

LA ESTATALIZACIÓN DEL MERCADO A RAÍZ DEL CRECIMIENTO DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS. EXIGENCIAS JURÍDICAS APLICABLES A SU ACTIVIDAD Y VÍAS DE IMPUGNACIÓN¹

Juan Antonio Carrillo Donaire
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. **Introducción. Los encargos a medios propios personificados como una excepción a la licitación de los contratos del sector público.** 2. **Riesgos asociados al empleo abusivo de la figura de los encargos a medios propios desde la perspectiva de los límites impuestos por la legislación de contratos del sector público y el Derecho de competencia. Planteamiento general a partir de los datos disponibles.** 3.- **Exigencias legales de las Directivas europeas de contratación pública y de la legislación de contratos del sector público para la legitimidad de los encargos:** 3.1. Que se verifique un “control análogo” sobre el medio propio al que el poder adjudicador o los poderes adjudicadores (“control análogo conjunto”) disponen sobre sus propios servicios; 3.2. Que más del 80% de su actividad se verifique con el poder o poderes adjudicadores de los que el medio propio depende; 3.3. Que la totalidad de su capital o patrimonio sea de titularidad o aportación pública; 3.4. Que la contraprestación compensación de los encargos se fije mediante tarifas previamente aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio; 3.5. Que conste el reconocimiento de la condición del medio propio en sus Estatutos y la conformidad o autorización expresa del poder o poderes adjudicadores de los que dependa; 3.6. Que el medio propio cuente con los medios necesarios para el desempeño de los encargos que recibe y que éstos sean una opción más eficiente que la contratación pública o resulten necesarios por razones de seguridad pública o de urgencia; 3.7. Que la subcontratación de las prestaciones encargadas no rebase ciertos límites; 3.8. Que se cumplan ciertos requisitos de publicidad y transparencia de los encargos. 4. **Vías de control de los encargos a medios propios:** 4.1. El recurso especial en materia de contratación pública y la vía jurisdiccional de lo contencioso-administrativo; 4.2. Acciones por infracción del Derecho de la competencia: 4.2.1. *Falseamiento de la competencia por prácticas desleales;* 4.2.2. *Prácticas anticompetitivas contrarias al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.* 5. **Conclusión.**

1. Introducción. Los encargos a medios propios personificados como una excepción a la licitación de los contratos del sector público.

La vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP) persigue, entre sus objetivos prioritarios, incrementar la eficiencia del gasto público y lograr la apertura de la contratación pública a las pequeñas y medianas empresas (cfr. apartado I.23 del Preámbulo, y artículo 1). A este fin, siguiendo además la línea marcada por las Directivas europeas que dicho texto legal transpone (2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE), la LCSP potencia la libre competencia en el sector de la contratación pública. Pese a ello, mantiene las antes llamadas “encomiendas de gestión” (artículos 4.1.n y 24.6 del ya derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), que pasa a denominar

¹ Ponencia pronunciada en el XVI Seminario Contratación Pública de Panticosa organizado por el Observatorio de la Contratación Pública, celebrado los días 16 a 18 de junio de 2025. Texto actualizado a 31 de diciembre de 2025.

“encargos a medios propios” (artículos 32 y 33 de la LCSP)². Estos encargos, por definición, constituyen una excepción a los principios de libre concurrencia de las licitaciones y no discriminación de los licitadores que rigen el proceso de contratación pública. Por esta vía, las prestaciones que son objeto de un encargo no salen al mercado. Son directamente encomendadas por la Administración y otros poderes adjudicadores a determinados sujetos concretos: los denominados “medios propios” o servicios técnicos, que tienen su equivalente en las llamadas “empresas asociadas” cuando los encargos se producen en el ámbito contractual de los sectores excluidos o especiales, que actualmente regula el Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, sobre contratación pública en determinados sectores (correos, agua, transporte y energía).

Los encargos a los medios propios o servicios técnicos de la Administración que forman parte de su sector público instrumental son una fórmula de autoorganización y atribución de tareas entre entes del sector público arraigada en nuestro ordenamiento jurídico y, en realidad, en todos aquellos Estados de estructura fuertemente descentralizada en lo funcional, como es lógico, pues esa forma de descentralización “centrífuga” por la vía de la personificación especializada muchas competencias administrativas que son atribuidas a centros de decisión desgajados de la Administración matriz que asumen importantes atribuciones y medios económicos, materiales y personales para su desempeño. Constituye ésta una técnica de descentralización que permite, en suma, la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de las Administraciones y otras entidades del sector público que se encargan a estas entidades vinculadas o dependientes de aquellas, a los que eventualmente se convierte en medios propios a los que se acude para atender el suministro de bienes, prestación de servicios o realización de obras de las Administraciones o poderes adjudicadores de los que dependen. Se trata así de una fórmula de aprovisionamiento interno, o doméstico (*in-house providing*, en la terminología anglosajona) que se excluye, solo si se dan determinadas condiciones, de la aplicación de las normas que regulan la contratación pública, basándose en la condición meramente instrumental del ente al que se le encarga la prestación, de manera que se considera que existe para ambos una misma unidad de decisión.

Aunque hay quienes niegan que estemos ante un verdadero contrato³, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea concibe los encargos *in-house* como una excepción a los principios de libre competencia y no discriminación que rigen la

² Para una completa visión del régimen jurídico de los encargos a medios propios anterior a la vigente LCSP me remito al libro de mi compañera MONTROYA MARTÍN, E., *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, 2009. Accesible en: <https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/894>

³ La tesis de que los encargos no son un contrato, sino una técnica organizativa fue defendida en origen por SOSA WAGNER, F., y FUENTES LÓPEZ, M., “¿Pueden los contratos quedar en casa? La polémica europea sobre la contratación *in house*”; en La Ley 3 (2007), págs. 1669-1680; y ha sido recientemente reeditada por GONZALEZ GARCÍA, J., “Organización administrativa y normativa pública de contratación”, XVI Seminario Contratación Pública de Panticosa, celebrado los días 16 a 18 de junio de 2025, publicado en <https://www.obcp.es/opiniones/organizacion-administrativa-y-normativa-publica-de-contratacion-xvi-seminario-de> donde el autor apuntala su tesis en los supuestos de exclusión del artículo 1.6 de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 1.4 de la Directiva 2014/25/UE. Desde esta perspectiva, también es de gran interés el trabajo de AMOEDO SOUTO, C. A. “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos”, *Revista de Administración Pública* núm. 68, 2018, págs. 81 a 129, con una postura más matizada que el anterior autor.

contratación pública. Por ello, establece que su aplicación práctica ha de tener carácter restrictivo y que las entidades que se declaren medio propio o servicio técnico deben cumplir y respetar estrictamente las condiciones legales para serlo, añadiendo la carga de probar que existen las circunstancias excepcionales que requiere la realización del encargo a través de un ente instrumental. La no aplicación de la legislación de contratos se justifica sólo en los casos de que el medio propio sea verdaderamente tal porque, cuando esto es así, no existe propiamente un contrato (faltan los elementos de voluntad y participación en el precio por parte del que realiza la prestación), sino más bien una decisión organizativa que el Derecho de la Unión Europea reconoce como lícita bajo ciertos parámetros que ha ido fijando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y que hoy plasma el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública, al regular la llamada “cooperación vertical”⁴.

En todo caso, la exclusión de estos encargos de la normativa de contratación genera mucha controversia, no sólo porque la utilización de la figura del medio propio permite excluir las normas que garantizan la libre concurrencia en el ámbito de la contratación pública, sino porque puede cuestionar, además, la competencia en el mercado, en la medida en que la atribución masiva y generalizada de encargos de gestión puede “retener” parcelas de negocio natural del sector privado en favor de “medios propios” que compiten además en el mercado pero no operan en él en pie de igualdad con las empresas del sector privado.

En este contexto, nos proponemos analizar este fenómeno de los encargos a medios propios desde una triple perspectiva. En primer lugar, la de su aplicación práctica, para la que contamos hoy con relevantes análisis de campo proporcionados por los órganos de control y supervisión de la contratación pública que nos permitirán extraer algunas consecuencias sobre la tendencia a utilizar frecuentemente esta vía en principio excepcional. En segundo lugar, analizaremos los requisitos legales que tanto las Directivas como la legislación de contratos exigen para la legitimidad de la actividad de los medios propios y de los encargos que reciben. Finalmente, describiremos las vías jurídicas de control desde la perspectiva de la realidad práctica de los ya más de ocho años transcurridos desde la aprobación de la LCSP para comprobar la efectividad y aptitud de los mismos.

2. Riesgos asociados al empleo abusivo de la figura de los encargos a medios propios desde la perspectiva de los límites impuestos por la legislación de contratos del

⁴ Tal y como tiene declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), los encargos a medios propios que tienen cabida en el contexto de la llamada “cooperación vertical” que contempla el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, constituyen una excepción a la regla general de licitación pública mediante procedimientos concurrenciales y transparentes. La regulación de esta cuestión en las Directivas es producto de la doctrina desarrollada por el TJUE sobre la “contratación doméstica” o “in house providing”, que se configura como una excepción a la aplicación de la normativa de contratación pública y cuyos hitos más relevantes son las Sentencias de TJUE de 18 de noviembre de 1999 (C-107/1998, *Teckal*), de 19 de abril de 2007 (C-295/05, *ASEMFO-TRAGSA*), de 11 de enero de 2005 (C-26/03, *Stadt Halle y RPL Lochau*), de 13 de enero de 2005 (C-84/03, *Comisión contra España*), de 10 de noviembre de 2005 (C-29/04, *Comisión contra Austria*), de 13 de octubre de 2005 (C-458/03, *Parking Brixen GmbH*), de 11 de mayo de 2006 (C-340/04, *Carbotermo y Consorzio Alisei*), de 19 junio 2014 (C-574/12, *Serviço de Utilização Comum dos Hospitais SUCH*), de 18 de junio de 2020 (C-328/19, *Porin*) y de 22 de diciembre de 2022 (C-383/21, *Sambre & Biesme*). Sobre el alcance de la llamada “cooperación vertical” y su delimitación con la “cooperación horizontal” (convenios interadministrativos) nos remitimos, por todos, al extraordinario trabajo de HUERGO LORA, A., “Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 8, 2017.

sector público y el Derecho de competencia. Planteamiento general a partir de los datos disponibles.

Son diversos los órganos de control que vienen llamando la atención sobre el incremento de los encargos a medios propios, señalando el abuso de esta figura y los riesgos que conlleva el mismo desde la perspectiva de los límites impuestos por la legislación de contratos del sector público y el Derecho de competencia.

El Tribunal de Cuentas, en sus reiterados Informes de fiscalización de los encargos de gestión de las entidades del sector público⁵, ha sido muy crítico sobre la forma en que se viene aplicando esta “vía de escape” o huida de las normas que rigen la adjudicación de los contratos públicos, llamando la atención sobre la parquedad y las insuficiencias de la legislación de contratos administrativos, la legislación administrativa de organización del sector público y la legislación económico-financiera y presupuestaria sobre esta cuestión.

Por su parte, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ya advirtió en su Informe sobre “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia” de 2013 (de la entonces llamada Comisión Nacional de Competencia -CNC-)⁶, que la utilización de estas encomiendas (ahora encargos), si se extralimita de su justa cabida legal, puede generar serias implicaciones para la competencia efectiva en los mercados. Con anterioridad, la CNC había advertido de este riesgo con carácter más general en la Guía de Contratación Pública y Competencia de 2011⁷.

Posteriormente, las conclusiones de estos Informes fueron desarrolladas por la CNMC en sus Informes “Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia”, de 5 de febrero de 2015⁸, y en su “Informe sobre el anteproyecto de Ley de contratos del sector público”, de 16 de julio de 2015⁹.

⁵ Los más reseñables son: el Informe núm. 1.088, de 30 de abril del 2015, de “Fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa”, que se centra en las encomiendas realizadas en favor de ciertos medios propios de determinados Ministerios; el Informe núm. 1.028, de 27 de marzo de fiscalización para el “Análisis de la adecuación de los procedimientos de contratación aplicados por las empresas estatales no financieras al marco legal establecido a partir de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público” (que dio lugar a la Resolución de 9 de febrero de 2017 de la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas -BOE 7 de abril de 2017-); el Informe núm. 1.197, de 22 de diciembre de 2016, de “fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013”; y la Resolución de 28 de febrero de 2022, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización del grado de cumplimiento por AENA, S.A., SEPES Entidad Pública Empresarial del Suelo, Empresa Nacional de Residuos Radiactivos, S.A., e Ingeniería y Economía del Transporte, S.M.E., S.A. (INECO) de las principales recomendaciones incluidas en los Informes de Fiscalización, particularmente del Informe 1.324, de 30 de mayo de 2019.

⁶ https://www.cnmc.es/sites/default/files/1186066_8.pdf

⁷ https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185702_10.pdf

⁸ <https://www.cnmc.es/buscador?t=PRO/CNMC/001/15>

⁹ https://www.cnmc.es/sites/default/files/709299_7.pdf

Más recientemente, la CNMC ha insistido en los riesgos que entraña el abuso de los encargos a medios propios sobre la competencia en su “Guía sobre contratación pública y competencia (Fase II)”, concretamente, en el Informe “Los encargos a medios propios y los convenios”, de 14 de febrero de 2023¹⁰, en el que advierte que *“la utilización de estas alternativas puede entrañar riesgos sobre la competencia y la eficiencia, al reducir el tamaño del mercado de la contratación pública y poder favorecer a determinados prestadores, fundamentalmente. Por ello, la libertad de uso de estas alternativas no es ilimitada”, añadiendo que “[u]n uso incorrecto de estas figuras tiene un coste en términos económicos en forma de ineficiencias en la gestión de los fondos públicos asignados”*¹¹.

El referido Informe de la CNMC dedica un apartado completo a analizar los riesgos que entraña para la competencia la utilización de los encargos a medios propios, destacando tres. El primero de ellos es la pérdida de eficiencia en las condiciones de provisión del bien o servicio, respecto a lo que señala que, *“aunque, en casos puntuales, el empleo del mecanismo puede llevar a obtener resultados eficientes, éstos tenderán a ser peores que los de un mercado competitivo, especialmente cuando existan rigideces (de tipo organizativo o en los términos de la cooperación), asimetrías informativas, o ineficiencias en los procesos internos de la entidad que realiza las prestaciones debidas a la falta de presión competitiva (“ineficiencia-x”). Por ello, en general, las prestaciones recibidas por las entidades públicas tenderán a ser peores que las que proporcionaría un mercado competitivo, en términos de mayores precios, menor calidad o peor adaptación a las necesidades públicas”*¹².

El segundo riesgo reseñado por la CNMC es la pérdida de eficiencia del medio propio, la cual se produce *“cuando las entidades se ven privadas de la presión externa de la competencia, por tener cautiva o garantizada una demanda o un cliente”, lo que implica que “es más probable que aumenten sus costes de operación, que inviertan menos en mejorar los procesos productivos o incorporen los avances tecnológicos con mayor lentitud, que proporcionen bienes y servicios de menor calidad y menos alineados con las necesidades de sus clientes, o que incrementen sus precios”*¹³. Es decir, la falta de presión competitiva incide en la pérdida de eficiencia productiva de los medios propios frente al mercado.

Finalmente, el tercer riesgo identificado es la menor eficiencia del mercado. Por la claridad del análisis realizado respecto a este extremo, extractaremos a continuación lo que la CNMC plasma en su Informe sobre esta cuestión, que razona y aplica sus consecuencias tanto a los encargos a medios propios (“cooperación vertical”) como a los convenios entre poderes adjudicadores (“cooperación horizontal”):

“La utilización de los medios propios y convenios para el aprovisionamiento de bienes y servicios reduce la demanda al detraer del mercado la provisión de bienes y servicios al sector público, generando un efecto expulsión sobre los oferentes del mercado. En casos extremos, este efecto puede derivar en la desaparición de la oferta del mercado.

Adicionalmente, cuando las entidades que realizan convenios o encargos pueden también competir en el mercado, pueden producirse convenios sobre la competencia por la existencia de subvenciones cruzadas (sobrecompensación al proveedor público que mejora su posición competitiva en el mercado) u otras ventajas exclusivas

¹⁰ <https://www.cnmc.es/expedientes/g-2020-01>

¹¹ Pág. 6.

¹² Págs. 17 y 18.

¹³ Pág. 21.

derivadas del carácter público de la entidad, no replicables por el sector privado (por ejemplo, el acceso a infraestructuras, facilidades en financiación o en la normativa concursal). Ello puede derivar en una menor presión competitiva en el mercado.

La reducción de la oferta del mercado y la pérdida de presión competitiva pueden llevar a que el sector público experimente dificultades de abastecimiento en el medio y en el largo plazo, desincentivar la inversión, la innovación y las mejoras de productividad del mercado, y llevar a pérdidas de eficiencia entre las entidades que realizan los convenios y encargos. Además, pueden llevar a que los mercados dejen de proporcionar referencias válidas sobre la calidad, variedad, o precio de los bienes y servicios. Estos efectos afectan no solo al sector público, sino que pueden incidir negativamente también al resto de compradores del mercado y, por ende, al conjunto de la economía.

Todos estos riesgos son, en principio, mayores cuanto más generalizada y frecuente sea la utilización de encargos y convenios por las administraciones públicas, cuanto mayor sea el peso de la administración como demandante en el mercado y cuanto más especializada sea la demanda de bienes y servicios por el sector público. La conjugación de estos elementos puede llevar a que competidores potenciales del mercado decidan no entrar a operar en el mismo o que operadores que han venido participando en el mercado salgan de forma definitiva del mismo”¹⁴.

Asimismo, el Informe señala, aunque de forma tangencial y sin desarrollar un mayor análisis, que “las tarifas del medio propio deben ser objeto de especial cautela desde la óptica de ayudas de Estado”, pues, “[e]n el supuesto en el que se generasen beneficios desproporcionados por las actividades ejecutadas en el marco de los encargos, cabría plantearse si se está otorgando al medio propio una ventaja económica en el sentido del artículo 107 del TFUE, precisamente por el exceso de compensación de los referidos costes, en especial si el medio propio lleva a cabo operaciones en el mercado en competencia con otros operadores”.

Dicho todo lo anterior, en relación con este mismo Informe de la CNMC, resulta especialmente expresivo el voto particular de la Consejera y profesora Dña. M^a Pilar Canedo, emitido para manifestar su desacuerdo con el silencio respecto de cuestiones no incluidas en el Informe que esta Consejera considera “esenciales”. En este sentido, el voto particular señala que “[l]a Guía no hace una referencia expresa al hecho de que una mala praxis en el uso de los encargos a los medios propios puede suponer, dependiendo de las circunstancias del caso, una infracción de la normativa de defensa de la competencia”¹⁵. Más adelante veremos

¹⁴ Págs. 21 y 22, el subrayado es nuestro.

¹⁵ Concretamente, considera que “[e]l silencio de la Guía podría interpretarse como la asunción de que las actuaciones llevadas a cabo por las entidades que se denominan “medios propios” de la administración y sus mandantes no entrarían dentro del ámbito de aplicación de la LDC, concepción que quien suscribe este Voto Particular no considera amparada por el ordenamiento jurídico español ni respaldada por la actuación de autoridades de competencia en España ni por la ya asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo”. A lo que añade que “[t]al asunción genera un defecto en el análisis y reflejo de algunos riesgos que el uso inadecuado de los encargos podría generar. En opinión de quien suscribe este Voto tal inclusión sería necesaria para generar mayor seguridad jurídica y mejor asentamiento a los destinatarios de la Guía. Referencias a cuestiones tales como el respeto a la exigencia de obtener el 80% de facturación del poder adjudicador, el riesgo de incrementar las encomiendas para permitir ampliar la actuación en el mercado o los límites a las subcontrataciones habrían contribuido a tal objetivo. Por otra parte, la Guía aborda de manera casi tangencial la exigencia de que el empleo

que esta visión del problema ha dado lugar a una demanda que determinadas Asociaciones representativas del sector de la ingeniería de proyectos y de consulta ha interpuesto frente al medio propio estatal “Ingeniería y Economía del Transporte, S.M.E., S.A” (INECO), que actualmente se ventila en ante la Audiencia Provincial de Madrid (en apelación frente a la sentencia desestimatoria nº 233/2025, de 8 de octubre dictada en instancia por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid).

En estos documentos, emitidos a lo largo de los diez últimos años, la Autoridad nacional de Competencia ha puesto de manifiesto, en definitiva, el potencial efecto restrictivo de la competencia que producen los encargos a medios propios de la Administración, tanto en el plano teórico, donde el uso de los encargos puede tener un efecto de pérdida de eficiencia de la ausencia de la tensión competitiva a la hora de fijar las condiciones de ejecución de los encargos, algo que sí está presente en los procedimientos de contratación pública, en los que además se produce un ahorro considerable sobre las arcas públicas derivado de la concurrencia de ofertas (frente a las tarifas que rigen los encargos); como, desde una perspectiva práctica y sectorial, por la afectación que estos encargos tienen en el sector de actividad donde opera el medio propio, dado el peso de las Administraciones públicas como demandantes de bienes y servicios que quedarían sustraídos, mediando el encargo, a la oferta de las empresas privadas vía licitación pública.

Las posibles distorsiones sobre la competencia que pueden aparecer cuando se utilizan inadecuadamente los encargos son, por un lado, una limitación del acceso de operadores al aprovisionamiento de bienes y servicios a la Administración Pública y demás entidades del sector público, que puede conducir a una menor eficiencia en dicho aprovisionamiento y a la expulsión del mercado de tales operadores alternativos, sobre todo cuando dicha figura se utiliza de forma amplia, recurrente o sistemática; por otro, la creación de ventajas a favor de los operadores que reciben los encargos que les pueden permitir ser más eficaces que sus rivales en otros mercados, y que también pueden tener un efecto expulsión sobre estos últimos.

En este último orden de problemas, algunos de estos Informes advierten expresamente que el hecho de que los ingresos que se aprueban vía tarifas para la realización de encargos de los que disponen los organismos y entidades que operan como medios propios procedan de las arcas públicas, podría conllevar la aplicación del régimen de las ayudas públicas y sus límites (arts. 107 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, orientados a evitar las ayudas prohibidas y las encubiertas), cuando dichas tarifas no se limitan a cubrir los costes reales y de ejecución o de subcontratación de dichos encargos, lo que es habitual en algunos casos. O, lo que es más habitual, cuando el encargo se materializa, al menos en parte, por la vía de la subcontratación, mediando un ahorro entre

*del medio propio en algunos encargos sea, como exige la Ley, “una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz con base en criterios de rentabilidad económico o resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia”. Tal exigencia incide en la justificación misma de los encargos, las exigencias de neutralidad competitiva o el análisis de las tarifas fijadas en relación con las de mercado” (págs. 7 y 8). De forma más concreta, respecto a las exigencias previstas en la Ley, considera la Consejera que “cuando no se cumplen las exigencias legales, debe considerarse que el encargo es contrario a derecho y no es necesaria mayor acreditación para considerar que genera, independientemente de consideraciones de otra índole, una inadecuada afectación en la competencia” (pág. 4). De la misma autora, y en desarrollo de esta tesis, puede verse su trabajo “Medio propios y competencia en España”, *Economía industrial*, núm. 415, págs. 67-87. En parecido sentido, y con mayor desarrollo argumental aún, LÓPEZ SANTANA, N., “La actuación de los medios propios de la Administración como operadores privados desde la perspectiva del Derecho de la competencia”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 50/2019.*

la financiación recibida y el precio del contrato o de los contratos que ulteriormente licita el medio propio en el mercado. Este “riesgo de sobrecompensación” de los encargos se anuda a la inexistencia en estos casos de un procedimiento competitivo en el que como apunta la CNMC, no es descartable que el medio propio obtenga ventajas que no habría obtenido en condiciones normales de mercado. Debe consignarse, en este sentido, que el análisis de la ventaja económica que recibirían los medios propios en estos casos, sería muy similar a los que la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia (a partir del asunto *Altmark*, C-280/00) advierten en relación con los Servicios de Interés Económico General (SIEG). Asimismo, de una manera más amplia, la conexión entre los medios propios y sus Administraciones y “poderes adjudicadores” matrices puede reportarles otro tipo de ventajas económicas frente a la actuación en el mercado de sus competidores. Entre estas posibles ventajas se podrían encontrar, en la línea apuntada anteriormente, el acceso a activos o infraestructuras esenciales o a financiación pública o privada en condiciones más ventajosas que las de mercado (en este último caso, por contar con la garantía de la Administración matriz).

Desde la perspectiva de la legislación relativa a la organización del sector público, el abuso de la figura del “medio propio” y de los encargos de gestión fue también abordado en el Informe de la Subcomisión de Administración Institucional de la Comisión de Organización y Reforma la Administración Pública (CORA), de 31 de enero de 2014¹⁶, que puso de relieve que la utilización de esta técnica, además de limitar la contratación pública en el mercado de bienes y servicios, producía el efecto de “*desvirtuar la configuración de los distintos entes públicos*” (pág. 20) cuando los encargos son tan amplios y sostenidos en el tiempo que llegan a suponer la sustitución en el ejercicio de las competencias de los entes que las tienen atribuidas por una suerte de “delegación”, alterándose además las condiciones de financiación entre los distintos organismos y entes del sector público estatal (unos financiados vía transferencias de financiación y otros vía tarifas) y las condiciones del personal laboral destinado a cumplimentarlas.

Desde la perspectiva de los medios personales, la desproporción entre la Administración matriz y el medio propio ha llegado a ser ciertamente llamativa en detrimento de la primera. Baste apuntar que el medio propio más importante del Ministerio de Agricultura, el Grupo TRAGSA, conformado por la Empresa de Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA) y su filial Tecnologías y Servicios Agrarios S.A. (TRAGSATEC), cuenta con más de 26.000 empleados según datos de 2025; mientras que el Ministerio de adscripción tan solo tiene 1.800 empleados. Otro tanto puede decirse de INECO, la gran ingeniería estatal que depende del Ministerio de Transporte y Movilidad Sostenible (antes Fomento). A finales de 2024, el citado Ministerio tenía 4.867 empleados. Frente a ello, su medio propio INECO tiene actualmente 6.044 empleados en plantilla.

Habida cuenta de todo lo anterior, y a efectos de poner de relieve que la figura de los encargos a medios propios dista de ser una cuestión anecdótica o menor en términos cuantitativos en nuestro país, hemos realizado la siguiente tabla - cuya información se ha extraído de los Informes de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON)¹⁷-, en la cual se muestra cómo el número de encargos a medios

¹⁶ <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:76db2dbc-b04a-4cf1-94c7-be2fe6851f95/CORA-medidas-subcomision-administracion-institucional.pdf>

¹⁷ Informes de la OIRESCON sobre la publicidad de los encargos a medios propios de los años 2022, 2023 y 2024, referentes a los encargos a medios propios publicados en las Plataformas de Contratación en los años 2021, 2022 y 2023, respectivamente.

se ha duplicado en los últimos años, particularmente en el contexto de aplicación de los Fondos *Next Generation* reconocidos en favor del Reino de España en octubre de 2020:

Año	Volumen EMP publicados en las Plataformas de Contratación	Volumen económico EMP celebrados por el conjunto de poderes adjudicadores
2021	2.107	1.935.286.470,87 €
2022	3.875	3.731.315.056,05 €
2023	4.192	4.093.546.847,87 €
TOTAL	10.174	9.760.148.375 €

De estos mismos Informes de la OIRESCON podemos extraer la siguiente información, relativa únicamente a los encargos superiores a 50.000 euros, pero que pone en evidencia el incremento incesante de los encargos:

Año	Tarifas sin publicar	Memoria económica sin publicar	Financiación con Fondos Europeos
2021	1.120	1.472	Sin datos
2022	1.734	2.498	512 (1.050.595.941 €)
2023	1.764	1.816	475 (795.716.375,28 €)

A la vista de esos datos, se pone de relieve que tras la aprobación del Mecanismo de transformación y Resiliencia y la dotación de fondos *Next Generation* a España, en este país los encargos a medios propios se han multiplicado un 142%% (trienio 2021-2023). Así, si en 2021 los encargos a medios propios publicados en la plataforma de contratación del Estado representaban algo menos de 2.000.000.000 (2 mil millones) de euros, en 2023 la cifra de encargos creció por encima de los 4.000.000.000 (4 mil millones) de euros. Solo en 2023, más de 3.000.000.000 (3 mil millones) de euros de dichos encargos fueron financiados con fondos europeos.

3.- Exigencias legales de las Directivas europeas de contratación pública y de la legislación de contratos del sector público para la legitimidad de los encargos.

Esta situación de consolidación y de cierto abuso generalizado del empleo de los encargos a medios propios y servicios técnicos de la Administración confronta el propósito declarado por la LCSP de potenciar la libre competencia en el sector de la contratación pública con el mantenimiento de los encargos a medios propios concibiendo esta posibilidad como una vía realmente excepcional, que así habrá que justificarse en cada ocasión en que se recurra a ella (en los términos especificados en el art. 32 de la LCSP, así como en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público -en adelante LRJSP); y la sustenta además, particularmente incluso, en el carácter meramente instrumental del ente al que se encomienda la prestación, por cuanto que eso

es lo que va a permitir que jurídicamente estemos ante un encargo y que pueda realmente hablarse de autoaprovisionamiento, que es la única finalidad que justifica la figura.

Los encargos a medios propios deben pues traducirse en verdaderos supuestos de ejecución directa de la prestación por parte de la propia Administración, como lo haría con sus propios medios y a través de su propio personal. Y en aras de que ello sea así, partiendo de las previsiones de las Directivas, la LCSP refuerza las exigencias para que una determinada entidad merezca la consideración de medio propio de un poder adjudicador (artículo 32) u otra entidad del sector público que no tenga dicha consideración (artículo 33). Exigencias que, por un lado, vienen a justificar que el recurso a dicha entidad por parte de la Administración encomendándole la ejecución de una determinada prestación jurídicamente pueda merecer la consideración de encargo y excluirse de la licitación y la pública concurrencia; al tiempo que pretenden evitar, por otro lado, que bajo la cobertura formal del autoaprovisionamiento –de la ejecución directa, en suma-, se produzcan verdaderos supuestos de adjudicación directa, por definición contrarios a la libre competencia que ha de presidir el mercado, también en el sector público, y contrarios así, igualmente, a la propia LCSP. Todo ello desde el frontispicio sentado por la Exposición de Motivos de la LCSP de que la pretensión de la nueva regulación de los medios propios *“siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia”* (el subrayado es nuestro).

Ciertamente, en el caso del legislador español es clara la influencia de esta corriente restrictiva con la utilización de medios propios que va más allá del ámbito de aplicación de las Directivas. Así se pone de manifiesto, por ejemplo, en la adición de requisitos no establecidos a nivel europeo para considerar que un ente es medio propio (art. 32 LCSP) o en la muy controvertida exigencia -como veremos- de que el encargo a medio propio se trate de una opción más eficiente que la contratación pública [art. 86.2 a) LRJSP]

Las exigencias legales que la legislación de contratos exige para la legitimidad de los encargos pueden sintetizarse como sigue (artículos 12 de la Directiva 24/2014 y 28 de la Directiva 25/2015; y artículos 32 y 33 de la LCSP y artículo 25 del R.D-L 3/2020, que se remite en esencia al régimen de la LCSP)¹⁸:

3.1. Que se verifique un “control análogo” sobre el medio propio al que el poder adjudicador o los poderes adjudicadores (“control análogo conjunto”) disponen sobre sus propios servicios.

El primero de los requisitos que tiene que cumplir una entidad para considerarse “medio propio” es que el poder adjudicador o los poderes adjudicadores de los que dependa ejerzan sobre dicho medio propio un “control análogo” al que ejercen sobre sus propios servicios. Se entiende que concurre el requisito del “control análogo” en los casos en los que el poder adjudicador ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones

¹⁸ Para una visión general de los requisitos legalmente exigibles a la actividad de los medios propios y a los encargos que reciben pueden consultarse las obras de: NOGUERA DE LA MUELA, B. “Los contornos de la autoprovisión administrativa en la gestión de los servicios públicos”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 18, 2022, págs. 32-55; MOLL FERNÁNDEZ-FÍGARES, L. *Los encargos a medios propios en la legislación actual: texto adaptado a las leyes 39 y 40/2015 y al proyecto de Ley de contratos del sector público*, 2017; y SANTIAGO FERNÁNDEZ, M^a J. (2021): “El alcance del control de los encargos a medios propios tras la nueva la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Auditoría Pública*, núm. 77, 2021, págs. 145-159.

significativas de la persona jurídica controlada; esto es, una dirección efectiva de sus asuntos y órganos de gobierno. La Directiva 2014/24/UE y la LCSP incorporan así la definición de control análogo establecida por el TJUE (Sentencia *Coditel*, 13 de noviembre del 2008, as. C-324/07). En este sentido, el art. 32.2.a) de la LCSP dispone que para poder considerar a una entidad un medio propio ha de verificarse, como requisito esencial, que *“el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas”*.

A tal fin se presume, en todo caso, que *“el poder adjudicador que puede conferirle encargos ostenta sobre el ente destinatario del mismo un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero puedan conferirle encargos que 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 puede realizar el encargo”*. De este modo, la Ley añade una circunstancia que, conforme a la Sentencia del TJUE *Asemfo-Tragsa*, 19 de abril del 2007, resulta determinante para entender que concurre este control análogo: que los encargos sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario de los mismos por establecerlo así los Estatutos o el acto de creación, de manera que a tal efecto exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo.

Asimismo, se establece la posibilidad de que el “control análogo” se ejerza de forma “conjunta” por dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí (art. 32.4 LCSP); en cuyo caso, además de la condición de que éstos *“puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo”*, se exigen adicionalmente dos requisitos específicos: *“que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que pueden conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos”*, de un lado; y, de otro, *“que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos”*.

Esta posibilidad es una manifestación de lo que la Directiva llama “control vertical conjunto” que admite la jurisprudencia *Asemfo-Tragsa*, siempre que los órganos de decisión del medio propio estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores (STJUE *Coditel*, antes citada) y que puedan ejercer una conjuntamente una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas (STJUE *Econord*, 19 de noviembre de 2012, as. acumulados C-182/11 y C-183/11).

A la luz de estos preceptos, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha asentado una interpretación muy laxa y flexible de este requisito del “control análogo conjunto”.

En primer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1205/2024 de 4 de julio (rec. núm. 3044/2021) abogó por esta interpretación al analizar un supuesto de control análogo conjunto de un medio propio en el que uno de los poderes adjudicadores que lo controlaba, un Ayuntamiento, tenía una participación muy minoritaria frente a la mayoría del capital que ostentaba la Diputación, siendo así que el Ayuntamiento le atribuyó al medio propio la gestión de un servicio público municipal. A la vista de las circunstancias del caso,

el Tribunal Supremo sostiene que el concepto de control análogo conjunto presenta un carácter funcional y no formal, que obliga a constatar en cada supuesto si, efectivamente, existe ese poder de influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la sociedad; tras lo que concluye que para la efectividad del control basta una influencia determinante conjunta sobre los objetivos estratégicos y las decisiones esenciales de la entidad, sin necesidad de ostentar una mayoría significativa del capital.

Con posterioridad, de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1547/2025, de 1 de diciembre de 2025 (rec. núm. 6508/2022), ha resuelto en parecido sentido (y en relación con el mismo medio propio que fue objeto de análisis por sentencia anteriormente citada) el recurso de casación que interpusieron las representaciones procesales de la entidad SUMAR (Serveis Públics d'Acció Social de Catalunya MP, S.L.) y del Ayuntamiento de Girona contra la sentencia nº 1921/2022, de 20 de mayo de 2022, de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (procedimiento ordinario núm. 27/2019)¹⁹.

La sentencia recurrida en casación, resolvió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad Accent Social, S.L. contra la resolución nº 249/2018, de fecha 28 de noviembre de 2018, del Tribunal Catalá de Contrates del Sector Públic por la que se desestimaba el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la formalización del encargo a medios propios realizado por el Ayuntamiento de Girona respecto del servicio de atención domiciliaria a favor de SUMAR. La cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, según el Auto de admisión del recurso de casación era la siguiente:

“determinar si a la vista de la normativa del control análogo conjunto y requisitos del encargo a medios propios, artículo 12.3 de la Directiva 2014/24/UE en relación con el artículo 32.4 y 6 de la LCSP, es posible que las Administraciones públicas puedan prestar servicios mediante medios propios en los cuales participan de forma minoritaria, admitiéndose el control análogo conjunto, aunque se tenga una participación minoritaria en el capital social y en los órganos de gobierno del medio propio.”

Pues bien, el Tribunal Supremo, tras repasar la jurisprudencia del TJUE sobre el control análogo conjunto y los Estatutos del medio propio SUMAR concluye que, pese a que el Ayuntamiento de Girona únicamente poseyera un 0,26% del capital social de SUMAR, sí ejercía un control análogo conjunto sobre el mismo, con capacidad de decisión e influencia sobre los objetivos y decisiones estratégicas del medio propio, al igual que las otras Administraciones públicas que ostentan el resto de su capital social, lo que justifica en los siguientes términos:

“Asimismo, cabe resaltar la figura del Consejo Técnico Asesor que se contempla en el artículo 29 de los Estatutos. Su composición se establece en el artículo 32 de los Estatutos: 1) un representante de cada uno de los entes socios de Sumar, con independencia del número de participaciones; 2) el director general de Sumar; y 3) los

¹⁹ La sentencia ha sido comentada por BLANCO LÓPEZ, F., en el portal del Observatorio de Contratación pública: <https://www.obcp.es/monitor/el-ts-confirma-la-consideracion-de-medio-propio-de-la-sociedad-plurilocal-sumar-como-medio>

expertos técnicos que se propongan por el Consejo de Administración para tratar cuestiones puntuales.

Se configura este Consejo Técnico Asesor como un órgano consultivo, propositivo, de información y de asesoramiento de los órganos de gobierno, y especialmente en la gestión y ejecución de actividades y servicios sociales (artículo 29). Tiene como funciones, entre otras, deliberar sobre la orientación general de la gestión técnica de Sumar, informar a Sumar de las cuestiones de interés, participar en la definición y evaluación del modelo técnico de funcionamiento de las infraestructuras y servicios gestionados por Sumar, proponer nuevos proyectos e iniciativas para impulsar a través de Sumar, elevar informes a la Junta General y a los órganos de dirección de Sumar y elaborar dictámenes no vinculantes a petición de la Junta general y de los órganos de gobierno de Sumar (artículos 30 y 31 de los Estatutos).

Vemos así que los poderes adjudicadores forman parte de este Consejo Técnico Asesor, órgano técnico consultivo, de asesoramiento de los órganos de gobierno, con verdadera capacidad de influir sobre los objetivos y las decisiones significativas de Sumar, al poder marcar las estrategias que ha de seguir esta entidad que no puede desvincularse de las pautas determinadas por sus socios (artículo 5.3) precepto estatutario que ya hemos visto que dispone que todas las actividades se desarrollan de acuerdo con las directrices, estrategias y los objetivos determinados por los entes socios de Sumar.

Lo anterior evidencia que el Ayuntamiento de Girona participa, de forma conjunta con representantes de otras administraciones públicas, en los órganos decisorios de Sumar y en los órganos que estatutariamente previstos con capacidad de influir en las decisiones relevantes de Sumar. En fin, todos los poderes adjudicadores, bien de forma directa o a través de representantes conjuntos, participan en los órganos de gobierno y de dirección de la entidad Sumar, como se deduce de la estructura y configuración de sus órganos, apreciándose que los socios administraciones públicas ejercen un efectivo control sobre Sumar”²⁰.

La aplicación de esta doctrina tan flexible y proclive al reconocimiento material del criterio del control análogo conjunto validaría, a nuestro juicio, la reciente regulación de este extremo en el medio propio más transversal y capilarizado de todos los existentes, que es controlado por varias decenas de poderes adjudicadores: el Grupo TRAGSA (que dio origen a la doctrina *Asemfo-Tragsa* sobre el “control análogo conjunto” del TJUE antes comentada). Así, los nuevos Estatutos de TRAGSA, aprobados mediante el Real Decreto 345/2025, de 22 de abril, estatuyen, junto al Consejo de Administración donde los poderes adjudicadores minoritarios no están representados un órgano adscrito al Consejo para ejercer dicho control conjunto (la llamada “Comisión de Control Conjunto de los Poderes Adjudicadores del Grupo TRAGSA,” regulada en su artículo 15) que concita, de forma rotatoria o “por turnos” anuales, a todos los poderes adjudicadores de los que dependen las empresas del Grupo, que junto a la Administración General del Estado es medio propio de todas las Comunidades Autónomas, que han adquirido a tal efecto una sola acción de TRAGSA, y de las Diputaciones Provinciales, que han hecho lo propio en los términos que

²⁰ No obstante, el Tribunal Supremo concluye señalando que “No procede en cambio que formulemos una doctrina jurisprudencial que venga a dar respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión del recurso; y ello, por el hecho de que la resolución de la controversia está tan vinculada a las concretas circunstancias del caso que las respuestas de esta Sala no resultan reconducibles a una formulación de alcance general”.

habilita la Disposición Adicional Vigésimo cuarta de la LCSP.

3.2. Que más del 80% de su actividad se verifique con el poder o poderes adjudicadores de los que el medio propio depende.

El segundo de los requisitos que establecen los artículos 32.2.b), 32.3.3º. b) y 33.2.c) de la LCSP (y el artículo 24.2 del R.D-L 3/2020 para los encargos que se verifican en el marco de los sectores excluidos), a partir del artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE y del artículo 28 de la Directiva 2014/25/UE, radica en que más del 80% de la actividad que realiza el ente destinatario del encargo se lleve a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder o poderes adjudicadores que realizan el encargo y que lo controlan o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que efectúa el encargo.

Este requisito refuerza, junto al del control análogo, la relación de instrumentalidad de los medios propios. De modo que, para que una entidad pueda considerarse válidamente medio propio y recibir encargos, ha de constatarse que la parte esencial de la actividad se realice con el ente o entes que lo controlan, siendo en todo caso marginal (inferior al 20%) su actividad en el mercado libre (Sentencia del TJUE *Carbotermo*, 11 de mayo de 2006 –as. C-340/04-). Dicho de otro modo, más del 80% de la actividad global del medio propio tiene que resultar de los encargos recibidos por la entidad o entidades de las que depende; de forma que el medio propio únicamente podrá prestar servicios en un 20% de su actividad con operadores del mercado “libre”, incluido el mercado internacional (que siempre es mercado “libre” a los efectos de cómputo de este porcentaje)²¹.

Del numerador del citado porcentaje (del 80%) ha de descontarse, si esta circunstancia se produce en algún medio propio, la actividad de servicio público confiada de forma permanente a un medio propio por la vía de transferencias de financiación (y no de encargos), según han interpretado las Circulares conjuntas de la Abogacía del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado de 22 de marzo de 2019²² y de 16 de mayo de 2023²³.

En todo caso, para el cálculo de este requisito ha de tomarse en consideración el

²¹ Pese a lo que acaba de decirse, la Circular Conjunta de la Abogacía General del Estado y la Intervención General de la Administración del Estado de 16 de mayo de 2023, que establece los criterios para calcular la actividad exigida en los apdos. 2.b) y 4.b) del art. 32.2.b) y 32.4.b) de la LCSP en lo relativo a los encargos a medios propios personificados, considera que teniendo en cuenta la finalidad de este requisito en las Directivas europeas que no es otro que salvaguardar la competencia en el mercado interior en materia de contratación pública, “no debe formar parte del concepto de actividad”, entre otras, “aquellas actividades que se realicen como consecuencia de negocios jurídicos suscritos con personas jurídicas de terceros países no miembros de la Unión Europea, toda vez que esas relaciones no son realizadas para falsear, restringir o impedir la competencia efectiva en el mercado interior”, lo que nos parece sumamente discutible desde el prisma del Derecho de la competencia, pues se trata de fondos obtenidos al margen de los encargos que impactan directamente en la cuenta de resultados de la entidad y que se producen en el mercado libre, que es lo que trata de constreñir las Directivas. Puede consultarse la mencionada Circular conjunta en <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/Circular%20conjunta%20AGE-IGAE%20Medios%20propios.pdf.xsig.pdf>

²² <https://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2019/06/Circular-AGE-IGAE-Medios-propios.2019.pdf>

²³ *Cit supra*.

promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados a la entidad en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad o, subsidiariamente, según el art. 32.2.b) de la LCSP “otro indicador alternativo de actividad que sea fiable” (“apropiado”, dice el art. 12.5 de la Directiva 24/2014); y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo (o, en caso de no poder disponerse de ese dato, mediante proyecciones de negocio)²⁴. Luego veremos que la utilización de “otro indicador alternativo” ha resultado especialmente polémica en algún caso, como el de INECO, en el que, dado que su volumen de facturación y de gastos soportados en relación a los encargos que recibe no alcanza la proporción legalmente establecida, puesto que desde esas perspectivas de la facturación y del gasto su actividad fuera de los encargos es superior al 20% (sobre todo por su muy destacable actividad en el mercado internacional, donde no obtiene encargos), se ha empleado un criterio alternativo (las horas dedicadas a cada proyecto, con independencia de que sea o no un encargo) que no resulta “igualmente fiable” para las empresas de ingeniería, competidoras de INECO, que están cuestionando ante los Tribunales esa metodología de cálculo.

Es relevante consignar que la versión originaria de la LCSP exigía, además, que el cumplimiento efectivo del requisito del 80% debería quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el órgano fiscalizador de cuentas en la realización de la auditoría anual de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de control. No obstante, el mencionado inciso fue suprimido por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos para 2021 (aunque continúa vigente para los encargos que se verifican en el ámbito de los sectores excluidos, pues no se derogó la previsión homóloga que contiene el inciso final del apdo. 2º del artículo 24 del R.D-L 3/2020); que también suprimió una importante consecuencia que la ley anudaba al incumplimiento de éste y cualesquiera otros de los requisitos predicables a los medios propios, cual era la pérdida automática de dicha condición y la consecuente imposibilidad de recibir más encargos, entrando los ya adjudicados en fase de liquidación²⁵.

3.3. Que la totalidad de su capital o patrimonio sea de titularidad o

²⁴ No obstante, el artículo 33.3 de la LCSP modula este requisito en el supuesto de que una entidad del sector público estatal que carezca de condición legal de poder adjudicador realice un encargo a otra del mismo sector, siempre que la entidad que realiza 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. En este caso, la Ley entiende que se cumplirá el requisito *“por referencia al conjunto de actividades que se hagan en el ejercicio de los cometidos que le hayan sido confiados por la entidad que realiza el encargo, por la entidad que controla directa o indirectamente tanto a la entidad que realiza el encargo como a la que lo recibe, así como por cualquier otra entidad también controlada directa o indirectamente por la anterior. En estos casos, la compensación a percibir por la entidad que reciba el encargo deberá ser aprobada por la entidad pública que controla a la entidad que realiza el encargo y a la que lo recibe, debiendo adecuarse dicha compensación y las demás condiciones del encargo a las generales del mercado de forma que no se distorsione la libre competencia”*.

²⁵ El suprimido apdo. 5º del artículo 32 de la Ley rezaba lo siguiente: *“El incumplimiento sobrevenido de cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados 2 o 4, según corresponda en cada caso, comportará la pérdida de la condición de medio propio personificado y, en consecuencia, la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada; sin perjuicio de la conclusión de los encargos que estuvieran en fase de ejecución”*.

aportación pública.

En tercer lugar, la LCSP exige que cuando el medio propio sea una persona jurídica de Derecho privado, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública (art. 32.2.c), con lo que no se incorpora a la Ley la posibilidad, admitida por la Directiva, de que las disposiciones nacionales prevean una participación de capital privado²⁶.

Concretamente, el apdo. 3.c) del art. 12 de la Directiva 24/2014, exige *“que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las modalidades de participación de capital privado que no supongan un control o una posibilidad de bloqueo y que vengan impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, y que no suponga el ejercicio de una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada”*. La Directiva se hace eco, en este sentido, de la jurisprudencia *Stadt Halle/Such* (STJUE de 20 de junio de 2014, as. C-574/12) que admite la participación de capital privado en medios propios, siempre no suponga un control o una posibilidad de bloqueo y que vengan impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, así como que no suponga el ejercicio de una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

La incorporación de esta exigencia en la legislación española motivó que, en el momento de aprobarse la LCSP, algunos medios propios que antes estaban participados por entidades privadas (por ejemplo, algunas Fundaciones universitarias, medios propios de sus Universidades, en las que algunas Cajas de Ahorro tenían una participación vía aportaciones a su patrimonio) tuvieran que alterar la composición de su capital por tal circunstancia o perder la condición de medio propio.

3.4. Que la contraprestación compensación de los encargos se fije mediante tarifas previamente aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio.

Un cuarto requisito determinante de la legalidad de un encargo, al que alude el art. 32.2.a) de la LCSP, y que se configura como una regla aplicable en todo caso a los medios propios, es que la compensación del encargo se establezca por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio personificado para las actividades objeto de encargo realizadas por el medio propio directamente y en la forma que reglamentariamente se determine. Especial importancia tiene el mandato de que dichas tarifas hayan de calcularse *“atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a*

²⁶ Concretamente, el apdo. 3.c) del art. 12 de la Directiva 24/2014, exige *“que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las modalidades de participación de capital privado que no supongan un control o una posibilidad de bloqueo y que vengan impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, y que no suponga el ejercicio de una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada”*. La Directiva se hace eco, en este sentido, de la jurisprudencia *Stadt Halle/Such* (STJUE de 20 de junio de 2014, as. C-574/12) que admite la participación de capital privado en medios propios, siempre no suponga un control o una posibilidad de bloqueo y que vengan impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, así como que no suponga el ejercicio de una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

las actividades subcontratadas”; de forma que dichas tarifas “se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas o los servicios prestados directamente por el medio propio”.

Se trata de un requisito singular del ordenamiento español, que no tiene reflejo en las Directivas.

Como más tarde veremos, desde una perspectiva estrictamente económica del gasto público, el régimen tarifario preestablecido es menos ventajoso para el poder adjudicador que realiza el encargo que la licitación, pues en la pública concurrencia siempre se produce una baja del precio de adjudicación frente al valor estimado del contrato o precio de salida de la licitación. Es decir, por vía de principio, es siempre más caro encargar que licitar.

3.5. Que conste el reconocimiento de la condición del medio propio en sus Estatutos y la conformidad o autorización expresa del poder o poderes adjudicadores de los que dependa.

Junto a los anteriores requisitos de carácter más sustantivo, el art. 32.2.d) de la LCSP contempla otro de naturaleza formal: el reconocimiento expreso de la condición de medio propio en los Estatutos o actos de constitución del medio propio. Este requisito, no exigido por las Directivas, implica también las condiciones que deben hacerse constar en el reconocimiento del medio propio, como son: el poder adjudicador o poderes adjudicadores respecto de los que tiene esa condición; el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; así como establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

En este mismo orden de cuestiones formales, el art. 32.2.d) 1º de la LCSP exige que conste la *“conformidad o autorización expresa”* del poder o poderes adjudicadores de los que un ente pretenda ser o constituirse como medio propio, lo que tampoco tiene reflejo en las Directivas²⁷.

Se recordará, en este sentido, que para los medios propios de la Administración general del Estado se prevé un procedimiento específico a tal efecto en el apdo. 3º del artículo 86 de la LRJSP, según el cual *“en el supuesto de creación de un nuevo medio propio y servicio técnico deberá acompañarse la propuesta de declaración de una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y que, en este supuesto de nueva creación, deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado”*.

3.6. Que el medio propio cuente con los medios necesarios para el desempeño de los encargos que recibe y que éstos sean una opción más

²⁷ Este requisito formal ha presentado dificultades de aplicación práctica en algún caso. Es conocido, por su trascendencia mediática, en caso de la Empresa Municipal de Vivienda y Servicios (EMVSA) del Ayuntamiento de La Coruña, a la que el Ayuntamiento pretendió encargar la gestión de las Bibliotecas públicas municipales en detrimento del sistema de licitación mediante concesión anterior, lo que implicaba la subrogación de trabajadores. Ante la oposición del Consejo de Administración de EMVSA al encargo, la Junta de Gobierno Municipal acabó por revocarlo apelando a la falta de conformidad o autorización expresa a la que se refiere el precepto comentado, licitando finalmente el servicio para garantizar los puestos de trabajo de los trabajadores de las bibliotecas.

eficiente que la contratación pública o resulten necesarios por razones de seguridad pública o de urgencia.

Como requisito adicional a los anteriores, a caballo entre un carácter formal y sustantivo, está la muy relevante y problemática previsión de la necesaria *“verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social”* [art. 32.2.d).2º de la LCSP]. La Ley prevé que dicho requisito de la suficiencia de medios se presuma verificado cuando el medio propio haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los Grupos, Subgrupos y Categorías en los que desarrolle su actividad.

Este requisito ya fue exigido para el sector público estatal por el art. 86 de la LRJSP, con mayor alcance incluso a como se plasma en la LCSP, pues la LRJSP suma al control de suficiencia de medios el control de eficiencia de los mismos, circunstancia ésta de mayor calado y alcance. Así, el citado art. 86, que actualmente tiene aplicación general a todos los medios propios y encargos²⁸, impone acreditar que la entidad dispone *“de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación”*. Con la previa condición añadida que su existencia y actividad:

a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.

O, alternativamente, que

b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico”.

La LRJSP exige por tanto motivar con una razón económica (y por ello cuantificable) o con una razón de interés general justificada el recurrir a esta técnica. La concurrencia de una de estas razones, así como de que el medio propio dispone de medios suficientes e idóneos para efectuar las prestaciones propias de su sector de actividad, se somete por el citado art. 86 a dos tipos de controles:

- a) Un control previo, en virtud del cual la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa de tales circunstancias que, en el caso de la Administración general del Estado, deberá ser informada por la Intervención General (art. 86.5 LRJSP).
- b) Un control permanente, dado que la ley dispone que la comprobación de la concurrencia de estos requisitos *“formará parte del control de eficacia de los medios propios o servicios técnicos”* que corresponde realizar al poder adjudicador del que dependan o a la Administración a la que se adscriban (art. 86.2 *in fine* de

²⁸ Por el efecto expansivo que de los principios del art. 86 de la LRJSP provoca el apdo. 3º de la Disposición Final 4ª de la LCSP al declarar subsidiariamente aplicable a los medios propios personificados el régimen de la LRJSP. En virtud de dicha previsión (*“En relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados, en lo no previsto en la presente Ley, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”*), que sí tiene carácter básico (según la Disposición Final Primera de la propia Ley), ha de entenderse que el régimen del referido art. 86 LRJSP, previsto inicialmente para el sector público estatal, deviene aplicable al sector público autonómico y local.

la LRJSP).

Con la exigencia del control de suficiencia, unido al control de eficiencia, se quiere evitar, en suma, que el ente instrumental tenga que recurrir en exceso, por carecer de los medios necesarios para llevar a cabo el encargo, a la subcontratación. Se trata de evitar así situaciones de fraude de la legislación de contratación pública, como ha puesto de relieve el Tribunal de Cuentas (“Informe de fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados ministerios, organismos y otras entidades públicas”, abril de 2015; y, en el mismo sentido, “Informe de fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los ministerios, agencias y organismos autónomos del área político-administrativa del Estado, ejercicios 2008-2012”, de 28 de noviembre del 2013), al configurarse la encomendaria como una mera entidad intermedia con cuyo concurso se habilita un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, más flexible y menos garantista para el interés público, al sustituir un eventual contrato administrativo (si lo hubiera celebrado directamente la Administración) por uno privado (celebrado por un ente instrumental sometido al Derecho privado) y al poder relajarse los requisitos de preparación y adjudicación de los contratos y, sobre todo, de su ejecución.

En este punto, el gran problema es que la LCSP no resuelve la cuestión de si el control de adecuación del medio propio ha de hacerse “encargo a encargo” o con carácter general y por una sola vez, para toda la actividad encargada al medio propio en razón de su objeto social una vez que se constituye dicho medio propio como tal. Y tampoco resuelve esta duda el art. 86 de la LRJSP. En puridad, el control *ex ante* “encargo a encargo”, que mida la mayor eficiencia de cada encargo por parte de la Administración mandante no tiene reflejo legal más allá de la obligación de motivar la Resolución por la que se hace el encargo al medio propio.

Exponemos a continuación los argumentos en favor y en contra de una y otra interpretación²⁹, avanzando que nos decantamos por la necesidad de justificar la mayor eficiencia del encargo frente a la licitación, de no concurrir los requisitos de seguridad o urgencia del apdo. b) del artículo 86.b) de la LRJSP, en cada caso concreto; esto es, “encargo a encargo”.

En primer lugar, siguiendo una interpretación sistemática e integrada de los apartados a) y b) del artículo 86 de la LRJSP, se desprendería a nuestro juicio la necesidad de llevar a cabo un control de la eficiencia en términos de rentabilidad económica “encargo a encargo”. Desde esta perspectiva, no tendría sentido que en aquellos casos en los que los encargos se realicen por razones de seguridad pública o de urgencia [art. 86.2.b) LRJSP], tales circunstancias deban evaluarse y justificarse “encargo a encargo” y, en contraposición, la mayor eficiencia en términos de rentabilidad económica solo sea exigible en el momento de creación del medio propio, pudiendo así la Administración

²⁹ A nuestro juicio, el mejor análisis sobre este específico problema en la doctrina es el de DURÁN SÁNCHEZ, J.L., “El requisito de la eficiencia en el uso del encargo a medio propio por las Administraciones Públicas, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 68, 2025; donde el autor concluye que existen sólidos indicios de que el encargo a medio propio es, en general, menos eficiente que la contratación pública, lo que permite afirmar una presunción de mayor eficiencia del contrato público. En consecuencia, el juicio de eficiencia no debe limitarse al momento de creación del medio propio, sino que ha de realizarse caso por caso, con ocasión de cada encargo concreto.

eludir este control cuando el encargo se realice en virtud del artículo 86.2.a) de la LRJSP. Siguiendo esta interpretación sistemática, el juicio de eficiencia no sería únicamente apreciable como requisito inicial para poder constituir el medio propio, sino que debería realizarse, caso por caso, encargo a encargo, para cada uno de los expedientes de encargo a medios propios que se realicen por la Administración.

Asimismo, el requisito de la eficiencia deberá completarse con el de la mayor eficacia y sostenibilidad de la opción del encargo frente a la contratación pública, constituyendo así todos ellos (eficiencia, eficacia y sostenibilidad), de forma acumulada, el presupuesto que haga posible y permita acudir al encargo al medio propio fuera de los casos en los que concurran circunstancias de urgencia o de seguridad pública. Cabría invocar en apoyo de esta interpretación la aplicación del principio de eficiencia de la contratación pública, entendido como corolario del de buena Administración (artículo 41 de la Carta de Derecho Fundamentales de la UE); principio de eficiencia que tiene reflejo directo en los artículos 1.1 y 28 de la LCSP (y en el artículo 31.2 de la CE) y en los artículos 3.1.h) e i) de la propia LRJSP. Apoyaría igualmente esta interpretación el principio hermenéutico sentado por el TJUE (Sentencia *Enterprise Focused Solution*, de 16 de abril de 2015, asunto C-278/14) de que no cabe “una interpretación relajada” de los principios de la contratación pública, entre ellos del de eficiencia (al igual que sostuvo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 84/2015, de 30 de abril), ni tampoco de las excepciones a la licitación.

De esta forma, la vertiente económica de la decisión administrativa de encargar una actividad a un medio propio cobra entidad jurídica como parámetro de control que, por lo demás, siempre podría ser operativo con carácter *ex post* a la adopción del mismo por la vía de los recursos administrativos (especiales o no) y jurisdiccionales.

En suma, la aplicación de este requisito implica que deba realizar este control de eficiencia con respecto a cada uno de los encargos, motivándolo debidamente en la Resolución que lo apruebe en atención a la concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 86.2 de la LRJSP, expuestas *ut supra*.

Esta tesis del control “encargo a encargo” ha sido avalada por diversos pronunciamientos de algunos Tribunales especiales de recursos contractuales han acogido la teoría del control “encargo a encargo” en distintas Resoluciones. De forma reiterada lo ha hecho el Tribunal Administrativo de Recurso Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJA) se ha mostrado favorable a realizar el control encargo a encargo en sus Resoluciones nº 41/2019, de 19 de febrero; nº 84/2019, de 21 de marzo; y nº 95/2019, de 28 de marzo.

En la citada Resolución nº 41/2019 se afirma que -el subrayado es nuestro-:

“sin perjuicio del deber de cumplir los requisitos del artículo 86 de la Ley 40/2015, a los efectos de poder declarar a una determinada entidad como medio propio respecto de determinados poderes adjudicadores, los concretos encargos han de partir de la justificación de que el recurso al encargo es más eficiente que la licitación del contrato, entendiéndose el término eficiente en sentido amplio, comprensivo tanto si concurren las circunstancias contempladas en la letra a) como si concurren las previstas en la letra b) del apartado 2 del citado artículo 86.

Ello es así porque si bien la existencia de dichas circunstancias se contempla en el precepto como un requisito previo a la declaración de medio propio, a la hora de efectuar los concretos encargos debe realizarse una apreciación de la concurrencia de

las mismas, actualizada a dicho momento en función de las condiciones concretas del encargo, por exigencias del principio de eficiencia entendido en sentido amplio.

En definitiva, al objeto de controlar el cumplimiento en la actuación de la Administración del principio de eficiencia es preciso que en la memoria justificativa del encargo se expliciten las razones por las que el recurso al encargo resulta más eficiente en sentido amplio que el recurso a la contratación pública”.

También cabe citar, del mismo Tribunal especial, las más recientes Resoluciones nº 500/2022 y nº 501/2022, de 21 de octubre³⁰. Ambas recogen la doctrina fijada por el TARCA en su Resolución nº 41/2019, añadiendo lo siguiente:

“Ahora bien, eso no significa que con ocasión de la realización de los concretos encargos a una entidad ya declarada medio propio no deban justificarse determinados extremos, entre los que se encuentre el ser una opción más eficiente que la contratación pública. En este sentido, la necesidad de que los requisitos para que proceda un encargo han de ser objeto de interpretación estricta ha sido puesta de relieve por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

Por su parte, el Tribunal Catalá de Contractes del Sector Públic (TCCSP) también se ha mostrado firme defensor de la tesis del control “encargo a encargo”. En su pionera Resolución nº 105/2018, de 15 de junio, dicho órgano ya sostuvo que,

“sobre la necesidad de la existencia de esta motivación formal y material en la adopción de modelo de gestión directa del servicio mediante una entidad que tenga la consideración de medio propio (...), solo cuando se constate que un determinado encargo puede ser satisfecho por un medio propio, de manera inequívoca, en condiciones más ventajosas que las de mercado, el cambio de gestión indirecta por una gestión directa de los servicios resultaría congruente con el principio de eficiencia que debe presidir la actuación del sector público”

En la Resolución nº 259/2022, de 25 de octubre de 2022, el propio TCCSP afirmó más explícitamente que

“Respecto de esta cuestión, como este Tribunal ya ha tenido ocasión de exponer en anteriores ocasiones (por todas, las resoluciones 391/2020, 249/2018, 113/2018 y 105/2018), se tiene que poner de relieve que, más allá de dilucidar sobre el alcance de la aplicación de la previsión del artículo 86.2 de la LRJSP relativa al requisito, o bien la opción del encargo al medio propio sea más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica, o bien resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia la motivación y justificación del encargo se configura como la más elemental herramienta de garantía de buen gobierno y buena administración, especialmente vinculada al cumplimiento del principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos

³⁰ Es de consignar, respecto a estas últimas resoluciones citadas, que no cabría aducir frente a ellas que la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, exige el control “encargo a encargo” en su artículo 53.5.a), pues tal exigencia es relativa a la Administración autonómica, y ambas Resoluciones versan sobre encargos realizados en el seno de la Administración Local, a la que no resulta de aplicación la citada Ley.

(artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera).

Y, en este mismo sentido, este Tribunal tiene que recordar que la motivación y la justificación del acuerdo de efectuar el encargo acontece un requisito de base para poder llevar a cabo la revisión de una decisión que, cuando menos, tiene que implicar la escrupulosa observancia de la concurrencia de los requerimientos exigidos para situar este negocio jurídico exento de la normativa de contratación pública y, por lo tanto, de su exclusión de la licitación en el mercado abierto (en este sentido, informes 65/2007, de 29 de enero de 2009, y 2/2012, de 7 de junio de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado).

Efectivamente, los poderes públicos disponen de una amplia libertad y discrecionalidad para la adopción de la forma de gestión del servicio, tal y como reconocen las propias directivas de 2014 (artículos 1.4 de la Directiva 2014/24/UE y 2.1 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión), pero esta capacidad de elección de la forma de gestión no les exime de justificar el recurso a la fórmula que sea -gestión directa o indirecta- en términos, cuando menos, de eficiencia o eficacia ex artículos 32 y disposición final cuarta de la LCSP y 86 de la LRJSP, anteriormente reproducidos”

En el mismo sentido se pronuncian la Resoluciones nº 294/2022, de 16 de noviembre de 2022, y nº 319/2022, de 30 de noviembre de 2022, también del TCCSP. En su Resolución nº 300/2022, de 23 de noviembre, del Tribunal de recursos contractuales Catalán lo dice taxativamente (el subrayado es nuestro)

“(...) este Tribunal debe recordar que la motivación y la justificación del acuerdo de efectuar el encargo se convierte en un requisito de base para poder llevar a cabo la revisión de una decisión que, al menos, debe implicar una escrupulosa observancia de la concurrencia de los requerimientos exigidos para situar este negocio jurídico exento de la normativa de contratación pública y, por tanto, de su exclusión de la licitación en el mercado abierto (en este sentido, informes 65/2007, de 29 de enero de 2009, y 2/2012, de 7 de junio de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado)”.

Otro órgano que se ha mostrado favorable a esta interpretación es el Tribunal de Recursos Contractuales de Castilla y León (TARCCyL), que en su Resolución nº 61/2019, de 22 de mayo, concluyó lo siguiente tras citar el Informe de 8 de marzo de 2016 del Consejo de Cuentas de Castilla y León -el subrayado es nuestro-:

“La encomienda de prestaciones de naturaleza contractual a medios propios y servicios técnicos creados al efecto, supone una modalidad organizativa y de actuación administrativa que excepciona los principios contractuales públicos contemplados en el artículo 1 del TRLCSP, con especial incidencia en la anulación del principio de concurrencia, y las correspondientes consecuencias que se producen sobre el mercado.

La decisión de renunciar al mercado y acudir a otras fórmulas que implican el aumento de tamaño del sector público, y normalmente del gasto, debe fundamentarse por tanto en circunstancias suficientemente acreditadas que así lo justifiquen”.

Obviamente, dicha justificación no puede ser exclusivamente el cambio de régimen jurídico y de procedimiento aplicable a la prestación, que es indisponible para el órgano administrativo y que implica menores garantías para los intereses públicos.

La justificación de la elección de la encomienda como modalidad de gestión, en lugar de la licitación pública, debe por tanto constar expresamente en el expediente; constancia que no puede referirse a un aspecto meramente formal o documental, con vagas referencias de los órganos gestores a la insuficiencia de medios personales o materiales no probadas, o a la necesidad de acelerar o flexibilizar el encargo por razones de urgencia no acreditada”.

Más recientemente, el TARCCyL ha reiterado su postura sobre esta materia en la Resolución nº 93/2025, de 5 de junio.

También han sido varios los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa han acogido la doctrina del control “encargo a encargo” sentada por los Tribunales de recursos contractuales citados en las siguientes resoluciones:

- La Sentencia nº 4978/2022, de 20 de mayo, también de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (rec. núm. 27/2019), que afirma que,

“En este punto, como se indicaba en la Sentencia de esta Sala y Sección número 3719/2021, de 17 de septiembre, la prestación del servicio por medio propio exige el requisito de que esa prestación sea más eficiente que la gestión indirecta en los términos establecidos en el art. 86 de la LRJSP, por lo que la Administración debe acreditar esa mayor eficacia antes de atribuir a un medio propio la gestión del servicio.

Al respecto, la falta de requisitos legales para la formalización del encargo a medios propios implica que la cuestión sobre la mayor rentabilidad o eficacia no pueda deslindarse de la condición de SUMAR como operador de mercado, de manera que no se trata tanto de valorar si la oferta que presenta es más ventajosa que la que existía anteriormente, lo cual en el caso podría apreciarse, sino de determinar si la oferta presentada no puede ser mejorada en un proceso de concurrencia competitiva, no apareciendo de forma inequívoca en este caso que el servicio ofertado pueda ser prestado en condiciones más ventajosas que las de mercado”.

- La Sentencia nº 160/2018, de 26 de febrero de 2018, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que declaró lo siguiente -el subrayado es nuestro-:

“Dicho de otra forma, solo cuando se constate que un determinado encargo puede ser satisfecho por un medio propio, de manera inequívoca, en condiciones más ventajosas que las de mercado, el cambio de gestión indirecta por una gestión directa de los servicios resultaría congruente con el principio de eficiencia que debe presidir la actuación del sector público. Y esto no sólo no se ha valorado por la sentencia de instancia, sino que, además, de haberse hecho se habría constatado que era la gestión indirecta la que permitía una prestación con mayor eficiencia y menor coste. En definitiva, que la gestión directa por COGERSA no permitiría obtener un servicio considerablemente mejor (de hecho, el servicio ofertado por FCC supera al propuesto por COGERSA) ni un coste considerablemente inferior (de hecho, el coste derivado de la prestación por FCC es inferior), lo que se reconoce por la propia sentencia de instancia. Siendo evidente, además, que no concurre una circunstancia excepcional y sobrevenida de tal entidad y envergadura que venga a rebatir los parámetros que en su día fueron examinados al convocar la

licitación para la adjudicación del contrato, justificando por razón de la entidad de ese interés público la quiebra de los principios de lealtad y buena fe entre las partes”.

- La Sentencia nº 265/2024, de 22 de marzo de 2024, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que estima el recurso interpuesto por la Confederación Asturiana de la Construcción contra la Resolución de la Consejería de Cultura, Política Lingüística y Turismo del Gobierno de Asturias, de 22 de noviembre de 2022, por la que se encarga a TRAGSA la ejecución de la obra de construcción del edificio de ensayos de la banda de música y coral de Candás. Entre otros motivos, el recurso impugna la resolución por considerar que el encargo a TRAGSA adolece de falta de acreditación de la eficiencia del encargo y de la existencia de razones de seguridad pública o de urgencia.

La demandante mantenía el criterio de que la eficiencia debe justificarse “encargo a encargo”, y no únicamente en el momento de creación del medio propio. Frente a ello, la demandada considera que no sería necesario justificar la eficiencia “encargo a encargo”. La Sentencia estima el recurso en relación con este motivo expresando que - el subyacente es nuestro:-

“La discrepancia entre las partes respecto a si el cumplimiento de los requisitos contemplados en las letras a) y b) del apartado 2 es necesario únicamente para la declaración de medio propio y servicio técnico o si también ha de exigirse con ocasión de la realización de los concretos encargos a una entidad ya declarada medio propio, ha de resolverse en este segundo sentido, es decir, imponiendo para cada encargo la justificación de alguno de los extremos señalados en el precepto. En primer lugar, porque la propia configuración de las circunstancias previstas en las letras a) y b) como alternativas es incoherente con una acreditación previa y de carácter general. Pero sobre todo porque esta conclusión es la única posible en relación a las circunstancias de la letra b), es decir, las razones “de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios” ya que las mismas solo pueden referirse a cada supuesto en particular. Incluso la más genérica circunstancia de la letra a), esto es, que la opción del encargo “sea una opción más eficiente ...aplicando criterios de rentabilidad económica” apunta a un supuesto en concreto como única forma de realizar la obligada comparativa de rentabilidad económica.

Ciertamente, la posición de las demandadas se apoya en algunas Resoluciones del TACRC, en particular la nº 696/2022, de 16 de junio que señala con rotundidad (fto. derecho noveno): “Pues bien, este Tribunal considera que el encargo no es un régimen excepcional sino una alternativa a la contratación pública y que, conforme a la legislación vigente, acreditada la condición de medio propio de la entidad a quien se realiza el encargo en el momento de su creación o con posterioridad dicha declaración evita que se exija una motivación ad hoc para cada encargo de los extremos que establece el art 86 de la LRJSP”. También se sustenta en la modificación del apartado 3 del artículo 86 LRJSP, efectuada por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, pues refiere la acreditación de las circunstancias del apartado 2 exclusivamente al procedimiento previo de aprobación o declaración de una entidad del sector público institucional como medio propio.

Sin embargo, no se comparte esta interpretación del referido artículo 86 LRJSP, al que expresamente se remite el art. 32.1 LCSP, de obligada aplicación a TRAGSA dada su consideración de medio propio “de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, de los

Cabildos y Consejos Insulares, de las Diputaciones Forales del País Vasco, de las Diputaciones Provinciales y de las entidades del sector público dependientes de cualesquiera de ellas que tengan la condición de poderes adjudicadores” (D.A. 24ª).

Una vez sentada la necesaria justificación de cada encargo, la conclusión a adoptar en el presente caso ha de ser, necesariamente, la de estimar el recurso por la falta de este requisito. En efecto, descartada la concurrencia de las razones de seguridad pública o de urgencia, sólo la eficiencia, evaluada en términos de rentabilidad económica, permitiría sostener dicha opción en el caso que nos ocupa. Pero, en coherencia con la posición sostenida en esta litis, el órgano de contratación demandado no realizó el preceptivo informe de eficiencia previo al encargo, ni tan siquiera una Memoria justificativa del mismo, por lo que la ausencia de este requisito ha de motivar la anulación de la resolución recurrida.

A mayor abundamiento, si acudimos a la prueba pericial aportada por el propio órgano de contratación para intentar acreditar la concurrencia de este requisito, una vez realizado el encargo, la solución sería la misma ya que dicha prueba pone de manifiesto que, de haber realizado ese examen de eficiencia en el momento procedimental oportuno, el resultado hubiera sido el que sostiene la Confederación demandante, esto es, que la licitación pública del contrato hubiera sido más eficiente, en términos de rentabilidad económica, que el encargo, dada la importante diferencia (100.000 euros) reconocida por el propio perito de la codemandada Sr. Fulgencio entre el precio del encargo y el “presupuesto estimado valor medio de las tres metodologías” empleadas para hallar la rentabilidad económica”.

Se ha ponderado mucho esta Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias por sostener que el cumplimiento de los requisitos del artículo 86.2 de la LRJSP [a) que el encargo sea una opción más eficiente, sostenible y eficaz que la contratación pública, aplicando criterios de rentabilidad económica; o, b) que concurran razones de seguridad pública o de urgencia] no se puede comprobar con una acreditación previa y de carácter general en el momento de constitución del medio propio; y por haber sido objeto de un recurso de casación interpuesto por TRAGSA que fue admitido por medio del Auto, de 23 de abril de 2025, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (rec. cas. 5151/2024), que está pendiente de resolución en el momento de redactarse estas líneas. El Auto de admisión señala que las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia serían las siguientes -el subrayado es nuestro-:

“1ª.- Si en el encargo a medio propio es suficiente con que los requisitos del art. 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (bien porque sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica; o bien porque resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico) se verifiquen en el momento de reconocimiento de la entidad como medio propio o si, por el contrario, es necesaria una justificación en cada encargo que se realice por un poder adjudicador a un medio propio personificado.

2ª.- Si dentro del ámbito de actuación que para TRAGSA define la D.A. 24ª de la LCSP cabe ejecutar obras de carácter educativo/cultural en una parcela calificada urbanísticamente como suelo urbano, pero que se ubica en un municipio eminentemente rural”.

Frente a lo argumentado hasta ahora, algunos Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales sostienen que no es necesario llevar a cabo un control casuístico “encargo a encargo” de la eficiencia, con el principal argumento de que dicho control ya se produce en el momento inicial del reconocimiento del medio propio en los términos del artículo 86.3 de la LRJSP. El que más insistentemente ha negado la procedencia del control “encargo a encargo” es el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resoluciones núm. 1106/2019, de 7 de octubre, núm. 696/2022, de 16 de junio, o núm. 1441/2024, de 13 de noviembre de 2024), cuya doctrina la han seguido otros como el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (en su Resolución núm. 154/2025, de 22 de abril, con remisión a las Resoluciones 250 y 251 del mismo órgano).

Este criterio también ha sido asumido por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en su Sentencia 2435/2023, de 10 de julio de 2023 y por la homónima Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia núm. 168/2024, de 13 de marzo.

Pendientes de que se resuelva el recurso de casación frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias antes consignado, ha de añadirse que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo acaba de admitir a trámite un recurso contencioso-administrativo frente a la autorización que el Consejo de Ministros acordó [por exceder de los doce millones de euros a los que se refiere el artículo 32.6.c) de la LCSP] para que el Ministerio de Fomento encargase a INECO el proyecto de ejecución del puente de la S-40 sobre el río Guadalquivir tras la estimación parcial del recurso especial frente a dicho encargo por parte del Tribunal Central de recursos contractuales núm. 48/2025. Es de esperar, por tanto, que ya sea al resolver este recurso ordinario, que plantea directamente la cuestión del control “encargo a encargo”; ya el de casación deducido frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, el Tribunal Supremo resuelva definitivamente esta controvertida cuestión.

A la espera de dicho pronunciamiento definitivo, no está de más citar los pocos precedentes jurisprudenciales del Tribunal Supremo que afrontan la cuestión de la eficiencia de los encargos, siguiera en algunos aspectos generales más colaterales, no centrados en el control “encargo a encargo”, pero que, a nuestro juicio, apuntan una sensibilidad favorable a acoger dicha tesis.

En primer lugar, cabría citar la STS de 20 de septiembre de 2018 (rec. núm. 4396/2017), que al analizar los requisitos establecidos por las letras a) y b) del art. 86.2 de la LRJSP, afirmaba que

“La concurrencia de una de estas razones, así como de que el medio propio dispone de medios suficientes e idóneos para efectuar las prestaciones propias de su sector de actividad, se somete por el artículo 86 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público a dos tipos de controles:

a) Un control previo, en virtud del cual «a la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico».

b) Un control permanente, dado que la ley dispone que la comprobación de la concurrencia de estos requisitos «formará parte del control de eficacia de los medios propios o servicios técnicos» que corresponde realizar, en los términos expuestos, al

Ministerio del que dependan o al que se adscriban. Las entidades y organismos públicos que revistieran la condición de medio propio antes de la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público deberán a este precepto, acreditando, por tanto, el cumplimiento de estas prescripciones, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley, que tuvo lugar el 2 de octubre del 2016 (disp. adic. sexta).

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

Asimismo es de tener en cuenta la más reciente STS nº 870/2024, de 12 de febrero de (rec. cas. 477/2022), que, pese a no entrar en la resolución del problema aquí planteado, señala lo siguiente -el subrayado es nuestro-:

“En definitiva, no cabe excluir la posibilidad de que, en determinadas circunstancias extraordinarias, una Administración que no posea los medios materiales o técnicos idóneos para el desempeño de las competencias que le han sido encomendadas pueda acudir por razones de eficacia a la colaboración con otras entidades, bien utilizando la figura de la encomienda de gestión o bien valiéndose de los servicios de una persona jurídica distinta que tenga la consideración de “medio propio de la administración”. Es más, el encargo para reforzar con su personal y medios técnicos las carencias puntuales que pueda tener una Administración pública constituye la razón de ser de un “medio propio”, en cuanto dispone de una infraestructura suficiente e idónea para realizar prestaciones en el sector de actividad de que se trate en su objeto social, por tratarse de una opción más eficiente que la contratación pública o por concurrir razones de urgencia que exijan la necesidad de disponer de los servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico (artículo 86.2 de la Ley 40/2015)”.

En base a lo anterior, el Tribunal Supremo concluye -el subrayado es nuestro-:

“En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada procede señalar que, en determinadas circunstancias extraordinarias y cuando una Administración no posea los medios materiales o técnicos idóneos para el desempeño de las competencias que le han sido encomendadas, puede acudir por razones de eficacia a la colaboración con otras entidades, en concreto a una sociedad mercantil estatal que tenga la consideración de medio propio de la Administración”.

Si bien, como se ha dicho, en esta Sentencia el Tribunal Supremo no hace referencia de forma explícita a la necesidad de un control de la eficiencia encargo a encargo, en el fondo lo estaría haciendo de forma implícita al resolver que, “en circunstancias extraordinarias y cuando una Administración no posea los medios materiales o técnicos idóneos” podrá acudir a un medio propio “por razones de eficacia”.

3.7. Que la subcontratación de las prestaciones encargadas no rebase ciertos límites.

Pese a no pronunciarse expresamente la LCSP sobre el modo y el alcance del control de la adecuación y la eficiencia del encargo, lo que sí hace es limitar cuantitativamente la subcontratación al 50% de cada encargo en el art. 32.7 de la LCSP, que es un requisito que opera como “termómetro” de la eficiencia del encargo, pues a mayor subcontratación menor será la eficiencia del medio propio y la adecuación de sus medios para la realización del encargo. Concretamente, el primer párrafo de la letra b) del apdo. 7º del art. 32 dispone que *“El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo”*.

Ello no obstante, la modificación de la LCSP operada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2018 tuvo por objeto, entre otras cuestiones, el régimen de la subcontratación aplicable a los encargos a medios propios previsto en el art. 32.7.b) de la LCSP. La modificación delimita el ámbito de aplicación del cómputo de la subcontratación sobre las prestaciones parciales del encargo, excluyendo del mismo a los suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyan una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso productivo. Además, esta modificación introdujo dos excepciones adicionales al límite del 50% de la subcontratación consistentes en aquellos encargos que tengan por objeto *“la prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración Pública con el fin de garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y sistemas, así como la integridad, fiabilidad y confidencialidad de la información”*. Disponiendo, además, que *“Excepcionalmente podrá superarse dicho porcentaje de contratación siempre que el encargo al medio propio se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución”*. Añadiendo, acto seguido, que *“[l]a justificación de que concurren estas circunstancias se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con éste”*.

En todo caso, de la dicción literal del artículo citado se desprende que la superación del límite del 50% de subcontratación de las prestaciones parciales en los encargos a medios propios en estos supuestos tendrá carácter excepcional, con las especiales necesidades de motivación y justificación reforzada que lleva consigo la aplicación de dicha excepción.

3.8. Que se cumplan ciertos requisitos de publicidad y transparencia de los encargos.

Finalmente, es preciso señalar un par de previsiones importantes relativas a la publicidad y transparencia de los encargos.

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno recoge la obligación de publicar los encargos que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma (art. 8.1.b).

Avanzando un paso más en este sentido, el art. 32.6, letras a) y b) de la LCSP, establece que el medio para llevar a cabo esta publicación es la Plataforma de Contratación correspondiente. A tal efecto, el medio propio deberá publicar en dicha Plataforma *“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". Y, en cuanto a los encargos con un importe superior a 50.000 euros (IVA excluido), deberán "ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente".

4. Vías de control de los encargos a medios propios.

Como quedó indicado anteriormente, la LCSP contemplaba originariamente que el incumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados 2 o 4 del artículo 32 de la LCSP (a saber: regla del control análogo, individual o conjunto; contraprestación del encargo conforme a las tarifas previamente aprobadas por la entidad de la que el medio propio depende; cumplimiento de la regla del 80%-20%; que la totalidad del capital o del patrimonio del medio propio sea de titularidad o aportación pública; y expreso reconocimiento de la condición de medio propio por parte del poder adjudicador que hace el encargo, que deberá constar en los Estatutos de aquél, previo verificación de que el mismo cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social) comportaría la pérdida de la condición de medio propio del ente afectado; y, en consecuencia, la imposibilidad de seguir efectuando encargos a dicho medio propio, añadiendo el efecto de liquidación de los encargos que estuvieran en fase de ejecución (apdo. 5º del art. 32 de la LCSP). Sin embargo, también advertimos que dicha previsión fue suprimida por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021 (aunque continúa vigente para los encargos que se verifican en el ámbito de los sectores excluidos, pues no se derogó la previsión homóloga que contiene el inciso final del apdo. 2º del artículo 24 del R.D-L 3/2020).

No obstante, el incumplimiento de estos o de otros de los requisitos legales que la Ley exige a los encargos y a los medios propios personificados y que hemos analizado anteriormente, no impide que aquéllos puedan ser declarados ilegales y anulados mediante su impugnación, por la vía del recurso especial en materia de contratación pública o el recurso jurisdiccional ulterior; ni tampoco que la actividad del medio propio pueda ser censurada por contravenir las normas sobre competencia.

4.1. El recurso especial en materia de contratación pública y la vía jurisdiccional de lo contencioso-administrativo.

En primer lugar, los encargos a medios propios son susceptibles del recurso especial en materia de contratación pública en los términos que contempla el artículo 44.2.e) de la LCSP, que habita la impugnación por esta vía de los actos de *"formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales"* cuando se superen las cuantías que señala el artículo 44.1 de la LCSP (tres millones de euros para las obras y concesiones de obra o de servicio y cien mil euros para los servicios y los suministros). En caso de no superar las mismas, cabría recurso administrativo "impropio" frente a la entidad de la que dependan y ulterior recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio de que ésta última vía de impugnación directa ante la jurisdicción contencioso-administrativa también cabe alternativamente contra todos los encargos, dado el carácter potestativo del recurso especial en materia de contratación (art. 44.6 y 7 de la LCSP).

Por esta vía del recurso especial se ha conducido la depuración de la legalidad de muchos encargos que han sido objeto de Resoluciones de los Tribunales especiales de las que hemos dado cuenta anteriormente. Sin embargo, la vía del recurso especial o del recurso

contencioso-administrativo singular frente a un concreto encargo no es apta para depurar cualesquiera de los incumplimientos de los requisitos legales antes enunciados. Se trata de una vía que puede ser adecuada para cuestionar, por ejemplo, excesos relativos a encargos que no se ajustan al objeto social (caso, por ejemplo, de TRAGSA), del control análogo (caso SUMAR), de los límites de la subcontratación o del control de eficiencia “encargo a encargo” (caso INECO), pero no es una vía hábil para incumplimientos “transversales” relativos a la actividad misma del medio propio en su conjunto (por ejemplo, regla del 80%-20% o percepción de ayudas de Estado) que no pueden medirse ni controlarse en un recurso contra un concreto encargo porque afectan a toda la actividad del medio propio en su conjunto, que no es susceptible de ser enjuiciada a la vista de un encargo en concreto.

En estos otros casos, la vía de control no es el recurso especial ni el recurso contencioso-administrativo sino las vías específicas de denuncia e impugnación previstas en la legislación sobre Derecho de la competencia.

Veamos seguidamente las que se han presentado en este campo hasta la fecha, distinguiendo las que se han conducido en el ámbito del incumplimiento de las reglas de defensa de la competencia y de la competencia desleal que fija el ordenamiento español de las que se han proseguido en el ámbito europeo de la competencia.

4.2. Acciones por infracción del Derecho de la competencia.

4.2.1. Falseamiento de la competencia por prácticas desleales.

Las Asociaciones empresariales de ingeniería han entablado acciones ante las autoridades españolas de competencia y las instancias judiciales para perseguir, desde la perspectiva del Derecho español de la competencia, actos de competencia desleal frente a INECO³¹. Los actos denunciados parten de acreditar los incumplimientos de las Directivas 2014/24/UE (artículo 12) y 2014/25/UE (artículo 28) y de la legislación española de contratos del sector público (art. 32 de la LCSP y art. 25 del Real Decreto-Ley 3/2020) detectados en la actuación de INECO; particularmente el del control análogo conjunto y el que deriva de la regla del 80%-20%, que los denunciantes entienden que, desde la perspectiva del Derecho español, suponen para INECO una ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de las leyes (art. 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal), que a su vez supone un ilícito de falseamiento de la libre competencia por actos desleales contemplado en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la

³¹ INGENIERIA Y ECONOMIA DEL TRANSPORTE SME MP S.A. (INECO), es una sociedad mercantil estatal de titularidad 100 % pública adscrita funcionalmente al Ministerio de Transporte y Movilidad Sostenible, que depende de la Administración General del Estado a través de sus accionistas, todos ellos entidades adscritas al citado Ministerio y vinculadas asimismo a la Administración General del Estado. INECO mantiene con las entidades que titularizan su capital (ENAI, ADIF, ADIF-Alta Velocidad y RENFE-Operadora), así como con AENA, la mayor parte de su volumen de negocio en los últimos años, actuando como “empresa asociada” de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de sectores excluidos de la legislación general de contratos públicos (Directiva 2014/25/UE, transpuesta por el RD-Ley 3/2020, de 4 de febrero) por operar todas ellas en el sector de los transportes; salvo con ENAI a la que sirve como “medio propio” de los contemplados en la legislación general de contratos del sector público (art. 32 LCSP). Esta última es también la condición y el régimen jurídico aplicable a los encargos que INECO recibe de otros organismos y entidades del sector público estatal que no operan en el sector del transporte, así como para los encargos que recibe de otros órganos de la Administración General del Estado ajenos a ese sector de actividad (Directiva 2014/24/UE, transpuesta por la LCSP).

Competencia (artículo 3) en relación con la cláusula de general prohibitiva de dicha Ley (artículo 4).

Respecto de los incumplimientos denunciados, se recordará, en primer lugar, que los poderes adjudicadores a los que INECO sirve como medio propio han de ejercer un “control análogo” sobre INECO al que ejercen sobre sus propios servicios. Esta última condición -la del control análogo, en este caso “conjunto”- ha sido cuestionada por el Tribunal de Cuentas en el caso de INECO en su Informe núm. 1.197, de 22 de diciembre de 2016, de fiscalización sobre la utilización de los encargos a medios propios, y en su Informe 1.324, de 30 de mayo de 2019, sobre fiscalización de determinadas entidades del sector público de la Administración General del Estado, que dio lugar a la Resolución de 28 de febrero de 2022, aprobada por la Comisión Mixta del Parlamento español, relativa al Informe de fiscalización del grado de cumplimiento por INECO de las principales recomendaciones incluidas en los Informes de fiscalización anteriores en relación con el Informe de fiscalización del grado de cumplimiento por INECO de las recomendaciones incluidas en los Informes de fiscalización anteriores (que se remontan a los Informes núm. 116 de 2015 y al citado Informe núm. 1.197 de 2016).

Asimismo, en segundo lugar, los Informes de la CNMC, OIRESCON y del Tribunal de Cuentas relativos a las cuentas de INECO, ofrecen muchas dudas, con indicios sólidos y elocuentes, de que esta entidad cumpla efectivamente la regla del 80%-20% en términos cuantitativos (que menos del 20% de su actividad se desarrolle en el mercado libre, al margen de los encargos), temporales (acreditado durante los últimos tres años) ni cualitativos (porque el cálculo que hace INECO del citado porcentaje no se hace mediante un indicador alternativo de actividad que sea “igualmente fiable” en términos contables³²). Además, la intención que pueda tener INECO en pretender cumplir la regla del 80%-20% le lleva a hacer un sobresfuerzo para captar encargos en el mercado interno y poder seguir engrosando la actividad al margen de los mismos en una proporción aritmética de -al menos- 1 a 4 (porque para hacer en el mercado libre menos del 20% de su actividad habría

³² Frente a los criterios legales que designan las Directivas y la LCSP como preferenciales para medir el citado porcentaje (volumen de facturación o gastos soportados para la realización de los encargos) INECO mide dicho porcentaje aplicando un criterio alternativo mucho más subjetivo, consistente en la asignación de horas de dedicación imputadas a cada proyecto (sea o no un encargo). El mencionado criterio no tiene en cuenta el diferente margen que generan las horas en distintos proyectos ni tiene en consideración el diferente precio de las horas utilizadas, haciendo homogéneas horas que pueden tener un precio diferente en razón de las tarifas aplicables. Por ello, el criterio de horas imputadas no es verificable ya que no está sujeto al contraste externo de un tercero que, en el caso del volumen global de negocios son los clientes que pagan por los proyectos, y en el caso de los gastos del proyecto son los cobros que reciben los subcontratistas y los empleados. Adicionalmente a lo anterior, el criterio empleado por INECO adolece de una debilidad fundamental que lo invalidaría como criterio “fiable” de la actividad desplegada y sería menos preciso que los criterios alternativos propuestos por el artículo 32.2.b) de la LCSP. Y ello porque INECO no aplica las horas facturadas a los “clientes”, sino las horas trabajadas por su plantilla. Las horas trabajadas por la plantilla de INECO producen una distorsión significativa en el cálculo de las horas necesarias para desarrollar la actividad; ya que si solo se consideran las horas trabajadas por la plantilla de INECO para cumplir con la regla 80-20, la entidad podría subcontratar, en mayor medida, su actividad en la que no actúa como medio propio para que, por esta vía, cumplir aparentemente con el criterio legal, pero empleando un número mayor de horas (las subcontratadas) para cumplir con sus compromisos contractuales. Por tanto, para ser “fiable” a efectos legales el criterio de horas imputadas debería considerar todas las horas facturadas al cliente, lo que implicaría a computar ineludiblemente las horas subcontratadas. Finalmente, el criterio de horas trabajadas por la plantilla de INECO se aproxima al concepto de valor añadido (diferencia entre ingresos menos costes externos directos), lo que no representa la actividad contratada en el mercado.

de mantener un volumen de encargos por encima del 80%). De forma que ese efecto de “captura” del mercado de los encargos ha de engrosar para mantenerse en esa proporción cada vez que crece (como viene haciendo, particularmente en el mercado internacional) su actividad en el mercado libre, poniendo asimismo en riesgo la propia eficiencia de su actuación en el desarrollo de los encargos y la legalidad de éstos.

La infracción de ambas obligaciones (control análogo y regla del 80%-20%) supondría un incumplimiento de los apdos. 3 y 4 del artículo 32 de la LSCP y del artículo 25 del RD-L 3/2020 (que se remite a aquellos), a su vez, un incumplimiento del artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE y del artículo 28 de la Directiva 2014/25/UE.

En virtud de ello, siete (7) Asociaciones empresariales de empresas consultoras de ingeniería, competidoras de INECO, presentaron una denuncia ante la CNMC aduciendo que los incumplimientos denunciados suponían un falseamiento de la competencia por actos desleales. El 26 de octubre de 2021, la Sala de Competencia de la CMNC resolvió no incoar procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones seguidas contra INECO. Dicha resolución se adoptó mediando empate de los miembros de la Sala, que resolvió en favor de la no incoación el voto de la Presidenta accidental de la Sala.

La Resolución cuenta con un voto particular de los Consejeros que se pronunciaron en sentido favorable a la tramitación de la denuncia ante la CNMC, donde se concluye que:

“39. Tanto la realización de encargos a una entidad que formalmente se denomine medio propio si se realiza en incumplimiento de las exigencias legales y jurisprudenciales como el empleo por parte de tal entidad de sus recursos en el mercado incumpliendo las mismas exigencias, suponen una violación de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial por lo que puede, de acreditarse, reputarse desleal y afectar al interés general. Por ello puede implicar la aplicación del artículo 3 de la LDC.

Es decir, si un poder adjudicador encarga a una entidad que no cumple los requisitos para ser considerado medio propio por no existir control análogo, por incumplir las restricciones a la subcontratación, por estar orientada al mercado o cualquiera del resto de constricciones que detalladamente se han regulado, la conducta implicaría una infracción de la LCSP, con afectación al interés general y, en consecuencia, estaría tipificada en el art. 3 de la LDC.

Si se concluyese que una entidad a la que se están realizando encargos sin aplicación de las exigencias de la LCSP no cumple los requisitos para considerarse medio propio, nos encontraríamos ante asignaciones directas de servicios sin amparo legal, por lo que en ningún caso puede considerarse que tal afectación al mercado es ajena a la normativa de defensa de la competencia.

40. Ante una denuncia que ofrece elementos de los que pueden derivarse indicios de la existencia de tal conducta -máxime si la denuncia es previa a la existencia de priorización de casos incluida en la última modificación de la LDC por mandato de la Directiva ECN+- la autoridad de competencia tiene obligación de verificar la existencia o inexistencia de infracción. El hecho de que existiesen vías alternativas para acreditar la ilegalidad de determinadas conductas, en ningún caso obsta a la competencia de la CNMC para aplicar el artículo 3 LDC.

41. Por todo cuanto antecede, estos consejeros consideran que el archivo del expediente no procede ya que la posible falta de indicios acreditados se debe a que la instrucción realizada no agota el análisis que debe realizarse de la conducta

denunciada desde la perspectiva de competencia. Por ello debería ordenarse la devolución del expediente a la Dirección de Competencia”.

Con base a los razonamientos del citado voto particular, los denunciantes recurrieron la Resolución de la Sala de Competencia ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, que ha motivado la tramitación del procedimiento ordinario, en primera y única instancia, núm. 4/2022 por parte de la Sección Sexta de la mencionada Sala de la Audiencia Nacional, pendiente de sentencia en el momento de redactarse estas líneas³³.

Con base a la misma argumentación jurídica que les llevó a formular su denuncia a la CNMC, en mayo de 2021 las mismas siete Asociaciones territoriales de empresas consultoras de ingeniería dedujeron una demanda de juicio ordinario frente a INECO por la realización de actos de competencia desleal derivados de la violación de normas tipificada el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal, con transgresión de los límites de la buena fe en la realización de actividades económicas en el mercado que se deriva de la cláusula general prohibitiva del artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia.

El 8 de octubre de 2025 el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid dictó sentencia núm. 233/2025 desestimatoria de dicha demanda en el procedimiento ordinario núm. 1042/2020.

En noviembre de 2025, las demandantes formularon recurso de apelación ante el Juzgado para su elevación a la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid que, una vez admitido a trámite, está actualmente pendiente de resolución.

4.2.2. Prácticas anticompetitivas contrarias al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, los encargos a medios propios son una excepción a las reglas de competencia que rigen el mercado de la contratación pública en el conjunto de la Unión. Estos encargos, por definición, constituyen una excepción a los principios de libre competencia de las licitaciones y no discriminación de los operadores que recogen la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, y la Directiva 2014/23/UE, sobre contratación en determinados sectores.

Las reglas de competencia en el contexto de la Unión Europea difieren de las que plasma el Derecho español³⁴, pero habilitan también a que los particulares denuncien eventuales incumplimientos de las prohibiciones que al efecto establecen los preceptos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en relación con la prohibición de prácticas colusorias (art. 101 del TFUE), la interdicción del abuso de la posición dominante (art. 102 del TFUE) y de la prohibición de ayudas de Estado (art. 107 a 109 del TFUE).

³³ El pedimento de dicha demanda consiste en solicitar la anulación de la Resolución de la CNMC y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la propuesta de Resolución con el objeto de practicar y valorar la prueba presentada por las denunciantes o se practiquen las debidas actuaciones de investigación para determinar el cumplimiento de la regla legal del 80/20 % por parte de INECO y la fiabilidad del criterio de cómputo por él empleado para determinar de los encargos que recibe en su condición de medio propio a los efectos legales prevenidos en la legislación de contratos del sector público.

³⁴ Sobre este particular, es de especial interés el trabajo de LÓPEZ SANTANA, N., “La actuación de los medios propios de la Administración como operadores privados desde la perspectiva del Derecho de la competencia”, *op. cit. supra*.

Por ello, la Federación de Asociaciones de Empresas de Conocimiento e Ingeniería de España (CíES), que integra a ocho Asociaciones de ámbito regional; la Asociación de Empresas de Consultoría e Ingeniería Independientes de Infraestructuras, Arquitectura, Instalaciones, Medio Ambiente y Nuevas Tecnologías (ASECI); y la Asociación de Empresas de Servicios de Ingeniería, Arquitectura y Servicios Ambientales y Tecnológicos de Cataluña (CATENARA), anunciaron en diciembre de 2025 la interposición de una denuncia ante la Dirección General de Competencia de la Unión Europea, dependiente de la Comisión, por las posibles infracciones en las que podría estar incurriendo la actividad de INECO desde la perspectiva del Derecho de Competencia de la Unión Europea, dados los presuntos incumplimientos de la normativa europea que derivarían de las prácticas antes descritas de esta entidad.

Las entidades denunciantes, entienden que dicha actividad incurre en hasta tres infracciones de la normativa antitrust europea, aludiendo a los incumplimientos señalados por los antes comentados Informes de organismos como el Tribunal de Cuentas, la CNMC y la OIRESCON, que hacen referencia al incumplimiento de la regla del “control análogo” que los poderes adjudicadores que le realizan encargos a INECO han de tener sobre dicha entidad, y que no se verifica en todos los casos; y, sobre todo, al incumplimiento de la regla del “80-20%” que, a juicio de los denunciantes, INECO incumple al aplicar una metodología de cálculo que algunos expertos del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas no consideran un criterio contable fiable a tales efectos.

Lo anterior permite apreciar a los denunciantes, en primer lugar, una potencial infracción consistente en una práctica colusoria, dado que la Administración y su medio propio INECO no pueden considerarse como un solo operador económico, sino como dos sujetos distintos que pueden ser calificados como “empresas” a efectos del artículo 101 del TFUE. Además, se produciría una afectación al mercado común europeo, pues el obstáculo que esta práctica supone para las empresas domiciliadas en España se extiende a las empresas de cualquier otro país de la UE, que verían coartadas sus opciones de concurrir a la obtención de tales contratos en nuestro país.

En segundo lugar, desde la perspectiva de las prácticas abusivas de la posición de dominio en el mercado, es evidente que la Administración domina el mercado de los servicios de ingeniería, pues constituye el principal demandante en el mercado español. Su posición de dominio en la demanda de tales servicios es incuestionable, pero si utiliza la vía del encargo al medio propio INECO fuera de los cauces legales y en perjuicio de los competidores de este medio propio estaría realizando un comportamiento abusivo que estará prohibido por el art. 102 del TFUE.

En tercer lugar, según la jurisprudencia del TJUE, constituyen ayudas de Estado las ventajas directas o indirectas que, bajo fórmulas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de un operador económico, como sucede -por ejemplo- con la prestación de servicios en condiciones preferenciales. En este sentido, las tarifas con las que operan los medios propios, y particularmente INECO, son muy superiores a los precios de adjudicación de las mismas prestaciones en el mercado libre, por lo que éstas deben ser por tanto objeto de especial cautela desde la óptica de ayudas de Estado. Así, en el supuesto en el que se generasen beneficios desproporcionados por las actividades ejecutadas en el marco de los encargos, cabe plantearse si se está otorgando al medio propio una ventaja económica en el sentido del artículo 107 del TFUE, precisamente por sobrefinanciación o exceso de compensación de los referidos costes, en especial si el medio propio lleva a cabo operaciones en el mercado en competencia con otros operadores.

Asimismo, INECO obtiene subvenciones cruzadas que derivan de su mejor posición competitiva en el mercado libre, dado que “arrastra” a ese mercado otras ventajas competitivas exclusivas que derivan del carácter público de la entidad no replicables para el sector privado que compite con INECO, como pudieran ser el fácil acceso a infraestructuras públicas y beneficios adicionales ligados a las mismas, la acumulación de *expertise* derivada de la ejecución de continuos encargos facilidades en el acceso a la financiación o disminución del riesgo concursal, redundando todo ello en una menor presión competitiva en el mercado libre.

Lo anterior, puede suponer, a juicio de los denunciantes, el incumplimiento por parte de la Administración General del Estado del régimen general prohibitivo de ayudas de Estado en la Unión Europea (arts. 107 a 109 del TFUE).

La denuncia ante las instancias de la UE de estos potenciales incumplimientos podría conllevar la apertura de un expediente sancionador para España por parte de la Comisión Europea a los efectos prevenidos en el Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE y del artículo 7.2 del Reglamento (CE) nº 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión sobre incumplimientos de los citados preceptos del TFUE; así como de los artículos 1.h), 12.1 y 24.2 del Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del citado Tratado.

5.- Conclusión

Las empresas españolas de construcción y las de ingeniería llevan años denunciando ante los Tribunales especiales de contratación pública, la jurisdicción ordinaria y las instancias de competencia españolas y europeas el abuso que las Administraciones públicas hacen de la figura de los medios propios; empresas dependientes de la Administración que reciben encargos directos que suponen la exclusión de millares de contratos de su licitación pública y que, por tanto, no llegan a las empresas privadas que operan en esos sectores.

Las cifras de los últimos años son realmente preocupantes, habiéndose acumulado un montante global de diez mil millones de euros en el periodo comprendido entre 2021 y 2023, coincidente con la ejecución de los fondos europeos *Next Generation*, que se están canalizando en gran medida por la vía de los encargos a medios propios en una forma que las empresas privadas consideran abusiva y contraria a las reglas de la competencia.

Los encargos que las Administraciones públicas y demás poderes adjudicadores realizan a los medios propios que dependen de ellos están sometidos, al igual que la actividad de negocio de dichos medios propios a una serie de requisitos y exigencias legales que derivan de las limitaciones que las Directivas europeas de contratación pública imponen a la llamada “cooperación vertical”, a los que se suman los todavía más restrictivos que establece la legislación española de contratación pública, que califica expresamente los encargos contractuales a medios propios de excepción a la libre competencia que nace de la licitación pública.

En consonancia con este carácter excepcional de los encargos, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea exige que éstos han de tener carácter restrictivo y que las entidades que se declaren medio propio de los poderes adjudicadores de la Unión deban cumplir y respetar estrictamente las condiciones legales para poder operar como tales, añadiendo la carga de probar que existen las circunstancias excepcionales que

requiere la realización del encargo a través de un ente instrumental medio propio. La no aplicación de la legislación de contratos se justifica sólo en los casos de que el medio propio cumpla estrictamente los límites legales que a tal efecto establecen las Directivas sobre contratación pública, en la medida en que la atribución masiva y generalizada de encargos a medios propios puede “retener” parcelas de negocio natural del sector privado en favor de medios propios que compiten en el mercado pero no operan en él en pie de igualdad con las empresas del sector privado, además de entrañar riesgos de ineficiencia en las condiciones de provisión de bienes y servicios para los poderes adjudicadores que hacen los encargos y en la gestión de los fondos públicos por falta de tensión competitiva en la actividad de los medios propios.

Ante esta situación, hemos comprobado las limitaciones que tiene la vía del recurso especial frente a los encargos y del control que de los mismos puede hacer la jurisdicción contencioso-administrativa, que si bien pueden conocer de incumplimientos susceptibles de ser apreciados en los concretos encargos no son medios impugnatorios hábiles para depurar los incumplimientos que son atribuibles a la actividad del medio propio considerada en su conjunto.

Por ello, hemos comprobado que dichas vías de control requieren del complemento que presta el Derecho de la competencia, tanto español como europeo, por donde las empresas afectadas por la actividad fagocitadora del mercado que están desarrollando algunos medios propios, sobre todos los de ámbito estatal, han abierto una brecha impugnatoria que puede arrojar resultados más favorables en esta lucha que, en gran medida, recuerda la de David frente a Goliat.