o que estos hayan asumido, como las tareas obligatorias o facultativas de las autoridades locales o regiona-

<sup>25</sup> A este respecto, Bernal Blay (2011, pp. 367-374); Santiago Iglesias (2018b, pp. 107-109; 2018a, pp. 639-642); Fernández Acevedo (2018, pp. 294-306); Vilalta Reixach (2018b, pp. 325-368); Navarro Manich (2022, pp. 119-130).

<sup>26</sup> Villar Rojas (2017, pp. 9 y 13); Santiago Iglesias (2018b, p. 107).

<sup>27</sup> Villar Rojas (2017, p. 10), donde señala que hay muchas más, resultando patente en un Estado descentralizado y se refiere expresamente a «las competencias en materia de recogida, traslado, tratamiento y valorización de residuos, de la concurrencia entre los distintos transportes públicos regulares de viajeros o de la estructura de red de suministro de agua desde su producción en alta pasando por su transporte, hasta el abastecimiento domiciliario de agua potable, por mencionar clásicos servicios públicos en los que la intervención local es patente».



les o los servicios conferidos a organismos específicos de Derecho público. Los servicios prestados por los distintos poderes participantes **no han de ser necesariamente idénticos; también pueden ser complementarios**» (considerando 33 de la Directiva 2014/24/UE). Así, en iguales términos se recoge en la Directiva 2014/23/UE en cuyo considerando 47 se dice que, «mientras se hayan contraído compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate, no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales». Luego hay que definir cuál es la contribución que realizará cada poder adjudicador, pero no es necesario contribuir exactamente igual.

Sobre ello, se pronunció nuevamente el Tribunal de Luxemburgo en la Sentencia de 28 de mayo de 2020 (As. C-796/18, ISE-Colonia) en la que se planteaba la cuestión del ámbito de la cooperación horizontal, donde considera que el mencionado art. 12.4 debe interpretarse en el sentido de que «una cooperación entre poderes adjudicadores puede quedar excluida del ámbito de aplicación de las normas de contratación pública previstas en la Directiva 2014/24/UE cuando tal cooperación recaiga sobre actividades de apoyo a los servicios públicos que han de prestar, incluso de forma individual, cada uno de los socios de esta cooperación, siempre y cuando tales actividades de apoyo contribuyan a la realización efectiva de los referidos servicios públicos» (párrafo 62). Autorizando, además, el referido precepto indistintamente a los poderes adjudicadores participantes a realizar bien sea conjuntamente o bien individualmente cada uno de ellos, una misión de servicio público, siempre que su cooperación permita alcanzar los objetivos que tienen en común (párrafo 58).

Posteriormente, en la Sentencia de 4 de junio de 2020, As. C-429/19, caso *Remondis 2*, el TJUE da un paso más en este camino de la distinción entre el concepto de «cooperación» y un contrato público ordinario, al afirmar que en la cooperación horizontal, «la preparación de un acuerdo de cooperación presupone que las entidades del sector público que se proponen celebrar tal acuerdo **definan en común** sus necesidades y las soluciones que hayan de aportarse. En cambio, tal fase de evaluación y de definición de las necesidades es, por regla general, **unilateral** en el marco de la adjudicación de un contrato público ordinario. En este último supuesto, el poder adjudicador se limita, en efecto, a convocar una licitación en la que se mencionan las especificaciones que él mismo ha adoptado» (párrafo 33). Así, «la existencia de una cooperación (...) se basa en una estrategia común para los socios de dicha cooperación, y requiere que los poderes adjudicadores unan sus esfuerzos para prestar servicios públicos» (párrafo 34).

Además, el TJUE añade que «la participación conjunta de todas las partes del acuerdo de cooperación es indispensable para garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan y que este requisito no puede considerarse cumplido cuando la única contribución de algunos cocontratantes se limita a un simple reembolso de gastos (...)» (párrafo 29). Si así fuera, no podría establecerse «ninguna diferenciación entre la “cooperación” y un “contrato público” que no esté cubierto por la exclusión prevista en el art. 12.4 de la Directiva 2014/24/UE (párrafo 30)».

### 3.1.3. *Requisitos teleológicos: objetivo de interés público. Actividad de mercado marginal*

Desde el punto de vista teleológico, se viene exigiendo por jurisprudencia reiterada del TJUE (SSTJUE de 8 de junio de 2005, caso *Hamburg*; de 13 de junio de 2013, caso *Piepenbrock*; de 19 de diciembre de 2012, caso *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*; de 21 de diciembre de 2016, caso *Remondis 1*; y ya recientemente la STJUE de 28 de mayo de 2020, As. C-796/18 caso *ISE-Colonia*; y STJUE de 4 de junio de 2020, As. C-429/19, caso *Remondis 2* que la cooperación «**se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público**» [arts. 12.4.b) de la Directiva 2014/24/UE y 17.4.b) de la Directiva 2014/23/UE]. Exigencia, que enlaza con lo anteriormente apuntado sobre esa voluntad de cooperar en el funcionamiento de un asunto público del que son responsables los participantes y en el que confluyen con unos objetivos en común. Ese objetivo de interés público debe, además, guiar a todos y cada uno de los poderes adjudicadores participantes en la cooperación.

Asimismo, para que la cooperación interadministrativa horizontal pueda quedar excluida del ámbito de aplicación de las directivas de contratos debe proyectarse sobre actuaciones «fuera de mercado», esto es, **que su objetivo principal no puede ser de naturaleza mercantil**<sup>28</sup>. Y, efectivamente, pasa a tener tal consideración, quedando, por tanto, sujeto a las normas de contratación pública, cuando se da una condición

<sup>28</sup> Bernal Blay (2011, pp. 370-371), destacaba la importancia de no confundir «fuera de mercado» con otro concepto de alcance distinto, como es el de ausencia de «vocación de mercado». Y afirma que «podría decirse que una actuación tiene “vocación de mercado” cuando la prestación en que consiste está disponible en el mercado, ofertada por operaciones privadas que compiten en el mismo



complementaria prevista en las directivas de contratos [art. 12.4.c) de la Directiva 2014/24/UE, y 17.4.c) de la Directiva 2014/23/UE, a *sensu contrario*]: que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto más del 20 % de las actividades objeto de la cooperación.

Sobre el cálculo de la regla del 20 % se emplean iguales parámetros que para los encargos *in house*. Se tendrá en cuenta el volumen de negocio total u otro indicador alternativo (como los gastos soportados por el ente público en relación con los servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato) de cada poder adjudicador relacionado con la actividad de que se trate. Por tanto, la actividad de mercado debe ser marginal, y la cooperación horizontal carecer de vocación de mercado.

Finalmente, otra cuestión a considerar en relación con el criterio de interés público que debe guiar la cooperación, es si caben transferencias financieras entre las partes, que el TJUE ha admitido cuando puedan constituir la compensación o reembolso de los gastos generados por las tareas asumidas<sup>29</sup>, y que el considerando 33 de la Directiva 2014/24/UE parece admitir, al afirmar: «la cooperación debe estar basada en un *concepto cooperador*. Mientras se hayan contraído compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate, no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales. Además, la ejecución de la cooperación, incluidas “todas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes”, debe únicamente regirse por consideraciones de interés público».

### 3.2. Los convenios de cooperación horizontal en el ordenamiento jurídico español: los arts. 47 LRJSP y 6.1 LCSP017

La celebración de convenios entre entidades del sector público, es una manifestación de la capacidad para realizar acuerdos como resultado de la cooperación intersubjetiva, cuyo ejercicio la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (arts. 47 a 53) ha sometido a una serie de reglas con el propósito de llenar de contenido ciertas lagunas detectadas (Dictamen Tribunal de Cuentas n.º 878, 30 de noviembre 2010).

Resulta de interés en esta ocasión, la referencia contenida en el art. 47.1 LRJSP *in fine* cuando dispone «los convenios **no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos** (la negrita es nuestra). En tal caso, su naturaleza y régimen se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público», que enlaza con el *objeto* de la relación convencional entre entes del sector público recogido en el art. 6.1 de la LCSP017.

Disponiéndose expresamente en el art. 6.1, la exclusión de la LCSP017 de aquellos convenios cuyo «*contenido* no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales», y además concurren tres condiciones: a) que las entidades intervinientes no tengan vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 % de las actividades objeto de colaboración (cuyo cálculo se detalla en el mismo precepto); b) que el convenio desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común; y c) que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

De la lectura del mencionado precepto, se deduce que el legislador español ha optado por la interpretación más restrictiva de las posibles a la luz de las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE, al emplear el criterio del objeto del negocio jurídico para determinar su inclusión en el ámbito de aplicación de la normativa de contratos del sector público. Limitación a la posibilidad de celebrar convenios de colaboración entre entes públicos por razón del objeto contenida en la LCSP017, que salvo en la STJUE de 13 de enero de 2005 (As. C-84/03 Comisión vs Reino de España) no se recoge en ningún otro pronunciamiento del TJUE (caso Hamburgo, caso Azienda Sanitaria Locale di Lecce, caso Piepenbrock, caso ISE-Colonia, caso Remondis 1 y Remondis 2) ni en las Directivas de contratación (Directiva 2104/24/UE y Directiva 2014/23/UE), de cuya letra no se deduce que queden excluidos de su aplicación los convenios cuyo contenido coincide con los contratos del sector público, pero a los que sí se les exige cumplan con los requisitos del art. 12.4 de la Directiva 2014/24/UE (art. 17.4 de la Directiva 2014/23/UE) en aras de que se produzca una verdadera

al perseguir objetivos comerciales iguales o parecidos y utilizando los mismos instrumentos. La cooperación exenta de la aplicación de las normas de contratación no debe incluir este tipo de actuaciones».

<sup>29</sup> Sobre ello, Huergo Lora (2020) considera que a la vista de la letra del considerando 33 de la Directiva 2014/24/UE, donde recoge un concepto amplio de cooperación horizontal, «parece deducirse que es admisible un convenio en el que una de las partes realice una prestación, y la otra realice una transferencia financiera (...)»; Quintana López (2018, p. 1706).

cooperación y a los que ya nos hemos referido. Diría más, en ningún caso, ni para los encargos a medios propios ni para los convenios de colaboración el art. 12 exige que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en la Directiva 2014/24/UE<sup>30</sup>.

Luego, la cooperación horizontal prevista en el Derecho comunitario, no ha sido transpuesta efectivamente a nuestro ordenamiento jurídico a la vista de la letra del art. 6.1 LCSP017.

Ante ello hay quien aboga por interpretar el art. 6.1 con arreglo a la Directiva 2014/24, y aplicarla en sus términos, de manera que se pueda excluir la aplicación de la normativa de contratación pública a convenios que tengan por objeto prestaciones contractuales reguladas en la LCSP<sup>31</sup>. Y otros, entienden que habría que modificar el art. 6.1 para adaptarlo a la letra de la Directiva 2014/2, aunque debería admitirse la cooperación horizontal cuyo objeto sea el propio de un contrato público, puesto que, en caso contrario, ningún sentido tendría que las directivas de contratación se ocupasen de ella<sup>32</sup>.

En suma, parece ser que, para la determinación de la naturaleza convencional o contractual de un negocio jurídico será necesario atender a la *causa* del mismo, haciendo especial hincapié en la relevancia del cumplimiento de una «misión de servicio público común a las partes», en expresión del TJUE, debiéndose, al formalizar el convenio, concretar expresamente los objetivos de interés público compartidos que se persiguen con su suscripción, según se desprende del art. 50.1 LRJSP que prevé que «será necesario que el convenio se acompañe de una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad<sup>33</sup>.

#### 4. LA GESTIÓN DIRECTA ASOCIATIVA: CASO AYUNTAMIENTO DE COLLBATÓ-CONGIAC-GIACSA (SENTENCIA DEL TSJ DE CATALUÑA NÚM. 3661/2020, DE 21 DE SEPTIEMBRE)

Con esta fórmula se está aludiendo a la atribución de la prestación de servicios públicos locales a entes asociativos, ya sea en forma privada (sociedades participadas íntegramente por varios entes locales) o pública (mancomunidades o consorcios), de manera que se ven implicados varios entes territoriales competentes y, por ello, ámbitos territoriales diversos. Llegándose incluso a la denominada «gestión directa asociativa mediante contratación *in house*», tal y como se ha hecho referencia en la importante Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 5.ª) núm. 3661/2020, de 21 de septiembre<sup>34</sup>, que ha devenido firme al inadmitirse por el Tribunal Supremo, sendos recursos de casación interpuestos contra ella mediante Providencia de 7 de octubre de 2021.

Es éste uno de los más relevantes pronunciamientos en materia de cooperación horizontal dictados en nuestro país<sup>35</sup> donde este modo de gestión directa asociativa se articula en dos fases sucesivas: la de coo-

<sup>30</sup> Huergo Lora (2017, p. 14), considera que cuando el convenio cumple los requisitos recogidos en el art. 12.4, los poderes adjudicadores podrán celebrarlo (orillando así la legislación de contratos, que les obligaría a licitar un contrato abierto a la participación de terceros), aunque su objeto esté comprendido en el de los contratos regulados por la Directiva (es decir, los contratos típicos). Esto, aunque no lo dice la Sentencia, resulta evidente si acudimos a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y a la propia razón de ser de la norma. Si el objeto de un convenio no se corresponde con el de ningún contrato sujeto a la Directiva, ésta no se aplica, sencillamente, y por lo tanto, el convenio se puede celebrar sin que se le pueda poner cortapisa alguna (por ejemplo, la del 20 %). Si el TJ ha tenido que pronunciarse (con el resultado de crear esta figura ahora recogida en la Directiva) es porque los convenios en cuestión tenían el mismo objeto que contratos sujetos a la Directiva, lo que planteaba la duda de si eran válidos o si, por el contrario, no podían celebrarse porque con ello se eludía la aplicación de los procedimientos de licitación de la Directiva. Por lo tanto, es «de esencia» a la figura del convenio recogida en la Directiva y ahora también en el art. 6 del Proyecto de Ley, que su objeto pueda corresponderse con el de algún contrato regulado en la Directiva y en la Ley española que la transpone. De hecho, el contrato que dio lugar a la Sentencia de 9 de junio de 2009 recogía una cooperación horizontal relativamente compleja entre Administraciones locales de distinto ámbito en el sector de la gestión de residuos, pero de la que puede afirmarse que, si no hubieran podido celebrar el convenio, todas o algunas de esas Administraciones habrían tenido que licitar contratos sujetos a la Directiva para solucionar el problema de gestión de residuos». En el mismo sentido, Vilalta Reixach (2016, p. 109); Quintana López (2018, p. 1712); Santiago Iglesias (2018a, pp. 656-657).

<sup>31</sup> Villar Rojas (2017, pp. 9-13).

<sup>32</sup> Huergo Lora (2020, in totum).

<sup>33</sup> Gimeno Feliu (2020b, p. 34); Santiago Iglesias (2018b, p. 111); Quintana López (2018, p. 1712); Amoedo Souto (2018a, pp. 114-115), donde afirma que «lo decisivo para distinguir el convenio del contrato es no por el objeto –tarea ardua, sino imposible en muchos casos–, sino por su causa no onerosa...»; Villar Rojas (2017, p. 9); Huergo Lora (2017, p. 18).

<sup>34</sup> A ello se han referido Arimany Lamoglia (2022, p. 112); Noguera de la Muela (2022a, pp. 56-59); Navarro Manich (2022, pp. 139-143); Grau i Arnau (2022, pp. 185-193). Con anterioridad a la Sentencia citada supra resulta de interés el Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya n.º 29/2020, de 30 de enero (caso Calaf-Aigües de Manresa, SA).

<sup>35</sup> En relación con este sistema CONGIAC-GIACSA, se ha dictado también la Sentencia núm. 1774/2021, de 22 de abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 5.ª). Asimismo, resulta de interés, la Sentencia 114/2020, de 4 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sección 1.ª).

peración horizontal, a través de la incorporación del Ayuntamiento de Collbató a un consorcio, Consorci per a la Gestió Integral de l'Aigua de Catalunya (CONGIAC<sup>36</sup>), y la de cooperación vertical, mediante la gestión del servicio por un medio propio del CONGIAC, que es la sociedad anónima de capital público, Gestió Integral d'Aigües de Catalunya, SA (GIACSA), que no contaba con medios suficientes para la ejecución del encargo, recurriendo a la subcontratación sistemática.

Así, el CONGIAC promovía que los ayuntamientos catalanes se adhiriesen al consorcio y, además, encargasen a GIACSA la gestión del servicio municipal de abastecimiento de agua sin licitación pública y, por tanto, de forma directa. Así operó el Ayuntamiento de Collbató.

Ante la falta de medios personales y materiales por parte de GIACSA para llevar a cabo la gestión del servicio de abastecimiento de agua en el municipio de Collbató, se encargó la gestión de este servicio a uno de sus accionistas: Aigües de Vilafranca, SA. Ahora bien, el Ayuntamiento de Collbató no tenía relación ninguna con Aigües de Vilafranca, SA.

A la vista de lo antedicho, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó que no se trataba de un supuesto de cooperación horizontal genuina. Para ello, parte de un dato fundamental, que evidencia que el CONGIAC estaba formado por una tipología distinta de entes consorciados. De una parte, los municipios que tienen más de 20.000 habitantes (Manresa, Mataró, Vilafranca del Penedès, Reus y Prat del Llobregat), que no gestionaban sus respectivos servicios de abastecimiento de agua mediante el CONGIAC y GIACSA, sino a través de sus propias sociedades municipales (a su vez, miembros del CONGIAC y accionistas de GIACSA). Y, de otra, municipios (entre los que estaba Collbató), de menos de 20.000 habitantes, que acuden al sistema CONGIAC-GIACSA para la gestión de sus servicios municipales de abastecimiento.

Luego, tal como señala el Tribunal, los fines perseguidos por los dos grupos de entidades locales no son los mismos. Por ello, «los municipios de más población, con sociedades de aguas propias, carecen de interés alguno en la prestación de este servicio; el único interés que se puede identificar en este caso, sería el de mercado, o participación en la gestión del ciclo integral del agua de los municipios menores por medio de sus sociedades municipales, siquiera sea indirectamente a través de la empresa GIACSA, de la que son accionistas».

Por esta razón, el Tribunal concluye en la Sentencia que, todos los participantes en la cooperación no están persiguiendo un fin común. Y considera que la fórmula asociativa utilizada en el caso, no concuerda con la definida en el art. 269 de la Ley Municipal y Régimen Local de Cataluña, y arts. 312 y ss. del ROAS como instrumento de cooperación horizontal interadministrativa, puesto que no se constituye para la gestión en común de los servicios de suministro de agua de todos los consorciados sino únicamente de una parte de ellos (los ayuntamientos «menores» sin sociedad propia) que son prestados por una empresa mercantil pública (GIACSA), donde las sociedades mercantiles de los municipios «mayores» consorciados son mayoritarias en su accionariado.

Por tanto, no hay una cooperación horizontal en los términos establecidos legalmente, pues no hay gestión compartida de los servicios de los consorciados, sino que hay un convenio entre municipios con sociedades prestadoras del servicio y municipios receptores que se instrumentaliza por medio de la sociedad GIACSA, como adjudicataria directa de los servicios que, a su vez, instrumentaliza su prestación a través de las propias empresas que componen su accionariado a quienes subcontrata o encomienda los servicios.

En este sentido, ésta no es la fórmula de gestión compartida por medio de consorcios a que se refiere el art. 26.2 de la LBRL para municipios de menos de 20.000 habitantes. Ello no implica negar que la fórmula utilizada pudiera tener encaje en el precepto, dado su carácter abierto, pero es indudable que lo que no puede justificar es la excepción a la licitación derivada de la utilización de un medio propio instrumental de esta entidad asociativa, que realmente no tiene esa naturaleza.

En definitiva, no hay misión de servicio público común, ya que el sistema de gestión directa asociativa CONGIAC-GIACSA no es una cooperación para gestionar conjuntamente los servicios de todos los municipios, y al no concurrir los requisitos de la cooperación horizontal, se quiebra el principio de competencia. Resultando además, destacable, que GIACSA y sociedades municipales participantes en su accionariado

<sup>36</sup> Este Consorcio fue promovido por los ayuntamientos de Manresa, Mataró, Vilafranca del Penedès, Reus y el Prat de Llobregat, y las respectivas sociedades públicas municipales de esos ayuntamientos para la gestión del servicio de abastecimiento de agua (Aigües de Manresa, SA, Aigües de Mataró, SA, Aigües de Vilafranca, SA, Aigües de Reus, SA, y Aigües del Prat de Llobregat, SA). Todos ellos son miembros del CONGIAC, que constituyó una sociedad mercantil para que fuese su medio propio: Gestió Integral d'Aigües de Catalunya, SA (GIACSA). La titularidad del capital social de GIACSA se distribuye entre el CONGIAC (41,529 por 100 de las acciones), y las mencionadas sociedades municipales (11,694 por 100 de las acciones, cada una de ellas).

tienen vocación de mercado, y existía una voluntad de expandir el sistema CONGIAC-GIACSA, y así el ámbito de actividad de las sociedades municipales sin tener que competir.

Así, el tribunal concluye que el acuerdo impugnado es contrario a Derecho y afecta al principio de libre competencia, al adoptar un sistema de gestión directa asociativa que no cumple los requisitos para la utilización de medios propios.

La gestión asociativa quiebra desde el momento en que CONGIAC no satisface ninguna necesidad de gestión del servicio a los ayuntamientos de mayor dimensión, que cuentan con sus propias empresas municipales de aguas. Por tanto, no es una fórmula de gestión compartida a través de consorcios a la que se refiere el art. 26.2 de la LBRL, sino que se presenta como un servicio que se presta de forma mancomunada por los municipios de mayor dimensión a los «menores» (que tienen menos de 20.000 habitantes).

En cuanto a la cooperación vertical a través de la sociedad GIACSA, medio propio de CONGIAC, el Tribunal analiza si GIACSA pudiera tener tal condición de medio propio respecto del Ayuntamiento de Collbató. Y descarta tal posibilidad, puesto que éste no tiene participación alguna en el accionariado de GIACSA, de manera que el control análogo debía tenerlo por medio del Consorcio del que forma parte, y pese a las últimas matizaciones del TJUE en el caso *Porin* en relación al control análogo conjunto, más atrás señaladas, tampoco cumple el mismo por cuanto no ejerce una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes y, por tanto, un control efectivo, estructural y funcional sobre el medio propio; esto es, GIACSA, que, por otra parte, no cuenta con medios suficientes para la ejecución del encargo y que recurre a la subcontratación sistemática, tal como hemos indicado más atrás, y realiza lo esencial de su actividad solo con algunos de los entes territoriales consorciados, los de menor dimensión.

Además, se aprecia la vocación de mercado tanto en la onerosidad de la relación, como también en el carácter abierto de CONGIAC en el ámbito geográfico y material. En este caso, GIACSA se presenta con vocación de mercado, y no cumple los requisitos de control análogo y actividad necesarios para ser considerada medio propio del Ayuntamiento de Collbató, tal como se establece en el art. 24.6 TRLCSP.

La transferencia de competencias entre autoridades públicas está excluida de la Directiva de contratos, siempre y cuando esa transferencia voluntaria de competencias tenga su origen en la Ley, como se dijo en el caso *Porin Linjat*, pero en este caso, no se ajusta a los requisitos exigidos en el art. 26.2 LBRL, ni a los del art. 269 del Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, de 28 de abril de 2003 (TRLMLRC) en cuanto a la naturaleza asociativa de los consorcios.

En suma, hemos visto distintas técnicas de autoprovisión administrativa, comportan una restricción del mercado de la contratación pública en el ámbito de los servicios públicos locales que únicamente puede darse en el marco de una adecuada aplicación del derecho rector de la contratación pública.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alemaný Garcías, J. (2017). *Los encargos a sociedades mercantiles de capital íntegramente público como medios propios en la legislación actual*. Atelier.
- Amoedo Souto, C. A. (2004). *TRAGSA: medios propios de la Administración y huida del derecho administrativo*. Atelier.
- Amoedo Souto, C. A. (2018a). En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos. *Revista de Administración Pública (RAP)*, (205), 81-129. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.205.03>
- Amoedo Souto, C. A. (2018b). Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo? En J. M. Gimeno Feliu (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público* (pp. 369-410). Aranzadi Thomson Reuters.
- Amoedo Souto, C. A. y Cutrín Domínguez, M. (2019). El impacto de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, en la gestión directa de los servicios públicos locales a través de medios propios. *Revista de Administración Pública (RAP)*, (210), 393-432. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.14>
- Araguás Gálcerà, I. (2017). Los límites al acceso a la información en el ordenamiento jurídico español. Su tratamiento en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y en la legislación autonómica de transparencia. En VV.AA., *Los límites al derecho de acceso a la información pública* (pp. 21-36). INAP.
- Arimany Lamoglia, E. (2005). Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales (crónica de la Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/03, Parking Brixen GmbH). *Cuadernos de derecho local (QDL)*, (9), 48-64. [http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/235/qdl09\\_07\\_est04\\_arimany.pdf?sequence=3&isAllowed=y](http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/235/qdl09_07_est04_arimany.pdf?sequence=3&isAllowed=y)



- Arimany Lamoglia, E. (2020). Gestión directa y descentralizada de servicios públicos locales: encargo a medio propio o transferencia de competencias. *Revista de Administración Pública (RAP)*, (213), 141-178. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.07>
- Arimany Lamoglia, E. (2022). Gestión directa y descentralizada de servicios públicos locales: encargo a medio propio o transferencia de competencias. En B. Noguera de la Muela, E. Arimany Lamoglia, S. Grau; J. A. Navarro (auts.), *La autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos* (pp. 69-112). Marcial Pons.
- Bernal Blay, M. A. (2011). La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos. En J. M. Gimeno Feliu (coord.), *La organización local: nuevos modelos* (pp. 361-376). Thomson Civitas.
- Bernal Blay, M. A. (2008). Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones «in house». Comentario a la STJUE de 19 de abril de 2007. *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, (137), 115-138.
- Díez Sastre, S. y Marco Peñas, E. (2019). La reestructuración del sector público a partir de la normativa de contratación pública y disciplina presupuestaria. *Revista CEFLegal*, (223-224), 75-112.
- Esteve Pardo, J. (2015). La Administración garante. Una aproximación. *Revista de Administración Pública (RAP)*, (197), 11-39. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.197.01>
- Ezquerria Huerva, A. (2018, 30 de septiembre). La gestión directa de los servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos. *Observatorio de Contratación Pública*. <https://www.obcp.es/opiniones/la-gestion-directa-de-servicios-locales-mediante-personificacion-interpuesta-una-potestad>
- Fernández Acevedo, R. (2018). Negocios y contratos excluidos. En J. M. Gimeno Feliu (dir.), *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público* (pp. 281-323). Aranzadi Thomson Reuters.
- Franco-García, M. A. (2018). Propósitos y despropósitos sobre los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios instrumentales en la Ley de contratos del sector público. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas* (Sección Reflexiones), (154), 6-18.
- Fuertes López, M. (2008). Tragsa es de casa (Comentario a la STJUE de 19 de abril de 2007). *Noticias de la Unión Europea*, (287), 95-98.
- Gallego Córcoles, I. (2014). Las relaciones «contractuales» entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública. En M. Almeida e I. Martín (coords.), *La nueva contratación pública. Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (pp. 111-136). Campus na nube. [https://obcp.es/sites/default/files/documentos/documentos\\_La-nueva-contratacion-publica\\_e813ae7b.pdf](https://obcp.es/sites/default/files/documentos/documentos_La-nueva-contratacion-publica_e813ae7b.pdf)
- Gallego Córcoles, I. (2021). Transferencia de competencias y fórmulas de cooperación horizontal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia del año 2020. En J. M. Gimeno Feliu (dir.) y C. Guerrero Manso (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2020* (pp. 449-476). Aranzadi Thomson Reuters.
- Gimeno Feliu, J. M. (2006). *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española: la necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma* (pp. 127-151). Civitas.
- Gimeno Feliu, J. M. (2018). La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente. En VV.AA, *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público* (pp. 47-132). Aranzadi Thomson Reuters.
- Gimeno Feliu, J. M. (2020a). La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad. *Economía Industrial (EI)* (ejemplar dedicado a la contratación pública), (415), 89-97. <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/415/GIMENO%20FELIU.pdf>
- Gimeno Feliu, J. M. (2020b). Las fronteras del contrato público. Depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del derecho europeo. *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, (205), 19-60.
- Gimeno Feliu, J. M. (2021, 4 de enero). *Novedades en materia de contratos del sector público*. *Observatorio de Contratación Pública*. <https://obcp.es/noticias/novedades-en-materia-de-contratos-del-sector-publico>
- González García, J. (2007). Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación. *Revista de Administración Pública (RAP)*, (173), 217-237. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-173-mayoagosto-2007/medios-propios-de-la-administracion-colaboracion-interadministrativa-y-sometimiento-la-normativa-2>
- Grau i Arnau, S. (2022). Decisiones de las Administraciones públicas relativas a la gestión de los servicios públicos desde la perspectiva de política de competencia. En B. Noguera de la Muela, E. Arimany Lamoglia, S. Grau; J. A. Navarro (auts.), *La autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos* (pp. 147-205). Marcial Pons.
- Hernández Salguero, E. (2018). El nuevo objeto del recurso especial en materia de contratación. En J. M. Gimeno Feliu (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público* (pp. 639-666). Aranzadi Thomson Reuters.
- Hernández González, F. L. (2020, 25 de junio). Comentario de la STJUE 18/06/2020, Porin Kaupunki C-328/19: Convenio de colaboración (Transferencia de competencias) para la prestación de servicios de transporte y posterior adjudicación del servicio a una «entidad vinculada» (adjudicación in house). *Observatorio de*



- Contratación Pública*. <https://www.obcp.es/index.php/opiniones/comentario-de-la-stjue-18062020-porin-kaupunki-c-32819-eclieuc2020483-convenio-de>
- Huergo Lora, A. (2017). Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos. *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época (REALA)*, (8), 5-26. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i8.10457>
- Huergo Lora, A. (2020, 12 de junio). La cooperación horizontal mediante convenios después de las sentencias ISE y Remondis 2. *Observatorio de Contratación Pública*. <https://www.obcp.es/index.php/opiniones/la-cooperacion-horizontal-mediante-convenios-despues-de-las-sentencias-ise-y-remondis-2>
- Navarro Manich, J. A. (2022). La cooperación horizontal entre poderes adjudicadores como negocio excluido de la Ley de contratos del sector público. En B. Noguera de la Muela, E. Arimany Lamoglia, S. Grau; J. A. Navarro (auts.), *La autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos* (pp. 113-146). Marcial Pons.
- Montoya Martín, E. (2009). *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales* (Serie Claves del Gobierno Local, 9). Fundación Democracia y Gobierno Local. <https://www.gobiernolocal.org/los-medios-propios-o-servicios-tecnicos-en-la-ley-de-contratos-del-sector-publico-su-incidencia-en-la-gestion-de-los-servicios-publicos-locales/>
- Noguera de la Muela, B. (2010). Los encargos «in house» en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria. *Revista de Administración Pública (RAP)*, (182), 159-190. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-182-mayoagosto-2010/los-encargos-house-en-la-ley-de-contratos-del-sector-publico-lcsp-especial-referencia-los-mismos-en-3>
- Noguera de la Muela, B. (2016). La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español. En M. Rebollo Puig, M. López Benítez, y E. Carbonell Porras (coords.), *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al Prof. Luis Cosculluela* (pp. 937-958). Iustel.
- Noguera de la Muela, B. (2018). Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos. En E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (dir.), *Tratado de Contratos del sector público* (pp. 665-709). Tirant lo Blanch.
- Noguera de la Muela, B. (2020). Fórmulas cooperativas de gestión conjunta de los servicios públicos excluidas de la Ley de contratos del sector público: los encargos a medios propios personificados y los convenios interadministrativos. En J. M. Gimeno Feliu, (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2019* (pp. 225-258). Aranzadi Thomson Reuters.
- Noguera de la Muela, B. (2022a). *Los encargos a medios propios personificados como técnica de autoprovisión administrativa, en el sistema jurídico europeo y español de contratación pública. La autoprovisión administrativa en la gestión de servicios públicos* (pp. 21-67). Marcial Pons.
- Noguera de la Muela, B. (2022b). Por una contratación pública transparente y abierta en el marco de los Fondos Next Generation (NG EU): Algunas manifestaciones. En J. M. Gimeno Feliu (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2021* (pp. 183-227). Thomson Reuters Aranzadi.
- Pernas García, J. (2008). *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*. Iustel.
- Quintana López, T. (2018). Sobre los límites objetivos a los convenios de colaboración entre entes del sector público. En especial en la Ley de Contratos del Sector Público. En M. Vaquer Caballería, A. M. Moreno Molina, A. Descalzo González y L. J. Parejo Alfonso (coords.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso* (pp. 1697-1715). Tirant lo Blanch.
- Razquín Lizárraga, J. A. (2009). Las encomiendas a entes instrumentales en la legislación foral de contratos públicos de Navarra: contraste con el Derecho comunitario europeo y la legislación básica estatal. *Revista Jurídica de Navarra*, (47), 39-86. [https://www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?codigoAcceso=PdfRevistaJuridica&fichero=RJ\\_47\\_I\\_2.pdf](https://www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?codigoAcceso=PdfRevistaJuridica&fichero=RJ_47_I_2.pdf)
- Rebollo Puig, M. (2003). Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio. *Revista de Administración Pública (RAP)*, (161), 359-393. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-161-mayoagosto-2003/los-entes-institucionales-de-la-junta-de-andalucia-y-su-utilizacion-como-medio-propio-2>
- Santiago Iglesias, D. (2018a). Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos. En E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (dirs.), *Tratado de contratos del sector público* (pp. 618-664). Tirant lo Blanch.
- Santiago Iglesias, D. (2018b). Fórmulas para la gestión conjunta de los servicios públicos locales. En L. Mellado Ruiz y A. Fornieles Gil (coords.), *Gestión cooperativa en el ámbito local* (pp. 87-132). Tirant lo Blanch.
- Sosa Wagner, F. (2003). El empleo de «los recursos propios» por las administraciones locales. En L. Cosculluela Montaner (coord.), *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo* (pp. 1309-1342). Civitas.
- Sosa Wagner, F. (2020, 26 de junio). El «in house» que no cesa. *esPublicoBlog*. <https://www.administracionpublica.com/el-in-house-que-no-cesa/>
- Sosa Wagner, F. y Fuentetaja López, M. (2007). ¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación in house). *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (3), 1669-1680.

- Vilalta Reixach, M. (2016). Los convenios interadministrativos en el ordenamiento jurídico español desde un punto de vista contractual. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (15), 83-114. <https://doi.org/10.18601/21452946n15.06>
- Vilalta Reixach, M. (2018a). De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas. *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, (56), 261-294. <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/article/view/1237>
- Vilalta Reixach, M. (2018b). Los convenios interadministrativos a la luz de la nueva Ley de contratos del sector público. En J. M. Gimeno Feliu (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público* (pp. 325-367). Aranzadi Thomson Reuters.
- Villar Rojas, F. (2017). Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales. *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época (REALA)*, (7), 5-18. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i7.10420>