

El control de los encargos a medios propios personificados

Fernando Luque Regueiro (Letrado de la Comunidad de Madrid)¹

¹ En la actualidad ocupa el puesto de Letrado Jefe de la Subdirección General de Asistencia Jurídica Convencional, Asuntos Constitucionales y Estudios en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

Resumen

El presente artículo propone discernir si la elección administrativa de acudir a los encargos como medio de auto provisión de bienes y servicios debe justificarse en razones de eficiencia o en motivos de seguridad pública o urgencia. Para ello se analizan las más recientes resoluciones dictadas por los tribunales administrativos de contratación, así como la escasa jurisprudencia recaída sobre la cuestión. Finalmente se estudian los contornos procedimentales del recurso especial de contratación para combatir los encargos, y las variadas limitaciones que lo acucian, así como las vías de impugnación judicial y el control que podrían ejercer las autoridades de defensa de la competencia.

Abstract

This article proposes to discern whether the administrative choice of self resorting to commissions as a means of providing goods and services should be justified on grounds of efficiency or on grounds of public safety or urgency. To this end, the most recent resolutions issued by the administrative contracting courts are analyzed, as well as the limited jurisprudence on the issue. Finally, the procedural contours of de especial contracting resource to combat commissions are studied, and the various limitations that apply to it, as well as the means of judicial challenge and the control that the competition authorities could exercise.

I. Consideraciones previas.

La reciente Resolución 154/2025, de 22 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, vuelve a poner de manifiesto uno de los puntos más controvertidos que suscita la formalización de los encargos a medios propios personalizados.

Sabemos que, ante una concreta necesidad de provisión de obras, servicios o suministros, la administración, como regla general, acude al mercado a través de un procedimiento de concurrencia competitiva para seleccionar a un contratista; pero también puede auto proveerse sirviéndose de sus medios propios personalizados a través de la formalización de un encargo. En las siguientes líneas se pretende dirimir si resulta admisible elegir libremente el procedimiento de provisión o modelo de gestión (indirecta o directa); esto es, si se puede acudir al encargo como alternativa de la licitación pública sin necesidad de justificación alguna, o si dicha elección ha de motivarse. En este segundo escenario, se plantea también la cuestión de cuáles son los concretos requisitos que deben cumplimentarse para que aquella decisión sea conforme a derecho, lo que supone también discernir si estamos en presencia de una potestad administrativa discrecional o reglada.

El encargo es una figura de inicial creación jurisprudencial que permite a las entidades del sector público (sean o no poderes adjudicadores) encargar la ejecución de las prestaciones propias de los contratos a una persona jurídica diferente de aquellas, siempre que ostente la previa calificación de medio propio personificado.

Los encargos a medios propios, como señala el artículo 32.1 de la LCSP² “*no tendrán la consideración de contrato*”³ con la importantísima consecuencia de quedar al margen del severo régimen jurídico derivado de la contratación pública, y en particular, con elusión del principio de libre acceso a las licitaciones públicas proclamado en el

² Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

³ Así lo apunta Amoedo Souto: “*si el encargo no cumple las reglas del artículo 32 deberá merecer la consideración de contrato público*”. AMOEDO SOUTO. C.A. Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público. Gimeno Feliú, J. M. (Director) Aranzadi. 2018. Página 386.

artículo 1 de la LCSP, de modo que la salvaguarda de la libre competencia coronada también en dicho precepto resulta, al menos en principio, agravada.

Efectivamente, la resolución de acudir al encargo implica una renuncia al mercado como proveedor de bienes y servicios, y como advierte la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia⁴, esa decisión puede conducir a que las necesidades públicas se satisfagan en peores condiciones de precio y calidad, además de poder tener efectos dinámicos negativos sobre la competencia en los mercados. Se afirma además que estos riesgos se acentúan especialmente cuando la utilización del encargo se realiza con frecuencia⁵.

⁴ Guía sobre contratación pública y competencia: los encargos a medios propios y los convenios. 14 de febrero de 2023. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁵ La referida Guía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, señala: “*Uno de los efectos de las técnicas de cooperación alternativas a la contratación pública, que puede incidir negativamente sobre los objetivos de eficacia, eficiencia, economía, calidad, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, es el impacto sobre la competencia. Los convenios y encargos suponen renunciar al mercado como proveedor de bienes y servicios y pueden conducir a que las necesidades públicas se satisfagan en peores condiciones de precio y calidad, además de poder tener efectos dinámicos negativos sobre la competencia en los mercados (ver apartado 2), especialmente cuando aumentan la frecuencia y el uso de estos instrumentos en los distintos niveles administrativos*”.

Estos riesgos son explicados con mayor detalle en el apartado 2 de la mencionada Guía, pudiendo rescatarse alguna de sus ideas principales. Se apunta una pérdida de eficiencia en las condiciones de provisión del bien o servicio: “*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*”.

Se continúa explicando que “*La utilización de medios propios y convenios para el aprovisionamiento de bienes y servicios reduce la demanda al distraer 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 riesgos 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 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*”.

Finalmente, se incide nuevamente en el agravamiento de los riesgos expuestos, cuanto más generalizado sea el uso de los encargos: “*Todos estos riesgos son, en principio, mayores cuanto más generalizada y*

En este sentido, debe tenerse muy presente el relevante incremento del uso de los encargos a medios propios en los últimos años, como constata la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, en su último informe 2024⁶. En dicho documento se realiza un estudio comparativo del uso de los encargos realizado por todas las entidades estatales, autonómicas y locales, en el periodo comprendido entre 2021 y 2023. Se refleja un significativo crecimiento en el empleo de los encargos a medios propios del 142%, en términos económicos. Además, el número de encargos se duplica en dicho periodo temporal y el importe global de los encargos asciende a 9.760.148.375 euros.

Siendo verdad que los encargos están sujetos a determinadas premisas y requisitos, que además han de ser objeto de una interpretación estricta, lo cierto es que su defectuosa regulación normativa ha sembrado un terreno de inseguridad jurídica para el mercado, que exige, en nuestra opinión, una urgente modificación legislativa en orden a clarificar los parámetros que han de valorarse por la entidad encargante antes de decidir si acude al encargo o a la licitación pública (al mercado).

El problema tiene su origen principal, que no único, en la redacción que se otorgó al artículo 86.2 de la LRJSP⁷. Como es sabido, el artículo 32.1 de la LCSP supedita el uso del encargo a los condicionantes establecidos en los tres apartados siguientes del mismo precepto, pero añade que todo ello debe entenderse *“sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal”* en la LRJSP.

Los apartados indicados de dicho artículo 32 refieren los requisitos que han de complementarse para que pueda calificarse como medio propio una entidad que pretende recibir los encargos. Se exige así el cumplimiento de los consabidos requisitos del control análogo⁸ y el del 80 % de la actividad fuera de mercado; esto es, que la actividad esencial

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”.

⁶ Titulado *“la publicidad de los encargos a medios propios”*.

⁷ Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁸ Siguiendo a Moll Fernández-Figares, el requisito del control análogo implica que el ente encargante *“tiene un control sobre el medio propio 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”*.

del medio propio proceda exclusivamente de las entidades de las que van a recibir los encargos, para cuyo cómputo porcentual resulta de sumo interés la reciente Resolución de 22 de octubre de 2024, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, al considerar que las actividades computables en el referido 80% no han de proceder necesariamente de encargos, sino que basta con que sea una actividad prestada a alguna de las entidades asociadas en el medio propio⁹, lo que implica una

estratégicos y decisiones significativas”. MOLL FERNÁNDEZ-FÍGARES. L «Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público». RECUERDA GIRELA. M.A. (Director). Civitas. Segunda Edición. Madrid.2024. pág.285.

⁹ La Resolución de 22 de octubre de 2024, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, del Congreso de los Diputados, acuerda aprobar el Informe de fiscalización, de 31 de marzo de 2022, *de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público y de la Ley 9/2017 de contratos del sector público*. En dicho Informe se rectifica el criterio de la Circular conjunta de la Abogacía General del Estado y la Intervención General de la Administración del Estado, aprobada el 22 de marzo de 2019 *sobre la determinación de criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la LCSP para su aplicación en tanto no exista un desarrollo normativo*. Se expresa en los siguientes términos: “En esta Circular se precisa que el indicador a tener en cuenta debe estar asociado a la actividad realizada por el medio propio en ejercicio de los encargos conferidos por el poder adjudicador, o por otras personas jurídicas controladas por aquel. (...) Sin embargo, al menos en el ámbito público empresarial estatal, cabe entender que son cuestiones distintas “el ámbito de aplicación de la normativa contractual” y “las actividades a considerar en el cómputo del requisito de actividad”, término este último más amplio, que no solo incluye las relaciones contractuales, sino que se refiere a la actividad esencial desarrollada por una entidad. Por otra parte, en relación con la interpretación de que se deben incluir para su cómputo únicamente aquellas actividades relacionadas con la ejecución de los encargos, procede señalar que la Directiva y la LCSP emplean el término “cometido” sin hacer referencia a la figura del “encargo”. Tampoco se hace referencia en la Ley al término “encargo” cuando se determina el modo de calcular el 80 % de actividad; en concreto, se dispone respecto de los gastos “los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad...”. Es decir, se hace referencia a “servicios prestados” y a “prestaciones que haya realizado para cualquier otra entidad”. (...) Pero la Ley no exige que esta “parte esencial” se lleve a cabo bajo la forma jurídica de encargos. Es esclarecedor en este sentido el Preámbulo de la LCSP, en el que, en relación con el requisito de actividad que han de cumplir los medios propios personificados, se hace referencia en los siguientes términos “que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por ciento de su actividad”. Como puede observarse, el Preámbulo de la Ley apela a la falta de libertad para actuar en el mercado que debe caracterizar al medio propio personificado, una falta de libertad que es consecuencia necesaria del control que sobre él han de ejercer las entidades que le pueden conferir encargos y de destinar la parte esencial de su actividad a los cometidos realizados en beneficio de estas entidades.

También se apela a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de mayo de 2006, asunto Carbotermo, de la que “se desprende que lo determinante es que la parte esencial de la actividad de una entidad que tiene la consideración de medio propio este destinada al poder adjudicador que lo controla y que puede conferirle encargos y que la que realiza libremente con otros operadores del mercado debe tener carácter puramente marginal (...)”. Y concluye de forma categórica: “Los medios propios de naturaleza jurídico-privada desarrollan las actividades para las que han sido creados y, en consecuencia, ejecutan el objeto social acordado por los poderes adjudicadores que los controlan. La normativa europea lo que hace es limitar su actuación en el mercado, precisando que su actividad para personas distintas de los poderes adjudicadores que los controlan no puede exceder del 20 %, o, lo que es lo mismo, exige que su actividad sea esencialmente doméstica, lo que no impide, e incluso hace deseable, que puedan tener una actividad residual en el mercado libre que contribuya a su financiación”.

rectificación del criterio hasta ahora asentado en la Circular conjunta de la Abogacía General del Estado y la Intervención General de la Administración del Estado, aprobada el 22 de marzo de 2019¹⁰.

Sin esa calificación previa como medio propio se hace irrealizable cualquier encargo particular. Es un *prius* necesario para la recepción de encargos.

Por el otro lado, y a cuenta de la remisión que realiza el artículo 32.1, deben estimarse los requisitos contemplados en la LRJSP, lo que implica un añadido para poder obtener la condición de medio propio. Y es aquí donde nace el problema que hemos anticipado, y es que dos de los tres requisitos del artículo 86.2 de la LRJSP no tienen un encaje lógico en esta fase inicial de reconocimiento del medio propio.

Efectivamente, el artículo 86.2 distingue tres requisitos. El primero se refiere a la suficiencia de medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social, circunstancia fáctica que ninguna dificultad plantea de cara a su análisis y valoración en este primer momento, previo al reconocimiento de la condición de medio propio.

Sin embargo, los otros dos requisitos atienden, de un lado, a que el medio propio sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica; y de otro, que la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio tenga su raíz en razones de seguridad pública o de urgencia.

Ha de convenirse que la eficiencia y sostenibilidad son criterios cuyo análisis se predica de cada encargo en particular, y no del medio propio en abstracto, antes de que se inicie su actividad. La eficiencia y sostenibilidad de cada encargo habrá de medirse en función de los parámetros competenciales del mercado existentes en el momento del

¹⁰ También parece separarse del criterio asentado en dicha Circular, la Sentencia 1291/2022, de 20 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (rec.27/2019) (FJ.7). En el supuesto enjuiciado se examina el cómputo del 80% de la actividad de un medio propio (SUMAR S.L) del Ayuntamiento de Gerona, habiéndose alcanzado dicho porcentaje mediante la inclusión de los servicios gestionados por SUMAR S.L en favor de la Generalidad de Cataluña. La Sentencia lo considera contrario al artículo 32.4.b) de la LCSP porque la Comunidad Autónoma de Cataluña no es un ente asociado en SUMAR. Se reconoce, pues, aunque sea fácilmente —porque no se basa en que dicha actividad no se prestó por encargo—, que lo único relevante a estos efectos es que la actividad esencial del medio propio se realice para los entes asociados en el medio propio.

encargo (el mercado es dinámico y no estático), debiendo confrontarse éstos con las condiciones tarifarias del medio propio vigentes en ese mismo momento y con otras circunstancias, como la necesidad o no por parte del medio propio de acudir a la subcontratación de parte del encargo, o la especialización con la que esté dotado el medio propio en ese momento puntual para la prestación del objeto encargado.

Más evidente resulta incluso esta contingencia en el caso del segundo de los requisitos. Las razones de seguridad pública o de urgencia no son predecibles en el momento previo a la declaración del medio propio. Surgen necesariamente en el desenvolvimiento temporal de los acontecimientos, sin que pueda valorarse *ab initio*, en un escenario estático, que es el que se evalúa en esta fase primaria. Ningún sentido tiene, pues, esta exigencia para el reconocimiento de la condición de medio propio.

En consecuencia, desde un punto de vista lógico, estos dos requisitos de eficiencia y sostenibilidad y las razones de seguridad pública o de urgencia debieran haberse configurado legalmente como condicionantes en la elección del encargo en sustitución de la licitación pública, y como veremos después, ésta es la interpretación que algunos tribunales administrativos de contratación han inquerido y la propensión que se vislumbra en la jurisprudencia.

Si no fuera así se estaría situando en un plano de igualdad la figura del encargo y el contrato público, obviando los riesgos desde el punto de vista de la competencia antes indicados, e inobservando que el encargo, como dijera el Tribunal Constitucional, en Sentencia 68/2021, de 18 de marzo (FJ. 6), puede constituirse en *“una vía de elusión fraudulenta de la ley y, por ello, un mecanismo de falseamiento del principio de competencia”*.

Recuérdese en este punto que el artículo 32.6¹¹ de la LCSP se limita a sujetar los encargos que pretendan realizarse a una serie de exigencias formales, que pasarían, en

¹¹ “Los encargos que realicen las entidades del sector público a un ente que, de acuerdo con los apartados segundo, tercero o cuarto de este artículo, pueda ser calificado como medio propio personificado del primero o primeros, no tendrán la consideración jurídica de contrato, debiendo únicamente cumplir las siguientes normas: a) El medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo. b) El encargo deberá ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente en los supuestos previstos del artículo 63.6. El documento de formalización establecerá el plazo de duración del encargo. c) Los órganos de las entidades del sector público estatal que tengan la condición de poder adjudicador

primer lugar, por la necesidad de que el medio propio, del que pretende valerse la entidad, haya publicado en la Plataforma de Contratación su condición de medio propio, con indicación de las entidades de las que es medio propio y el sector de actividad en el que puede actuar.

En segundo término, se dispone la exigencia de que la orden de encargo deba formalizarse en un documento al que debe darse igual publicidad en la citada plataforma, siempre que su importe sea superior a 5.000 euros. El contenido mínimo requerido en el acto de formalización se extiende exclusivamente al plazo de duración. Ciertamente es que también previene el artículo 63.6¹² de la LCSP la publicación de los encargos en el perfil del contratante del órgano de contratación, siempre que su importe fuera superior a 50.000 euros (IVA excluido), pero se olvida establecer un contenido mínimo de esa publicidad, y tampoco dispone expresamente un plazo determinado para dicha publicación, aspecto esencial como premisa básica de una eventual impugnación, en los términos que después detallaremos. Este plazo sólo se establece respecto de la información relativa a los encargos de importe superior a 5.000 euros, que deberá

en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.3 de esta Ley, necesitarán autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que se derive del encargo, sea igual o superior a doce millones de euros.

La autorización del Consejo de Ministros a que se refiere el párrafo anterior deberá obtenerse antes de la suscripción del encargo por el órgano competente. Una vez obtenida la autorización, corresponderá a los órganos competentes la aprobación del gasto y suscripción del encargo, de conformidad con lo dispuesto en las respectivas normas.

A efectos de obtener la citada autorización, los órganos competentes deberán remitir al menos los siguientes documentos: el texto del encargo; el informe del servicio jurídico; así como el certificado de existencia de crédito o, tratándose de poderes adjudicadores con presupuesto estimativo, los documentos equivalentes que acrediten la existencia de financiación.

Requerirán igualmente la previa autorización del Consejo de Ministros las modificaciones de encargos autorizados por el Consejo de Ministros, cuando superen el 20 por cien del importe del encargo.

La autorización que otorgue el Consejo de Ministros será genérica para la suscripción del encargo, sin que en ningún caso implique una validación de los trámites realizados, ni exima de la responsabilidad que corresponda a las partes respecto de la correcta tramitación y realización del encargo”.

¹² “La formalización de los encargos a medios propios cuyo importe fuera superior a 50.000 euros, IVA excluido, serán objeto, asimismo, de publicación en el perfil de contratante.

La información relativa a los encargos de importe superior a 5.000 euros deberá publicarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de encargos será, al menos, su objeto, duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo, ordenándose los encargos por la identidad del medio propio”.

publicarse al menos trimestralmente, planteándose dudas sobre si ese plazo rige también para los de importe superior a 50.000 euros. Indiciariamente la respuesta sería negativa, pues a ello conduce la redacción del precepto que distingue, en párrafos separados, un deslinde de la publicidad de los encargos en función de su importe, atestiguando su tratamiento disímil. Idénticas sombras surgen en cuanto a la información a publicar, pues según su literalidad, sólo los encargos de importe superior a 5.000 euros (e inferior a 50.000, cabe inferir) comprometen un contenido mínimo, que alcanza a su objeto, duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo, cuestiones éstas sobre las que volveremos ulteriormente.

En tercer y último lugar se requiere que el encargo cuente con la autorización previa del Consejo de Ministros –entiéndase en el ámbito del sector público estatal–, siempre que el importe del encargo supere el umbral de 12 millones de euros; así como una segunda autorización para su modificación si supera el 20 % del importe, lo que implica, desde otra perspectiva, que los encargos no están sujetos al límite porcentual que se explicita para la modificación contractual.

En consecuencia, la LCSP, con independencia de los requisitos formales explicados, es silente en exigencias justificativas que actúen como presupuestos para la elección del encargo como medio de provisión de bienes y servicios. Como contraste, se observa que la mayoría de las impugnaciones de los encargos se basan en la indebida motivación de dicha decisión (por razones de ineficiencia) invocándose la infracción del artículo 86.2 de la LRJSP, cuya interpretación por los tribunales administrativos y jurisprudencia es diversa, en los términos que a continuación exponemos.

II. Distintas interpretaciones del artículo 86.2 de la LRJSP en los tribunales administrativos de contratación.

Ya se ha anticipado que el artículo 86.2 de la LRJSP contempla dos requisitos de alternativo cumplimiento. La mayor eficiencia y sostenibilidad respecto de la contratación pública y razones de seguridad pública o la urgencia.

Se divisan sintéticamente dos posibles interpretaciones. Una primera que circunscribe el control de esos requisitos al momento previo al reconocimiento de la entidad concreta como medio propio, en la que anida un criterio hermenéutico literal; y una segunda, más laxa, en la que se propugna que tales circunstancias deben contrastarse también en cada uno de los encargos que se pretendan formalizar, atendiendo a la lógica y finalidad consustancial de tales requisitos, y quizá también a razones de justicia material. Esta segunda tesis apuesta por el denominado doble control de los encargos (el realizado previo al reconocimiento de la condición de medio propio y el que debe ejercerse en cada formalización de encargo).

Esta cuestión se halla íntimamente conectada con el alcance que se procure a la potestad de auto organización en la elección del encargo como medio de provisión, así como en la consideración del encargo como excepción de lo ordinario, que es la contratación pública¹³. No en vano, todos estos dilemas circunvalan un mismo asunto desde distintos prismas.

La primera de las interpretaciones señaladas es defendida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), desde su Resolución 1106/2019, de 7 de octubre. Allí se consideró, en primer término, que la LCSP y la LRJSP establecen vías alternativas para la creación de medios propios¹⁴, lo que nos resulta de

¹³ El informe 26/2017, de 13 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, sobre la posibilidad de que el Tribunal de Cuentas realice encargos a medios propios de la Administración General del Estado, señala en este sentido: *“la doctrina del in house providing se caracteriza precisamente por constituir una excepción a la obligación y necesidad de adjudicar los contratos públicos a través de los procedimientos encaminados a hacer efectivos los principios de publicidad y concurrencia, puesto que las prestaciones se realizan “en casa”, esto es, por una persona jurídica perteneciente a la propia Administración actuante y controlada por ella. También cabe recordar que si la doctrina del in house providing y, como instrumentación jurídica para su aplicación, la figura de la encomienda de gestión que regulan los artículos 4.1.n) y 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público constituyen una excepción a las normas de Derecho Comunitario sobre adjudicación de los contratos públicos, resulta incontrovertible que el ámbito de la misma puede alcanzar las relaciones de contenido materialmente contractual, es decir, las relaciones que tienen por objeto la ejecución de una obra, la realización de un suministro o la prestación de un servicio”*.

¹⁴ *“De la lectura del artículo 86 LRJSP (reproducido en el artículo 91 de la Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en sus apartados 1,2 y 3) resulta que éste habilita dos vías a las entidades del Sector Público a efectos obtener la declaración de medio propio y servicio técnico, tal y como establece el apartado 3 del mismo precepto. La primera de ellas, prevista en el apartado 1, requiere cumplir “las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”, cuyo incumplimiento no ha sido alegado por la recurrente. La segunda vía, alternativa a la anterior, se encuentra prevista en el apartado 2 y exige que para que una entidad del Sector Público sea considerada medio propio acredite “disponer de medios suficientes e idóneos” así como o bien constituir “una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de*

difícil comprensión en cuanto los requisitos previstos en la LCSP son irrenunciables al emanar de las Directivas que ésta traspuso, y en su origen, de los prevenidos en la jurisprudencia comunitaria.

Con independencia de lo anterior, y en lo que concierne al problema interpretativo que nos ocupa, se sostiene que los requisitos del artículo 86.2 de la LRJSP son de aplicación exclusiva en el momento de la creación del medio propio¹⁵, *ergo* no han de acreditarse en cada encargo particular.¹⁶ Sin embargo, la resolución es paradójica al extender su análisis a la concreta idoneidad y eficiencia del encargo enjuiciado,

rentabilidad económica”, o bien resultar “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”.

¹⁵ Con anterioridad no se observa ningún pronunciamiento expreso. Efectivamente, en la precedente Resolución 1156/2018, de 17 de diciembre, no se afronta esta cuestión, examinando tan sólo los requisitos generales para el posible reconocimiento de la condición de medio propio. En la Resolución 120/2019, de 18 de febrero, en un recurso en el que se impugnaba el encargo para la realización del proyecto y ejecución de las obras de adecuación funcional del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, y ante la alegación consistente en la falta de justificación de la eficiencia del encargo conferido a TRAGSA, que se vinculaba a la falta de acreditación de la suficiencia de medios materiales y personales de TRAGSA para ejecutarlo, se apela a un doble argumento: a la existencia del informe de la Intervención General de la Administración del Estado, sobre el cumplimiento por parte de TRAGSA de los requisitos del artículo 86 de la LRJSP ; además del informe realizado por TRAGSA para su valoración en el recurso interpuesto, en el que se exponían los recursos con los que cuenta su gerencia en Valencia –ciudad donde se iba a ejecutar el encargo cuestionado–: *“TRAGSA adjunta a su escrito de alegaciones (páginas 37 y siguientes) copia del informe emitido por la IGAE en aplicación del artículo 86.3 de la LRJSP, en el que la IGAE concluye, a la vista de la memoria y documentación anexa aportada por TRAGSA, que no puede deducirse “la existencia de aspectos significativos que impidan el cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 86 de la Ley 40/2015” por TRAGSA. En consecuencia, el Tribunal asume que la suficiencia de medios personales y materiales de TRAGSA para ejecutar encargos conforme a su objeto social ha sido informada favorablemente por la IGAE, órgano legalmente competente para dictaminar al respecto. Y obra en el expediente de contratación remitido (documento nº 4) un extenso informe de TRAGSA cuyo apartado 5, relativo al “Certificado de disponibilidad de medios humanos y materiales”, expone que TRAGSA dispone en la Gerencia de Zona Valencia de recursos humanos, materiales y mecánicos suficientes para poder realizar la concreta actuación objeto del encargo impugnado, sin perjuicio de la subcontratación que, dentro de los límites del artículo 32.7.b) de la LCSP, pueda acordarse. Debe por ello, desestimarse este motivo de recurso, puesto que sí existen los informes que niega la recurrente”.*

¹⁶ *“El artículo 86 LRJSP no se refiere a los requisitos de cada encargo singular a un medio propio, sino que contempla los requisitos necesarios para la creación de un medio propio. La declaración de medio propio y servicio técnico es previa a la formalización de un encargo individualizado, siendo requisito sine qua non para ésta última. En este sentido el artículo 32.6 a) LCSP incluso dispone que “Los encargos que realicen las entidades del sector público a un ente que, de acuerdo con los apartados segundo, tercero o cuarto de este artículo, pueda ser calificado como medio propio personificado del primero o primeros, no tendrán la consideración jurídica de contrato, debiendo únicamente cumplir las siguientes normas: a) El medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo”. La regulación de los requisitos de los encargos concretos e individuales que se efectúen a los medios propios se desarrolla en la LCSP (artículo 32 en nuestro supuesto), que no contempla la justificación de la idoneidad y eficiencia de cada encargo individualizado”.*

estudiando la motivación obrante en el expediente, para concluir que dicho encargo podía considerarse más eficiente, de acuerdo con la justificación aportada¹⁷.

Cabe lamentar la inexistencia de un pronunciamiento expreso por parte de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado¹⁸, máxime cuando el Informe 15/2017¹⁹ lo propiciaba al suscitarse específicamente dicha controversia por el ayuntamiento consultante²⁰.

¹⁷ “Sobre la base de dichos documentos, este Tribunal asume la idoneidad y eficiencia controvertida, puesto que las alegaciones y comparativas vertidas en el recurso respecto de la ineficiencia del encargo en relación al modelo contractual anterior no constituyen términos comparativos válidos, habida cuenta que el encargo de “ejecución de la asistencia técnica del programa de sanidad integral y control de explotaciones ganaderas de Cantabria” encuentra apoyo normativo en la Orden MED/12/2018 de 14 de febrero, que regula la campaña de saneamiento ganadero en la comunidad autónoma de Cantabria, por la cual se ha modificado el sistema de saneamiento ganadero en Cantabria, que no consta que haya sido impugnada. En este sentido el órgano de contratación expone en su informe que “La empresa AVESAL no puede impugnar la legalidad de un acuerdo adoptado por la Consejería de Medio Rural, que ha sido tomado en el ejercicio de su propia competencia y de común acuerdo con las Organizaciones Profesionales Agrarias (UGAM, ASAJA,...) y el Colegio Oficial de Veterinarios, como corporación de derecho público que representa y defiende los intereses profesionales veterinarios. En base a dicho acuerdo, se produce un cambio de paradigma en la campaña de saneamiento ganadero de modo que, en lugar de realizarse por una única empresa privada, cualquiera que sea su forma jurídica, se realiza a través de una pluralidad de empresas privadas reguladas bajo la forma de la figura del “veterinario de explotación”, sobre la base de que nadie mejor que el veterinario clínico, que conoce los antecedentes de la explotación y la visita regularmente, para diagnosticar también las enfermedades objeto de programas de erradicación. En este sentido, tan legítimo y ajustado a la normativa comunitaria y nacional (Programas nacionales de erradicación) es que la Administración competente opte por un sistema de licitación pública y seleccione una única empresa como que sea el propio ganadero, autorizado por la administración, el que elija a su veterinario clínico (empresa privada igualmente), pague sus honorarios en el marco de su relación profesional y, posteriormente, reciba una subvención de la administración por las actuaciones obligatorias (campaña de erradicación) o no obligatorias (programa sanitario voluntario) realizadas. Este es el sistema que la Consejería de Medio Rural de Cantabria ha aprobado y regulado a través de la Orden MED/12/2018 de 14 de febrero, que regula la campaña de saneamiento ganadero en la comunidad autónoma de Cantabria, y de la Orden MED/24/2018, de 1 de junio, por la que regula las ayudas a los titulares de explotación que utilicen los servicios del veterinario de explotación para realizar la campaña de saneamiento ganadero.” Sobre la base de lo expuesto, el segundo motivo de impugnación debe ser igualmente desestimado”.

¹⁸ En el Informe 29/2018, que versaba sobre la interpretación del artículo 33.3 de la LCSP, no hubo oportunidad de realizar manifestación alguna sobre el asunto que nos ocupa. Lo mismo sucede tanto el Informe 39/19, emitido a instancia del Presidente de TRAGSA, sobre la interpretación del artículo 32 de la LCSP para recibir encargos de organismos públicos o entidades vinculadas o dependientes de una administración territorial que tengan la condición de poderes adjudicadores; como en el Informe 27/2020, sobre la aplicación del artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020 a los encargos a medios propios personificados.

¹⁹ Sobre la posibilidad de que una sociedad municipal pudiera convertirse en medio propio de otras entidades.

²⁰ La pregunta respondía al siguiente tenor literal: *¿En el caso de encomiendas de gestión de prestaciones complementarias a las propias del servicio de suministro de agua potable, es necesario que los ayuntamientos antes de hacerlos directamente al medio propio, acrediten que esta es la opción más eficiente en términos de rentabilidad económica?* Tan sólo se llega a confirmar que en el momento de creación del medio propio conjunto hay que justificar que su creación sea una opción más eficiente que la

En cualquier caso, el TACRC se ha encastillado en sus posiciones iniciales desde entonces, siendo quizá la de mayor fuerza argumental la Resolución 696/2022, de 16 de junio, que realiza un excelso *excursus* para refutar el carácter excepcional del régimen del encargo, así como para defender la imposibilidad de evaluar las razones de eficiencia o seguridad o urgencia en cada uno de los encargos.

De partida, se afirma que el encargo es una alternativa a la contratación pública que la LCSP permite, con la única condición de la previa declaración de su condición de medio propio, reconocimiento que hace innecesaria una justificación *ad hoc* para cada encargo sobre los extremos establecidos en el artículo 86.2 de la LRJSP.

Se acoge esta premisa porque el encargo a medios propios es una manifestación de la potestad de auto organización de las administraciones públicas (artículo 31 de la LCSP). El encargo –prosigue– es una opción lícita, citándose a estos efectos las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea más recientes, y concluye que la administración pública puede acudir libremente al encargo o a la contratación pública. Ningún reproche ni connotación negativa merece la elección, siempre que ésta se haga reuniendo los requisitos formales exigibles para ello²¹.

contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica o que resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico. De tales afirmaciones, sin embargo, no cabe interpretar que se esté negando la posibilidad del control de cada encargo, pero tampoco lo contrario.

²¹ “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 artículo 86 de la LRJSP. Los motivos para llegar a dicha conclusión son los siguientes: I. El encargo a medios propios es una manifestación de la potestad de auto organización de las Administraciones Públicas, indicada en el artículo 31 de la LCSP (...) Por consiguiente, la decisión de realizar este tipo de ejecución directa, está vinculada primero a la adecuada creación o consideración de una entidad como medio propio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 86 de la LRJSP y en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32 de la LCSP. En segundo lugar, se exige que el encargo cumpla una serie de requisitos y condiciones determinantes de su plena validez que se establecen en los apartados 6 y 7 del artículo 32 de la LCSP. En el caso de TRAGSA es, además, necesario tener en cuenta el contenido de lo dispuesto en la DA 23ª de la LCSP. En ese contexto, los encargos son una opción lícita y en ese sentido se ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En efecto, las resoluciones más recientes, en concreto, el Auto del TJUE (Sala Novena) de 6 de febrero de 2020, partiendo de su “sentencia Irgita” de 3 de octubre de 2019, C-258/18) analiza la adecuación a Derecho Comunitario, Directiva 2014/24, de una legislación nacional que supedita la celebración de una operación interna (encargo en nuestro Derecho) a la demostración de los beneficios específicos que reporta a la sociedad el hecho de acudir a esa figura. Al hacerlo, en dichos considerandos se establece que el artículo 12 de la Directiva faculta a los Estados miembros a excluir una operación del ámbito de aplicación de la Directiva, de la contratación pública y esa decisión implica literalmente una libertad de elección; la Directiva no obliga así a recurrir a un procedimiento de contratación pública ni les obliga a realizar una operación interna (...) Partiendo de esa premisa, la

En segundo lugar, se explica que el artículo 86.2 de la LRJSP aborda sólo la creación o la consideración de una entidad como medio propio, siendo la Intervención General de la Administración del Estado a la que corresponde realizar el control de eficacia, así como la comprobación de los demás requisitos legales, en el ámbito de la Administración General del Estado²². Esta interpretación se entiende reforzada por la modificación operada en el artículo 86.3 de la LRJSP por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021²³; y por la literalidad de lo

Administración Pública puede libremente decidir acudir al encargo a un medio propio o a la contratación pública. Ningún reproche ni connotación negativa merece la elección, siempre que esta se haga reuniendo los requisitos exigibles para ello, que, a continuación, expondremos”.

²² “El artículo 86 de la LRJSP aborda la creación o la consideración de una entidad como medio propio (...)El apartado 1 de este artículo, establece que las entidades del sector público institucional “podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos” de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador, cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, remisión que ahora debe entenderse referida al artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Para ello, conforme a su apartado segundo es preciso acreditar que: “(...) además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de su actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes: Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica. Resulta necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.” La clave está en que dicho artículo, como comenzábamos señalando, no regula los encargos sino la adquisición de la condición de medio propio por parte de una entidad, en el momento de su creación o con posterioridad. Solo así tiene sentido, la exigencia de que la condición de medio propio forme parte de su denominación social y que forme parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos; comprobación que para los medios propios estatales es exclusivamente competencia de la Intervención General de la Administración del Estado y no de la entidad que realiza el encargo. La Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), al realizar el control de eficacia y la supervisión de un medio propio, es quien debe valorar, si es una opción más eficiente, sostenible y eficaz que la contratación pública, o si resulta necesaria su existencia por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico. La IGAE realiza ese control (o debiera realizarse) en el momento de creación del medio propio o en un momento ulterior, si la adquisición de dicha condición se produce con posterioridad al momento de creación del ente. Asimismo, el control ha de realizarse periódicamente e incluso en coordinación con la auditoría privada externa cuando esta resulte preceptiva, en los términos que establece la Nota Técnica de la Oficina Nacional de Auditoría 1/2021 sobre la consideración de medio propio en la auditoría de cuentas. La citada Nota Técnica 1/2021 establece los criterios del control al medio propio “en funcionamiento” tras la modificación de los apartados 2 y 5 del artículo 32 de la LCSP, llevada a cabo por la Disposición final 40ª de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre. En efecto, pese a la supresión legal del mecanismo de control del medio propio que suponía la obligatoria mención en la Memoria de los requisitos del artículo 32 de la LCSP y de las consecuencias en caso de incumplimiento, la Nota Técnica citada precisa cómo han de reflejarse los incumplimientos en las auditorías. Las consecuencias legales serán ya las propias del incumplimiento de una norma imperativa, ante la redacción de los apartados 2 y 4 del artículo 32 de la LCSP y la doctrina que sobre la cuestión establece la reciente sentencia del TJUE (Sala cuarta) de 12 de mayo de 2022, asunto C-719/20”.

²³ “La interpretación anterior se refuerza tras la modificación del apartado 3 del artículo 86 por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021. En efecto, el vigente artículo 86.3 de la LRJSP establece que cuando se cree un nuevo medio propio, la comprobación del cumplimiento de los citados requisitos se ha de realizar por la Intervención General del Estado, debiendo quedar reflejado en la memoria justificativa de la referida creación (sin mención alguna obviamente a

señalado en el preámbulo de la LRJSP, cuanto refiere que *“la creación de un medio propio o su declaración como tal deberá ir precedida de una justificación, por medio de una memoria de la intervención general, de que la entidad resulta sostenible y eficaz, de acuerdo con los criterios de rentabilidad económica, y que resulta una opción más eficiente que la contratación pública para disponer del servicio o suministro cuya provisión le corresponda, o que concurren otras razones excepcionales que justifican su existencia, como la seguridad pública o la urgencia en la necesidad del servicio”*.

En tercer lugar, se apela a una interpretación conjunta de los artículos 44.1e), 39 y 40 de la LCSP. Comoquiera que el primero identifica la formalización del encargo como acto susceptible de recurso especial, el artículo 39 difiere los motivos de nulidad por remisión al artículo 47 de la LPA²⁴, y el artículo 40 acota los motivos de anulabilidad de los encargos al incumplimiento de los requisitos señalados en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32 de la LCSP, resulta que la infracción del artículo 86.2 de la LRJSP –al no contemplarse en dichos preceptos– no puede integrarse en los motivos de nulidad o anulabilidad del encargo, de lo que se colige que los requisitos del artículo 86.2 deben concurrir en el reconocimiento del medio propio, pero no en el encargo.

Se argumenta igualmente que todo ello resulta corroborado por la disposición adicional vigésimo cuarta de la LCSP –dedicado a la regulación de TRAGSA y TRAGSATEC–, cuya literalidad no remite a los requisitos del artículo 86.2 de la LRJSP.

Como corolario, y descendiendo al supuesto enjuiciado, se desecha valorar la razones de urgencia que habían sido refutadas por la recurrente²⁵, o las de rentabilidad económica y sostenibilidad también cuestionadas. Bajo estas mismas coordenadas, la

ningún encargo concreto) que es una opción más eficiente, sostenible y eficaz que la contratación pública, o que resulta necesaria su existencia por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico, de forma que la concurrencia de los dos requisitos transcritos se verifique, en ese momento, y no para cada uno de los encargos que se hagan a quien ya tiene la condición de medio propio”.

²⁴ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

²⁵ *“Sobre la inexistencia de razones de urgencia (pese a que el Principado de Asturias ha motivado la existencia de las mismas para la realización del encargo), como ya hemos señalado en el Fundamento de Derecho anterior, la concurrencia de las circunstancias que se señalan en las letras a) o b) del apartado segundo del artículo 86 de la LRJSP, solo se exigen en el momento de la declaración de que una entidad es medio propio, al tiempo de su creación o con posterioridad a esta, sin necesidad de acreditar su concurrencia en cada encargo”*.

resolución se abre a valorar el límite de la subcontratación en el encargo combatido porque este requisito sí deriva del artículo 32²⁶.

Urge significar que si bien en la última de las Resoluciones del TACRC dictadas hasta el momento sobre encargos (Resolución 1399/2024, de 19 de diciembre), se insiste en la tesis negatoria del doble control²⁷, en la posterior Resolución 502/2025, de 3 de abril, se puede leer un pronunciamiento *obiter dicta* del que pudiera desprenderse un cambio de paradigma.

No se trata de un supuesto en que el objeto impugnado fuera un encargo, sino un acuerdo de no adjudicación de un contrato, pero la recurrente esgrime que el verdadero propósito de dicho acuerdo es cubrir la necesidad contractual vacante mediante un futuro encargo²⁸. A modo de admonición, la resolución señala que si finalmente se formalizara un encargo, el órgano de contratación deberá indicar *“las razones por las que considera ahora conveniente suscribir un encargo y no realizar una licitación”* lo que se constituye en una *“cuestión que la ahora recurrente podrá plantear impugnando ese encargo al amparo del artículo 44.2.e) LCSP”*²⁹. Su lectura deja entrever una modificación de su propia doctrina, pues parece vindicar la justificación del cambio de modelo de gestión, la elección del encargo, motivación que hasta el momento venía considerándose improcedente, o de imposible evaluación por parte del tribunal. Bien pudiera ser un mero

²⁶ Sin embargo, como en el caso concreto la recurrente se limitó a invocar la inoportunidad de la subcontratación en lugar de cuestionar el exceso del porcentaje máximo impuesto en el artículo 32.7 de la LCSP, ninguna trascendencia estimatoria cobijó.

²⁷ *“En el expediente administrativo obran tres memorias justificativas que dan cumplimiento formal a la exigencia de motivación del encargo, en las que se recogen argumentos tendentes a justificar la elección de este negocio jurídico. Sin entrar a valorar la adecuación o suficiencia del contenido de dichas memorias, cuestión que excede del objeto de la presente revisión, procede desestimar el motivo de impugnación sobre la ausencia de motivación del encargo, dado que el argumento del recurrente se basa exclusivamente en su falta de publicidad y la inexistencia de dicha motivación, la cual ha quedado acreditada”*.

²⁸ Frente a ello, la Resolución (F.J.6) señala que *“únicamente se ha acreditado la suscripción de un encargo para la cobertura del servicio mientras se tramita el contrato, por lo que no puede tenerse por cierto que, tal y como sostiene la actora, la decisión de no adjudicar el contrato obedezca al deseo de suscribir un encargo con dicho medio propio y eludir con ello una licitación abierta”*.

²⁹ Reproducimos este pasaje por su posible trascendencia: *“Todo ello, sin perjuicio de que, si una vez firme la resolución que acuerda la no adjudicación el órgano de contratación optara por suscribir un encargo y no convocar una nueva licitación incorporando los cambios en el objeto que motivaron aquella decisión de no adjudicar deberá justificar el cambio de criterio, indicando las razones por las que considera ahora conveniente suscribir un encargo y no realizar una licitación. Cuestión que la ahora recurrente podrá plantear impugnando ese encargo al amparo del artículo 44.2.e) LCSP sin que proceda ahora adelantar acontecimientos y menos que este Tribunal tome una decisión sobre un acto que no se ha producido, dado su carácter revisor de actos”*.

desliz en la redacción de dicho fundamento, sin mayor repercusión, pero nos obliga a escrutar sus futuros pronunciamientos para contrastar su verdadero alcance.

Decíamos al principio que la Resolución 154/2025, de 22 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPCM) mantiene la herencia del TACRC, ya adida a su propio acervo doctrinal en otras dos precedentes resoluciones³⁰ (Resoluciones 309/2021, de 8 de julio y 323/2021, de 15 de julio).

Es menester recordar que en la Resolución 309/2021 se cuestionaba por la recurrente el cambio de modelo de gestión de un determinado servicio³¹, que venía prestándose a través de licitación pública y se rebatía el requisito de mayor eficiencia del encargo. Frente a ello, y sobre la base de la precitada Resolución 1106/2019, de 7 de octubre, del TACRC, y del Dictamen 52/2021, de 7 de mayo, de la Abogacía General del Estado³², se refuta que la normativa vigente no contempla el doble control de los requisitos del artículo 86.2 de la LRJSP. Sólo son exigibles en el momento del

³⁰ Téngase en cuenta que hubo un cambio en la presidencia del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, mediante Resolución de 16 de octubre de 2024, de la Dirección General de Recursos Humanos de la Comunidad de Madrid, lo que permitía albergar la probabilidad de que se produjera un cambio en la doctrina que sobre este extremo se había mantenido hasta ese momento.

³¹ El servicio de prevención y apoyo a la extinción de incendios forestales e inclemencias invernales de la Comunidad de Madrid.

³² Cumple advertir que dicho Dictamen se emite a raíz de los reparos efectuados previamente por la Abogacía del Estado en Madrid (informes 159/2021 y 161/2021) a determinadas propuestas de encargos a TRAGSATEC. En los informes de origen se apostaba por la necesidad de justificación del encargo: *“no se justifica suficientemente los motivos por los que se opta por la figura excepcional del encargo al medio propio en lugar de contratar la asistencia técnica en el mercado, y cuáles son las razones para concluir que el encargo es económicamente más ventajoso”*. La Resolución 501/2022, de 21 de octubre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, llega incluso a cuestionar la taxatividad del meritado Dictamen 52/2021, de 7 de mayo: *“(..) valorando la consistencia de sus argumentos y el ámbito del que emana dicho Dictamen, considera que el mismo no llega a rebatir las argumentaciones que hemos abordado en la anterior consideración, las cuales damos por reproducidas, bastando decir, a modo de resumen, que la modificación operada del artículo 86.3 de la LRJSP solo conlleva aclarar el momento en el que la Intervención General del Estado debe intervenir preceptivamente y realizar dicha verificación, que será en el momento de la creación. Sin embargo, ello no lleva a concluir, que en la configuración de los encargos a medios propios y en cuanto al control de los requisitos de los mismos, la simple alusión a la verificación por la Intervención General del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 32, suponga que no haya de justificarse que cuando se realiza un encargo no haya de advenirse por el órgano competente y justificarse que cada encargo reúne esta naturaleza conforme a su concepción en los artículos 32 LCSP y 86 LRJSP (sobre todo el apartado 2). Lo contrario sería permitir que una vez verificada la condición de medio propio cualquier encargo realizado por el poder adjudicador en el futuro suponga la concurrencia automática de los supuestos que legitiman la realización de un encargo con independencia de la actuación, alcance, tiempo, condiciones, contexto económico interno del medio propio, o contexto económico externo, etc., en las que se produzca el encargo (...)”*.

reconocimiento del medio propio y no posteriormente, encargo a encargo. Si se admitiera ese segundo control perdería sentido y de nada serviría aquel control previo; supondría dejar sin eficacia jurídica el referido precepto *“pues de nada serviría el control para la atribución de la consideración de medio propio, si luego fuera preciso realizar dicho control concreto de cada encargo”*.

En la posterior Resolución 323/2021 se enfrenta el TACPCM a un recurso sobre ese mismo encargo ya cuestionado en su resolución anterior, pero en este caso el recurso era más incisivo, con un alegato más completo, explicando con mayor detalle el incumplimiento del requisito de eficiencia. Aun reiterando la doctrina negatoria del doble control, la resolución descende a la valoración de los argumentos esgrimidos por las partes.³³

En la Resolución 154/2025, de 22 de abril, se rememora y confirma la doctrina del TACRC, pero, como ocurriera en la Resolución 323/2021, se repite el contrasentido de negar la posibilidad de revisar las razones de oportunidad en la elección del encargo, para seguidamente analizar la justificación obrante: *“aun cuando conforme a lo señalado en este escrito, la memoria del encargo tiene una eficacia meramente explicativa, lo cierto es que, en este caso concreto, se ha justificado la idoneidad del encargo (en cuanto que no se ha adjudicado un contrato y debe prestarse el servicio hasta la adjudicación de un nuevo procedimiento de licitación) y la eficiencia (especialización del personal; economía, precios públicos conforme a su sistema de tarifas)”*.

Muchas de estas resoluciones translucen, por tanto, una innegable ambivalencia, al proscribir el control de las justificaciones listadas en el artículo 86.2, al tiempo que se evalúan las correspondientes memorias donde se razonaban aquellos requisitos.

En la otra orilla se encuentran los tribunales administrativos de contratación que defienden abiertamente la vigilancia de los criterios de eficiencia y de seguridad o

³³ Así se señala que *“la comparativa de costes realizada por el recurrente se realiza en base a unas cantidades a tanto alzado, sin tener en cuenta que el objeto del encargo engloba otros aspectos, como se ha hecho referencia anteriormente, que no estaban incluidos en el anterior contrato”* y que *“tampoco se debe olvidar que TRAGSA fue creada especialmente para dar continuidad a su decisivo papel instrumental en las actuaciones urgentes o de emergencia, con motivo de catástrofes o calamidades de cualquier naturaleza, fundamentado en la potencia y capacidad de movilización de sus medios operativos, lo que hace de dicha empresa un medio idóneo para la prestación del objeto del encargo realizado”*.

urgencia en la formalización de cada encargo, proclives, por ende, a la necesidad de un doble control.

El menos renuente y más enérgico es el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJA), siendo paradigmática su Resolución 95/2019, de 28 de marzo³⁴, corroborada por otras posteriores³⁵, siendo la Resolución 501/2022, de 21 de octubre, su última confirmación. Se considera que los requisitos del artículo 86.2 de la LRJSP han de ser valorados en cada encargo³⁶, señalando que *“si bien la existencia de las circunstancias previstas las letras a) y b) del artículo 86 de la Ley 40/2015 se contemplan 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”*.

Se invoca, como vemos, el principio de eficiencia que rige la actuación de la administración, de modo se hace *“preciso que en la memoria justificativa del encargo se expliciten los razones por las que el recurso al encargo resulta más eficiente en sentido*

³⁴ Doctrina consolidada en otras posteriores: resoluciones 500/2022, de 21 de octubre y 501/2022, de 21 de octubre, por todas.

³⁵ La última que se ha dictado sobre esta doctrina es la Resolución 501/2022, de 21 de octubre.

³⁶ *“A la vista de esta regulación resulta claro, como alega TRAGSA, que el cumplimiento de los requisitos contemplados en las letras a) y b) del apartado 2 del precepto es necesario para la declaración de medio propio y servicio técnico. 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 encuentra el ser una opción más eficiente que la contratación pública o que responde a razones de urgencia o seguridad 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. Como dice el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de septiembre de 2018, Sala de lo Contencioso, Sección 5ª: “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). En este sentido, y 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 de si concurren las circunstancias contempladas en la letra a) como de si concurren las previstas en la letra b) del apartado 2 del citado artículo 86”*.

amplio que el recurso a la contratación pública”, y se apoya en la propia LCSP cuando hace referencia a la eficiencia en la utilización de los fondos públicos (en el preámbulo, en los artículos 1, 28 y 294)³⁷. También alude a las exigencias del principio de libre competencia³⁸.

La Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía abunda en este criterio, bajo razonamientos similares, en su informe 3/2022, de 27 de julio, que lleva el

³⁷ “Pasando al plano normativo, la LCSP hace referencia a la eficiencia en la utilización de los fondos públicos en varias ocasiones. Comenzando por su exposición de motivos, el párrafo séptimo de su apartado I dice: “Con esta normativa, la Unión Europea ha dado por concluido un proceso de revisión y modernización de las vigentes normas sobre contratación pública, que permitan incrementar la eficiencia del gasto público y facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública...” El párrafo sexto del apartado II: “Así, esta Ley, teniendo como punto de partida dicha transposición, no se limita a ello, sino que trata de diseñar un sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, ...”. Por último, el párrafo primero del apartado III: “Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público ...”. En la parte articulada de la norma, entre los principios de la LCSP que enumera el artículo 1 se encuentra el de asegurar una eficiente utilización de los fondos destinados a sufragar los contratos, en los siguientes términos: “1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.” 3. En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social. La ubicación del principio de eficiencia en el artículo 1 tiene una extraordinaria importancia, al erigirse en principio transversal de la ley que ha de informar su interpretación y aplicación. Por otro lado, el artículo 28, relativo a la necesidad e idoneidad del contrato y la eficiencia en la contratación, en su apartado 2, dispone: “2. Las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley.” Una última manifestación del principio de eficiencia la encontramos en el artículo 294, al mencionar entre las causas de resolución del contrato de concesión de servicios: “c) El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional.”

³⁸ A modo de conclusión se afirma que “si bien el artículo 86.2 y 3 de la Ley 40/2015 contempla requisitos que han de ser cumplidos con carácter previo a la declaración de una determinada entidad como medio propio, ello no obsta a que, en base a lo expuesto, en los procedimientos de formalización de los concretos encargos deba existir una memoria justificativa entre cuyos extremos figure la mayor eficiencia en términos generales, en el recurso al encargo frente a la contratación, por referencia a la concurrencia de alguna de las circunstancias de las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 86 de la citada Ley 40/2015”.

elocuente título “sobre la necesidad de justificar el cumplimiento de eficiencia en los encargos que se formalicen con TRAGSA y su filial TRAGSATEC”.

Se había postulado, en esta misma línea, la Resolución 61/2019, de 22 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, partidaria de exigir una motivación sustantiva y no puramente formal³⁹, aunque en un escenario anterior a la LCSP.

También el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público se posiciona en este sendero interpretativo, entre otras, en su Resolución 105/2018, de 15 de junio, que tras reproducir el artículo 86.2 de la LRJSP, y con independencia de su aplicabilidad (por su carácter no básico), considera imprescindible la motivación de la elección del encargo por razones ineludibles “*de buen gobierno y buena administración, vinculado especialmente al cumplimiento de eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos ((artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera))*”⁴⁰.

³⁹ “Para concluir, resulta obligado insistir en la advertencia que realizada por el Consejo de Cuentas de Castilla y León, en su Informe de 8 de marzo de 2016, ya citado, cuando señalaba que “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”.

⁴⁰ La citada Resolución 105/2018, después de transcribir el meritado artículo 86.2 de la LRJSP señala que “este precepto es de aplicación a la Administración General del Estado (AGE), en virtud de lo dispuesto en la propia LRJSP, si bien la LCSP establece como régimen jurídico supletorio del régimen de los encargos a medios propios establecidos por la legislación de contratos (disposición final cuarta). En cuanto al régimen jurídico material de los encargos a medios propios establecido en la LCSP, que entró en vigor el 9 de marzo de este año, por aplicación de la disposición transitoria primera, no resulta de aplicación al acto objeto de este recurso. No obstante, con independencia de la aplicación de estas normas y de su resultado, no se puede rechazar de plano la necesidad de incorporar la correspondiente motivación y justificación de la decisión del consejo comarcal en la medida en que se configura como la más elemental herramienta de garantía de buen gobierno y buena administración, especialmente vinculada al

La resolución catalana permite entreverar una segunda dificultad circunscrita en la interpretación del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 86, esto es, si resulta de aplicación sólo a las entidades de ámbito estatal o se extiende a las de ámbito autonómico. El carácter no básico de dicho precepto concitaría una respuesta negativa, pero lo cierto es que la disposición final cuarta, en su apartado tercero, de la LCSP –ésta sí de carácter básico– señala que “*en lo no previsto en la presente Ley, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre*”, lo que ha servido de anclaje para sostener su aplicabilidad general en la Resolución 95/2019 del TARJA (siguiendo a las precedentes Resoluciones 41/2019, de 19 de febrero, y 84/2019, de 21 de marzo)⁴¹, criterio que no es compartido por alguna de las resoluciones judiciales que veremos a continuación.

cumplimiento del principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos (artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera). Desde esta perspectiva, la motivación y la justificación del acuerdo se convierte en un requisito de base para poder efectuar 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 fuera del alcance de la normativa de contratación pública y, por tanto, de su exclusión de la licitación en el mercado abierto (en este sentido, los informes de la Junta Consultiva del Estado núm. 65/2007, de 29 de enero de 2009, y 2/12, de 7 de junio de 2012). Efectivamente, los poderes públicos disponen de una amplia libertad y discrecionalidad para la adopción de la forma de gestión del servicio, tal 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), 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, al menos, de eficiencia y eficacia. La propia legislación de contratos exige, con carácter general, la necesidad de justificar debidamente la adecuación del objeto contractual a las necesidades a satisfacer, así como justificar la configuración de los elementos esenciales del diseño de la contratación (artículos 22 y concordantes del TRLCSP y 28 y concordantes de la LCSP)”.

⁴¹ “...nos encontramos con dos preceptos que dentro de una misma norma establecen, al menos aparentemente, regulaciones contradictorias: el artículo 32, que dispone la aplicación de la Ley 40/2015 exclusivamente para los medios propios de ámbito estatal, y la disposición final cuarta, apartado 3, que en relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados (no solo de los del sector público estatal), dispone, en lo no previsto en la LCSP, la aplicación de lo establecido en la Ley 40/2015). Para resolver esta antinomia, y dado que la misma se produce no entre dos normas, con lo que no cabría acudir a las reglas habituales de resolución de los conflictos de leyes (*lex posterior derogat lex anterior*; *ley especial preferente a ley general*; etc...), sino dentro de una misma norma, habremos de acudir a las reglas de la lógica. De esta manera caben en principio dos soluciones: o bien entender que pese a lo dispuesto en la disposición final cuarta, apartado 3 de la LCSP, el régimen jurídico previsto en la Ley 40/2015 para los medios propios se aplica exclusivamente a aquellos de ámbito estatal, o bien entender que pese a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la LCSP, dicho régimen también resulta de aplicación a los medios propios de todos los poderes adjudicadores, y no solo a los de ámbito estatal. Este Tribunal considera que la solución debe ser esta última, partiendo en primer lugar del carácter básico de la disposición final cuarta, apartado 3 de la LCSP, y en consecuencia, de su aplicación a todos los poderes adjudicadores y a sus medios propios; y en segundo lugar porque la primera solución dejaría vacío de contenido lo dispuesto en la disposición final cuarta, apartado 3 de la LCSP, lo que sería contrario al principio de efectividad de las normas”.

III. Interpretación del artículo 86.2 de la LRJS en la jurisprudencia.

Partamos, en primer lugar, de la Sentencia del Tribunal Supremo 1404/2018, de 20 de septiembre (rec. 4396/2017)⁴², donde se vierten inicialmente ciertas consideraciones generales sobre los encargos (FJ.9). De un lado, se remeda la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la posibilidad de acudir a la figura del encargo en el ejercicio de su potestad de auto organización. Se apunta que la LCSP ha añadido nuevos requisitos en la materia –respecto del régimen jurídico anterior–, como la verificación de que el medio propio cuente con medios apropiados para la realización de los encargos, y lo enlaza con el artículo 86.2 de la LRJSP, anudando esta exigencia con la finalidad de evitar, en el seno del encargo, el recurso excesivo de la subcontratación –porque es indicio de ausencia de medios–, a riesgo de incurrir en un posible fraude de la normativa de contratación, convirtiéndose al medio propio en una mera entidad intermedia al único propósito de beneficiarse de un régimen jurídico más rápido y flexible, socabando así las garantías que para el interés público resultan de aquella normativa⁴³.

A continuación se realizan unas afirmaciones que algún sector doctrinal⁴⁴ ha considerado como confirmatorias de la doctrina del doble control que estamos tratando,

⁴² El origen de esta sentencia se halla en una resolución de la Junta de Castilla y León sobre actualización de la garantía constituida para asegurar la restauración del espacio natural afectado por la actividad minera desarrollada en la concesión de explotación de recursos. El Auto de admisión del Tribunal Supremo precisaba que la cuestión en la que se entendía que existía interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia era: *"la atinente a si se permite la inclusión del IVA en la cuantificación de las garantías que han de prestarse para la restauración del medio natural afectado por aprovechamientos mineros"*.

⁴³ Se expresa en los siguientes términos literales: *"con esta exigencia se trata de evitar que el ente instrumental tenga que recurrir en exceso, por carecer de los medios necesarios para llevar a cabo el encargo, a la subcontratación, pudiéndose dar por esta vía situaciones de fraude de la legislación de contratación pública, como ha puesto de relieve el Tribunal de Cuentas, al configurarse la encomendataria «como una mera entidad intermedia con cuyo concurso se habilita un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías 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)»"*.

⁴⁴ CANO MOLINA. F. *Los encargos a medios propios: algunas asignaturas pendientes*. Contratación Administrativa Práctica, nº 194. La Ley 28150/2024.

en cuanto se apunta que “la LRJSP exige por tanto motivar con una razón económica (y por ello cuantificable) o con una razón de interés general el recurrir a esta técnica. En esta necesidad de motivación del encargo se encuentra además implícita la necesaria delimitación de su objeto”. Nótese la literalidad empleada, que parece situar la exigencia de motivación en la formalización de cada encargo, y no en la fase previa de reconocimiento del medio propio.

Sin embargo, esta percepción provisional parece desmentirse por las consideraciones posteriores, ya que prosigue explicando que el meritado artículo 86 de la LRJSP contempla dos tipos de control, pero desde la perspectiva del medio propio: un control previo necesario para su reconocimiento como medio propio –ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado–; y un segundo control permanente –realizado por el Ministerio del que dependan o al que se adscriban–, sobre el mantenimiento en el tiempo de las circunstancias que habilitaron dicho reconocimiento⁴⁵.

Finalmente, la sentencia añade tres criterios que siguen instilando prevenciones hacia la figura el encargo por parte nuestro Alto Tribunal⁴⁶: vindica una interpretación estricta de los requisitos de suficiencia de medios, eficiencia y seguridad o urgencia, como forma de limitar el uso de los encargos; la carga de la prueba de que existen las circunstancias que justifican la excepción del encargo pesa sobre quien pretenda

⁴⁵ “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)”.

⁴⁶ “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)”.

beneficiarse de ella; y se hace una advertencia de cierre, en tanto debe tenerse en cuenta el principio de libre competencia, que no puede en ningún caso menoscabarse.

Todos estos razonamientos denotan una etiología restrictiva en la figura del encargo que permiten augurar una futura interpretación del artículo 86.2 en el sentido del doble control que proponemos, pero no podemos desconocer que tales consideraciones se realizan *obiter dicta*, de manera tangencial, sin que suponga fundamento directo de la resolución del recurso de casación, y al margen de la doctrina jurisprudencial que se declara en el caso allí enjuiciado⁴⁷.

Por otro lado, debemos también constatar que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de dictar doctrina casacional en otras cuestiones circundantes al encargo; en particular, sobre los límites objetivos que derivan de la reserva funcional en el ejercicio de las potestades públicas o ejercicio de autoridad,⁴⁸ vadeando la problemática que aquí tratamos, al no haberse impetrado por los recurrentes.

A continuación, analizaremos aquellos pronunciamientos de los distintos tribunales superiores de justicia, que tienen incidencia en la cuestión debatida.

⁴⁷ Aquellas aseveraciones se emplean para rechazar la tesis de la recurrente que propelia la ejecución obligatoria de determinadas obras, a través de medios propios de la administración minera, y la doctrina fijada se ciñe a una cuestión ajena a la institución del encargo: *“la inclusión del IVA en la cuantificación de las garantías que han de prestarse para la restauración del medio natural afectado por aprovechamientos mineros”*.

⁴⁸ Sobre los límites objetivos del encargo, recuérdese la paradigmática Sentencia del Tribunal Supremo 1160/2020, de 14 de septiembre, en la que se aquilataba el alcance de un encargo en relación con las potestades públicas y ejercicio de autoridad reservado a los funcionarios públicos. Se reconoce así que las administraciones puedan acudir a personal ajeno cuando fuera necesario para la prestación de servicios puntuales y accesorios, lo que no acontecía, sin embargo, en el asunto enjuiciado, en el que se apreciaba que no es algo *“meramente esporádico o circunstancial sino que se realiza de manera permanente en todos los procedimientos que se tramitan (...) orillando la intervención de los funcionarios encargados de dicho cometido en todos los casos”*. Se llegaba a afirmar que *“parece que se trata no ya de un supuesto de huida del Derecho Administrativo en su más pura y genuina manifestación (...) sino de una privatización encubierta de un servicio que ha sido reservado al sector público como una de las conquistas primarias del Derecho Administrativo propio del Estado de Derecho”*. Ciertamente es que posteriormente se suaviza esa doctrina, en Sentencia 469/2023, de 12 de abril (seguida por posteriores Sentencias 1340/2023, de 26 de octubre, y 236/2024, de 12 de febrero, y otras), en la que se reconoce que el auxilio y asistencia que permite el encargo no sólo es predicable de *“trabajos técnicos o materiales específicos sino también al auxilio en la gestión y en la tramitación de procedimientos que tiene encomendados, cuando el órgano administrativo se encuentra ante una situación extraordinaria y coyuntural a la que no puede dar respuesta por sus propios medios”*. Sobre tales cuestiones, con mayor detalle, puede leerse un artículo publicado en esta misma Revista. LUQUE REGUEIRO. F. *Límites objetivos a la externalización de procedimientos administrativos*. Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid. 2024. Junio.

En primer lugar, resulta de interés la Sentencia 168/2024, de 13 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (rec.1711/2021)⁴⁹, en la que se dirimía la impugnación de un encargo por ineficiencia al implicar un mayor coste que la licitación pública (un 48% más). La parte demandada defendía la interpretación del artículo 86.2 de la LRJSP negatoria de la doctrina del doble control, lo que resulta confirmado en sentencia (FJ.4), pero con un matiz importante. Se afirmaba efectivamente que no *“es necesario que el encargo al medio propio para la prestación del servicio se justifique caso a caso”*⁵⁰. Sin embargo, esa rotundidad parece diluirse en la consideración posterior, puesto que se razona que al no tener los encargos la consideración de contratos (artículo 32.1 de la LCSP) *“el "encargo" así realizado no es recurrible ante los Tribunales como si de un contrato administrativo se tratara, porque no es un contrato. Ello no obsta a que el encargo esté sometido al principio de legalidad y en último término al control de los Tribunales, según las normas procesales aplicables”*.

Una lectura sosegada del pasaje parafraseado permite columbrar que, en opinión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el control de cada encargo, y específicamente, el contraste de los requisitos del artículo 86.2 de la LRJSP, no procede realizarse ni compete a los tribunales administrativos de contratación por la razón apuntada de que los encargos no son contratos, pero sí puede y debe ventilarse con todo su peso en sede judicial.

En esta coherencia, su F.J 5 asimila, en definitiva y si acaso de manera soterrada, la teoría del doble control del encargo, que si bien se niega en vía administrativa, se ha

⁴⁹ Dicha sentencia desestima el recurso interpuesto contra Resolución 309/2021, de 8 de julio de 2021, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) contra la formalización por la Consejería de Justicia, Interior y Víctimas de la Comunidad de Madrid, del encargo a la Empresa de Transformación Agraria SA, SME, MP (TRAGSA) para la prestación del servicio de *“Prevención y apoyo a la extinción de incendios forestales e inclemencias invernales de la Comunidad de Madrid, cofinanciable con el Fondo Europeo Agrario de Desarrollo Rural (FEADER)”* para los años 2022 a 2025.

⁵⁰ *“Tampoco es necesario que el encargo al medio propio para la prestación del servicio se justifique caso a caso. Como también relata el TACP: Este Tribunal comparte la doctrina citada, entendiendo que la normativa vigente no contempla un doble control del cumplimiento de los requisitos del artículo 86 de la LRJAP, primero en el momento de creación de un medio propio y posteriormente encargo a encargo. Admitir esa circunstancia, una vez se ha otorgado la consideración de medio propio a una entidad por haber acreditado que es la opción más eficiente, supondría dejar sin eficacia jurídica el artículo 86, pues de nada serviría el control para la atribución de la consideración de medio propio, si luego fuera preciso realizar dicho control encargo a encargo”*.

de mostrar vigoroso en vía judicial. No en vano, en el asunto revisado, se evalúa la justificación administrativa del encargo⁵¹. Se valora la cuestión sustantiva denunciada (FJ.6). Se contrastan las razones esgrimidas e interpeladas en el recurso con las justificaciones de la administración (fundamentalmente, las incorporadas en un informe aportado al efecto por la demandada en el seno del proceso), desestimándose finalmente el motivo, por considerar que la recurrente incurrió en una comparación asimétrica entre los costes de los contratos adjudicados y futuros y los presupuestados para el encargo⁵².

⁵¹ *“En el segundo motivo del recurso, la demanda niega la justificación de uso del encargo frente a la licitación. En realidad, bajo ese enunciado la demanda rechaza la justificación que existe, y que, tras examinarla, tacha de formal, reputando inválida la justificación que expone la cláusula segunda del Anexo de condiciones del Encargo, así como la memoria justificativa del Jefe del Cuerpo de Bomberos. En particular rechaza la validez de las razones que exponen sobre la insuficiencia de medios personales y materiales de la Administración para realizar el servicio, con los que sí contaría TRAGSA, y las dificultades experimentadas para adjudicar contratos para la prestación de éstos servicios, cuya cuantía dificultaba cumplir el requisito de solvencia por las empresas, que es un elemento distinto al del número de ofertas presentadas en las licitaciones periódicas, alegado impropiamente por la demanda para contrarrestar este elemento de la justificación. Patrocina en cambio la demanda el sistema de licitación del servicio, empleado antes y cuya continuación insta.*

De estas alegaciones resulta, en primer lugar, que sí que existe la justificación del encargo en el procedimiento seguido para formalizarlo. En segundo lugar, las discrepancias de la Asociación demandante con estas razones son las mismas que expresa la demanda en los demás motivos, sobre la mayor eficiencia del sistema de contratación a empresas privadas, a los que nos referiremos a continuación. En cualquier caso, el motivo debe desestimarse, porque consta en el expediente que el encargo cumplía los requisitos del art.32.6 LCSP para su formalización”.

⁵² *“Con carácter general, no puede derivarse la ineficiencia de un encargo únicamente por un mayor coste de funcionamiento con el del sistema seguido antes. Para enjuiciar la eficiencia se debe tener en cuenta que no se trata sólo de continuar prestando un servicio público por un medio distinto, sino que el contenido del servicio a prestar no es estático, sino que debe adaptarse a nuevas necesidades, que podrían justificar un mayor gasto.*

La argumentación que sobre la mayor eficiencia de la licitación sobre el encargo hace la demanda tiene un enfoque erróneo, al tener como base una comparación asimétrica entre algunos de los costes teóricos (no los reales) de los contratos adjudicados y los futuros, que se presupuestan para el encargo aun no ejecutado. Compara la demanda datos de prestación del servicio, pasados y aun así teóricos, con los datos futuros. También la diferente forma de prestación del servicio y el plazo de duración impide una comparación válida. Ni siquiera se justifica que el objeto del nuevo encargo vaya a ser la suma de los objetos del servicio perseguido en las licitaciones.

Por otra parte, las afirmaciones y números que expone la demanda no están contrastadas, únicamente son afirmaciones de la demanda, subjetivas y claramente parciales sobre el ser y el deber ser de ciertas partidas del presupuesto del encargo. Esta argumentación de la demanda es rebatida ampliamente en el informe aportado al efecto por la Comunidad de Madrid (“Informe denuncia ASEMFO”, de la Dirección General de Emergencias de la Comunidad de Madrid), que, pese a lo afirmado por la recurrente, sí que se aportó debidamente, con la contestación a la demanda. En cuanto a su contenido, al proceder de órganos técnicos de la Administración, que de forma detallada y extensa rechazan las afirmaciones de la demanda al efecto, debe dársele mayor valor que a los análisis de parte sobre algunos de los datos económicos del encargo. Resultando del informe que la ejecución del servicio mediante el encargo tiene un menor gasto para la Comunidad de Madrid, que continuar con los contratos anteriores”.

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Santa Cruz de Tenerife, sin embargo, es reacio a defender la doctrina del doble control. Sus sentencias 350/2023, de 10 de julio (rec.62/2023) y 142/2024, de 25 de marzo (rec.62/2023) convienen en reprobar la aplicación del artículo 86.2 de la LRJSP⁵³ en la formalización de los encargos.

Por otro lado, la Sentencia 213/2023, de 30 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec.7127/2022)⁵⁴, ofrece un novedoso enfoque al problema. En el supuesto encausado la recurrente denunciaba una doble infracción: la propia necesidad del encargo, por entender que la administración contaba con medios personales y materiales suficientes para su provisión, y se discutía igualmente la opción del encargo empleada en lugar de la licitación pública.

En este segundo punto se arguye (FJ.3) que la opción entre licitación pública y encargo forma parte de la potestad de auto organización, como reconoce el artículo 31 de la LCSP, pero añade, y en esto reside el interés principal de la sentencia, que esa potestad de auto organización es discrecional, de lo que deriva su necesaria motivación por imposición del artículo 35.1.i) de la LPA. Vincula además ese deber de motivación con el principio de buena administración. Se insiste en que esa obligación de motivación cobra

⁵³ La Sentencia 142/2024, de 25 de marzo (rec.62/2023), en su FJ.4 es expresa en los siguientes términos: *“Del examen de este artículo 86 de la Ley 40/15, de Régimen Jurídico del Sector Público, se aprecia que estamos ante un control de eficacia y necesidad previsto en sede ordenación de las Administraciones y su sector público institucional, cuyo ámbito es el de la declaración como medio propio del poder adjudicador (o poderes adjudicadores independientes entre sí).*

Del propio texto del artículo 86 de la Ley 40/115, su ubicación en la Ley reguladora del Sector Público y el pasaje de su exposición de motivos, se entiende que este artículo refiere al momento de la creación del medio propio, no al momento de la decisión del encargo al medio propio.

Y así lo ha considerado la Resolución nº 696/2022, de 16-06-22, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que analiza doctrina del TJUE, cuando dice que «el encargo se configura como una manifestación de la potestad de autoorganización y como una alternativa a la contratación pública, tanto por nuestro ordenamiento jurídico como por el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE»? y 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 artículo 86 de la LRJSP». (...)

«Por consiguiente, la decisión de realizar este tipo de ejecución directa, está vinculada primero a la adecuada creación o consideración de una entidad como medio propio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 86 de la LRJSP y en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32 de la LCSP”.

⁵⁴ Se impugna en este caso una resolución de la Junta de Galicia, por la que se da publicidad a la formalización del encargo al medio propio TRAGSATEC, para la prestación del servicio técnico cualificado para el análisis, gestión, planificación y control de la gestión de residuos de Galicia.

mayor relieve en decisiones discrecionales encaminadas a elegir entre varias alternativas válidas. Y nos recuerda otras finalidades consustanciales a la motivación, como cauce para que el interesado pueda conocer las razones de la decisión, dando posibilidad de impugnarlas, además de servir para diluir la arbitrariedad de los poderes públicos proscrita constitucionalmente.⁵⁵

La razón de acudir al deber general de motivar los actos discrecionales puede encontrarse en su FJ.4 , en el que se descarta la aplicación el artículo 86.2 de la LRJSP, por carecer de carácter básico, siendo sólo exigibles, en su consecuencia, los requisitos del artículo 32.4⁵⁶. Se concluye, por tanto (FJ.5), que lo único que cabe vindicar es la motivación de la elección del encargo⁵⁷, y precisa que el contenido de la motivación no

⁵⁵ “Por supuesto, ya que la potestad de organización es discrecional, las decisiones que a su amparo se dicten tienen que estar debidamente motivadas, como impone el artículo 35.1.i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, lo que nos lleva a lo indicado al comienzo, esto es, que una de las manifestaciones en que se concreta el principio de buena administración es la obligación de motivar las decisiones administrativas, en particular las discrecionales encaminadas a elegir una entre varias alternativas válidas.

Aunque sobre esto se volverá en el fundamento de derecho quinto, es importante advertir que la motivación de las resoluciones administrativas no sólo se exige para que el interesado pueda conocer las razones de la toma de decisión a fin de facilitarle el ejercicio de los recursos que procedan, sino también para erradicar la arbitrariedad de la administración. Acorde con ello, la motivación exige, por un lado, que se expresen los razonamientos jurídicos que amparan la decisión, pero también los hechos en que se sustenta, que tienen que tener correlación con la realidad, como señala la constante jurisprudencia de la que son un ejemplo las SsTS de 19.09.19 (rec. 2740/2017), 09.06.20 (rec. 1195/2018), 02.07.20 (rec. 2053/2018) y 20.04.21 (rec. 7137/2018); evidentemente, la concordancia o discordancia con la realidad es una cuestión de hecho que debe acreditarse”.

⁵⁶ “Pero tampoco tienen razón los letrados de las adversas cuando sostienen que se aplicaba el artículo 86.2 de la LRJSP, pues este precepto no es básico y tan solo se aplica a la Administración General del Estado y al sector público estatal, con arreglo a lo previsto en el apartado 2.c) de su disposición final decimocuarta.

Debe recordarse que tal precepto exige que la entidad que intervenga como medio propio cuente con medios suficientes para realizar la prestación que se le encarga, pero también que tal encargo sea una opción más eficiente que la contratación pública, con el añadido de que resulte sostenible y eficaz, con arreglo a criterios de rentabilidad económica, o que sea necesario disponer de los servicios que se le encargan, por razones de seguridad pública o de urgencia.

Por el contrario, el único precepto aplicable al caso es el artículo 32.4 de la LCSP, que establece determinadas exigencias que, como se ha advertido en el fundamento de derecho tercero, tenían que quedar debidamente motivadas, pero también acreditadas”.

⁵⁷ “tiene que recordarse que mientras el artículo 86.2 de la LRJSP exige que la elección del medio propio sea una opción más eficiente que la contratación pública o que resulte necesario disponer de los servicios que se encargan, por razones de seguridad pública o de urgencia, nada dispone al respecto el artículo 32.2 de la LCSP, de modo que, al elegir la titular del departamento autonómico una alternativa entre varias posibles, lo único que tiene que hacer es motivar tal elección”.

ha de ajustarse a las razones del artículo 86.2, porque como se ha argumentado antes, no resulta de aplicación a la administración autonómica⁵⁸.

La lectura crítica de esta sentencia plantea algunas cuestiones inconclusas. La primera, que no es baladí, referida al apropiado contenido de la motivación exigible. Si no cabe atender a las razones de eficiencia o seguridad o urgencia, no se nos ocurren otras justificaciones que aportar. Por otro lado, nos parece un pronunciamiento en cierta medida contradictorio, pues si la base de su *excursus* (FJ.3) parte muy acertadamente del principio de eficiencia –invocando los artículos 31.2 y 103.1 de la Constitución, incluso el artículo 41 de la Carta de derechos fundamentales de Unión Europea, donde se reconoce el principio de buena administración–, en la parte final de la sentencia se silencian tales referencias en orden a la concreción del contenido necesario de la motivación. Quizá una lectura *in totum* de la sentencia pudiera remediar esa carencia, en el entendido de que la motivación ha de consistir precisamente en justificar las razones de eficiencia, pero no por imposición del artículo 86.2, sino por derivación de aquellos otros preceptos más generales. En tercer lugar, tampoco compartimos la inaplicación del artículo 86.2 pues, dejando al margen el controvertido carácter no básico del precepto, en los términos ya apuntados, no se valora la posibilidad de su aplicación supletoria por mor de la cláusula residual del artículo 149.3 de la Constitución. Y una última cuestión igualmente discutible, al menos desde un punto de vista conceptual, es la calificación como discrecional de la potestad de auto organización para decidir si se acude a la licitación pública o al encargo. La potestad discrecional, como es sabido, supone la elección de una solución jurídica entre varias posibles, todas igualmente válidas, y no parece que pueda reputarse válida la elección del encargo si es ineficiente. Se asemeja, en mayor medida, a las notas configuradoras de la potestad reglada.

Finalmente, no podemos dejar de reseñar varios pronunciamientos que se han decantado más nítidamente favorables a la doctrina del doble control. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia 3719/2021, de 17 de septiembre (rec.11/2019) (FJ 3) nos desvela que *“lo relevante para poder prestar un servicio de forma directa a través de un medio propio es que ofrezca una mayor eficacia en*

⁵⁸ “Por otro lado, pese a la débil motivación del medio elegido, lo cierto es que el artículo 32.2 de la LCSP no exige un determinado contenido, como sí hace el artículo 86.2 de la LRJSP, pero como este no es aplicable a la Administración autonómica, el presente recurso tiene que ser desestimado”.

comparación con la gestión indirecta por un tercero. Además, esa posibilidad debe ser objeto de una interpretación restrictiva en tanto en cuando limita la contratación pública". Debe precisarse, no obstante, que dicha aseveración se vierte en el contexto normativo anterior a la vigente LCSP y de la LRJSP. Mayor valor tiene la Sentencia 1921/2022, de 20 de mayo, del mismo tribunal (rec.27/2019) (FJ.7) en la medida que reproduce este mismo razonamiento pero a la luz del artículo 86.2 de la LRJSP⁵⁹, acotando además que el enjuiciamiento del requisito de eficiencia habrá de consistir en determinar si el encargo no puede ser mejorado en un proceso de concurrencia competitiva⁶⁰.

No obstante, es la Sentencia 265/2024, de 22 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (rec.57/2024) la que despunta, hasta el momento, en la apología de esta tesis del doble control, encarando de manera frontal la interpretación del meritado artículo 86.2 (F.J 7) en un sentido lógico, pues alecciona que los requisitos de eficiencia y seguridad pública o urgencia *"sólo pueden referirse a cada supuesto en particular"*. Se descarta al mismo tiempo y expresamente la interpretación reprobatoria sostenida por el TACRC, antes referida, que remeda pero que no comparte⁶¹.

⁵⁹ *"debemos indicar que la controversia sobre la mejor rentabilidad o eficiencia del servicio, ampliamente debatida en estos autos y examinada en la resolución del TCCSP que se impugna, debe analizarse en sede de cambio de modelo de gestión, de indirecta a directa, y no tanto en la formalización del encargo a medios propios que es la actividad impugnada en este proceso. 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"*.

⁶⁰ *"la falta de requisitos legales para la formalización del encargo a medio propio implica que la cuestión sobre la mayor rentabilidad o eficiencia 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"*.

⁶¹ *"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 la circunstancia 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 al encargo "sea*

La aplicación de dicha doctrina al objeto de *litis* determina la anulación del encargo por omisión de un informe previo de eficiencia –falta de motivación–. Debemos reparar en que la ausencia de la motivación inicial en sede administrativa avocaría *per se* a la anulación del encargo, sin que pudiera enervarse ese defecto esencial con un dictamen pericial posterior⁶², circunstancia probatoria que, sin embargo, es admitida, como hemos visto, en la Sentencia 168/2024, de 13 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

El examen de los pronunciamientos desgranados nos lleva a entreverar una tendencia mayoritaria favorable a la exigencia de motivación del encargo, debiéndose justificar que esta opción es más eficiente que la licitación pública, y para ello se acude a los más variados fundamentos; unos interpelan a la motivación de los actos discrecionales, otros a la eficiencia exigida en toda actuación administrativa, y en particular, la que destila la normativa de contratación, o a la eficiencia y sostenibilidad de la normativa presupuestaria, o finalmente, y de manera directa, a la interpretación lógica del artículo 86.3, como sostiene el último de los pronunciamientos destacados.

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(...)"

⁶² Ciertamente es que la propia sentencia, aunque a mayor abundamiento, valora la prueba pericial aportada por la demandada: "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 de encargo y el "presupuesto estimado valor medio de las tres metodologías" empleadas para hallar la rentabilidad económica".

IV. Contornos procesales y materiales en la impugnación de los encargos.

A las dificultades estrictamente materiales con las que deben penar los operadores económicos mientras no se consolide la interpretación del artículo 86.2 de la LRJSP favorable a la exigencia de motivación, o hasta que se acometa la conveniente y urgente modificación legal al efecto, han de sumarse los estrechos límites impuestos por la LCSC en la regulación del recurso especial en materia de contratación y en el régimen de publicidad en materia de encargos.

La reducción viene dada, desde una primera perspectiva, porque el artículo 44.1 de la LCSP sólo admite el recurso cuando por las características del encargo, no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando éste, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios. Si tenemos en consideración que, para los contratos de servicios, el umbral de admisibilidad del recurso es de 100.000 euros, y tienen fijado un plazo máximo de cinco años, como regla general (artículo 29), resulta que sólo serán susceptibles de impugnación los encargos cuyo importe supere aquella cuantía. Este inopinado parangón con el contrato de servicios determina que una cantidad importante de encargos queden *extra muros* de esta vía de impugnación, pues, por su propia naturaleza, el uso del encargo exige limitar su contenido y duración a lo mínimo indispensable, eludiendo el mercado lo menos posible so pena de menoscabar la libre competencia.

Una segunda restricción surgiría de la interpretación conjunta de los artículos 44.2.e) y 50.1.f) de la LCSP. El primero previene que solo puede ser objeto de tal recurso, y dentro de los márgenes anteriores, el acto de formalización del encargo, y se dice “*en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales*”. Sin embargo, esta amplia expresión se restringe posteriormente en el artículo 50.1.f), al ceñir los motivos en los que se podrá fundar el recurso al incumplimiento de los requisitos del artículo 32. Debe anotarse también que el recurso especial sustituye a los recursos administrativos ordinarios (artículo 44.5), con la consecuencia, por tanto, de que no será dable debatir la formalización del encargo por esas otras vías, en las que, al menos *a priori*, podrían hacerse valer otros motivos distintos de la infracción de alguno de los condicionantes del

artículo 32, y más en concreto, la falta de motivación del encargo por infracción del artículo 35 de la LPA.

Debe añadirse un tercer inconveniente, y es que, como ya se ha anticipado, hemos apreciado ciertos obstáculos en el momento, amplitud y objeto de la publicidad de los encargos, con incidencia clara en las posibilidades de ejercicio de cualquier acción impugnatoria. Ya hemos indicado, en este sentido, que el artículo 32.6⁶³ de la LCSP sujeta los encargos a la publicación de la condición de medio propio en la Plataforma de Contratación, así como que la orden de encargo deba formalizarse en un documento, al que debe darse igual publicidad, siempre que su importe sea superior a 5.000 euros, con un contenido mínimo de publicidad limitado a la fijación del plazo de duración del

⁶³ “Los encargos que realicen las entidades del sector público a un ente que, de acuerdo con los apartados segundo, tercero o cuarto de este artículo, pueda ser calificado como medio propio personificado del primero o primeros, no tendrán la consideración jurídica de contrato, debiendo únicamente cumplir las siguientes normas:

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

b) El encargo deberá ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente en los supuestos previstos del artículo 63.6. El documento de formalización establecerá el plazo de duración del encargo.

c) Los órganos de las entidades del sector público estatal que tengan la condición de poder adjudicador en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.3 de esta Ley, necesitarán autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que se derive del encargo, sea igual o superior a doce millones de euros.

La autorización del Consejo de Ministros a que se refiere el párrafo anterior deberá obtenerse antes de la suscripción del encargo por el órgano competente. Una vez obtenida la autorización, corresponderá a los órganos competentes la aprobación del gasto y suscripción del encargo, de conformidad con lo dispuesto en las respectivas normas.

A efectos de obtener la citada autorización, los órganos competentes deberán remitir al menos los siguientes documentos: el texto del encargo; el informe del servicio jurídico; así como el certificado de existencia de crédito o, tratándose de poderes adjudicadores con presupuesto estimativo, los documentos equivalentes que acrediten la existencia de financiación.

Requerirán igualmente la previa autorización del Consejo de Ministros las modificaciones de encargos autorizados por el Consejo de Ministros, cuando superen el 20 por cien del importe del encargo.

La autorización que otorgue el Consejo de Ministros será genérica para la suscripción del encargo, sin que en ningún caso implique una validación de los trámites realizados, ni exima de la responsabilidad que corresponda a las partes respecto de la correcta tramitación y realización del encargo”.

encargo. Se echa en falta, sin embargo, la publicidad de otros elementos claves del encargo que permitan conocer su verdadero alcance.

Lo anterior viene enturbiado por las dudas interpretativas que convoca el artículo 63.6 de la LCSP. El precepto parece diseñar un régimen dual de publicidad, en función del importe del encargo. En los de importe superior a 50.000 euros, no se fija un plazo determinado para cumplimentar la publicación y tampoco se compromete un contenido mínimo de publicidad. Tales circunstancias pueden propiciar que los operadores económicos no lleguen a conocer la existencia del encargo hasta un momento temporal lejano, en el que su impugnación ya no le pueda reportar ningún beneficio, en el entendido de que el encargo ya se ha ejecutado o esté en una fase muy avanzada de ejecución. Debe precisarse que no resulta de aplicación la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recordada por la reciente Sentencia 267/2025, de 11 de marzo, del Tribunal Supremo (rec.7303/2021), sobre la compensación de los perjuicios que puede sufrir el licitador como consecuencia de no haber obtenido la adjudicación de un contrato público (lucro cesante), siendo merecedor de ello; o el perjuicio derivado de la pérdida de oportunidad al ser privado de la posibilidad de participar en el procedimiento de licitación⁶⁴. Este último escenario ciertamente guarda asimilación a lo que se produciría en la ejecución de un encargo ineficiente, en sustitución de la licitación pública, más es muy improbable que pueda trasladarse ese derecho compensatorio también a estos casos. La anulación del encargo ya ejecutado tampoco evitaría el pago de las tarifas acordadas, debiendo recordar la proscripción del enriquecimiento injusto como base de la doctrina asentada sobre la denominada la contratación irregular, por parte del Tribunal Supremo –

⁶⁴ El F.J. 8 de la referida Sentencia 992/2025 señala lo siguiente: “*Más recientemente, la STJUE de 6 de junio de 2024 (asunto C-547/2022), que interpreta diversos preceptos de la citada Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1981, contempla específicamente que el licitador puede sufrir diversas clases de perjuicios, que pueden consistir en no haber obtenido la adjudicación de un contrato público (lucro cesante) pero también en el perjuicio derivado de la pérdida de oportunidad al ser privado de la posibilidad de participar en el procedimiento de licitación (apartados 31, 32, 33, 38 y 39 de la sentencia). Esta sentencia recuerda, con cita de pronunciamientos anteriores, que el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que la reparación de los daños causados a los particulares por infracciones del Derecho de la Unión debe ser adecuada al perjuicio sufrido, en el sentido de que debe permitir, en su caso, compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos (apartado 35). Concepto este último, el de “compensación íntegra” de los daños, que guarda correspondencia o paralelismo con la figura de la “satisfacción equitativa” acuñada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.*

por todas, la Sentencia 1275/2023, de 17 de octubre, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (rec.6316/2020)—⁶⁵.

Puede ocurrir igualmente que la información publicada sea tan nimia que no se cuente con los elementos de convicción necesarios para valorar la conformidad a derecho del encargo. En este punto, se antoja especialmente relevante la publicidad del porcentaje de subcontratación, puesto que tal dato permite vislumbrar la razonabilidad del encargo en relación con las condiciones de mercado⁶⁶; y desde luego, si se supera el porcentaje máximo que, como regla general impone el artículo 34.7 de la LCSP, para interpelar dicho exceso a través del recurso especial.

El artículo 53 de la LCSP también suscita incertidumbre. Como se sabe, regula el importante efecto suspensivo inmediato del que goza el recurso especial, pero sólo regiría en la impugnación de los encargos si se admitiera una interpretación amplia del precepto o su aplicación analógica, ya que únicamente se predica tal suspensión respecto del acto de adjudicación de un contrato. Lo mismo sucede con las medidas cautelares estipuladas en el artículo 49 de la LCSP.

Por otro lado, el régimen de publicidad de los encargos de importe superior a 5.000 euros (y debe entenderse inferior a 50.000), adquiere mayor concreción, indicando que su publicación deberá ser, al menos, trimestral, estableciendo su contenido mínimo, que alcanza a su objeto, duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo. Cabe elogiar esta mejor precisión en cuanto a su contenido, pero comoquiera que se admite su publicación en un plazo tan amplio, pierde también, como en el caso anterior, el posible beneficio del recurrente y, por tanto, el aliciente en recurrir. Cabe criticar paralelamente la opción legislativa en la que incompresiblemente se dota de

⁶⁵ Sobre esta problemática nos remitimos al artículo publicado en esta misma Revista Jurídica. LUQUE REGUEIRO. F. *Nuevos planteamientos sobre la contratación irregular*. Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid. 2024.

⁶⁶ El voto particular, formulado al informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por el que se aprueba la Guía sobre Contratación Pública y Competencia: *Los encargos a medios propios y los Convenios*, es muy expresivo sobre los riesgos de la subcontratación: “cuando el medio propio no tiene la posibilidad de realizar por sí los trabajos vinculados con el encargo y recurre a procesos de subcontratación de forma excesiva, se pueden estar produciendo dos situaciones indeseadas: el recurso al sector privado sin respetar las garantías de la LCSP (con los riesgos que ello genera) y la existencia de una intermediación innecesaria (no coherente con la exigencia de eficiencia) que incrementa los costes del servicio, reduce la exigida eficiencia y no existiría si se recurre directamente a un proceso de contratación”.

mayor contenido y certeza a la publicidad de los encargos de menor cuantía, aspecto éste que debería solventarse a través de la correspondiente modificación legal.

La legislación de transparencia también se ha ocupado de la publicidad activa de los encargos, aunque debe precisarse que su infracción no es invocable a través del recurso especial, habida cuenta de que los motivos de impugnación, como se ha dicho, se limitan a las infracciones del artículo 32 de la LCSP.

Entreveamos el régimen de publicidad activa de los encargos desde esta perspectiva. Así, la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno⁶⁷ no hace referencia expresa a los encargos. Tal omisión es excusable por la confusión terminológica entre encargos y encomiendas de gestión que concitó el régimen previo a la LCSP. Siendo así, podría entenderse que el tratamiento de transparencia ofrecido a las encomiendas es igualmente aplicable a los encargos. Sobre tal premisa, el artículo 8 establece un contenido indisponible de publicidad más amplio que el derivado de la LCSP, extendiéndolo a 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.

Mayor alcance aún presenta el artículo 23.3 de la Ley de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid,⁶⁸ en el que, incorporando un tratamiento

⁶⁷ Ley 13/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

⁶⁸ Dicho artículo 23.3 de la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid *“Asimismo se hará pública y mantendrá actualizada la relación de encargos a medios propios y encomiendas de gestión efectuadas por su Administración pública y de los organismos y entidades vinculadas o dependientes de la misma, incluyendo:*

- a) La entidad a la que se realiza la encomienda o encargo.*
- b) Número y categorías profesionales de las personas, en su caso, incluidas en cada encomienda o encargo, así como el importe total destinado a gastos de personal.*
- c) Medios materiales que la entidad encomendante haya acordado poner a disposición de la encomendada o encargada para la realización del trabajo.*
- d) Los motivos que justifican que no se presten los servicios con los medios personales con que cuenta el órgano o entidad encomendante.*
- e) El objeto y el presupuesto de la encomienda o el encargo.*
- f) Las tarifas o precios fijados.*

conjunto de la publicidad activa de encargos y encomiendas de gestión, se incluyen aspectos no previstos en la norma básica y tan importantes como la indicación de los motivos de insuficiencia de medios personales en el órgano encargante, y las modificaciones del encargo. Siendo loable el régimen amplio de publicidad, cabe lamentar que no se aborde también la justificación de las razones que llevan a la elección del encargo en lugar de la licitación pública.

En cualquier caso, ha de advertirse un segundo límite, y es que la infracción de la normativa de transparencia no podría determinar la nulidad o anulabilidad del encargo, y por tanto, no afectaría a su eficacia, pues la constatación administrativa de dicha infracción – a través de los consejos de transparencia– o judicial solo implica la condena de ofrecer la publicidad silenciada.

Es más, ahondando en las eventuales infracciones del régimen de publicidad de los encargos prescrito en la propia LCSP, surgen añadidas dudas sobre sus consecuencias jurídicas. El artículo 40 c) de la LCSP califica expresamente como causa de anulabilidad el incumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32 de la LCSP, relativos a la condición de medio propio. No se prevé como causa de anulabilidad ni la falta de publicidad del medio propio ni la de los encargos particulares. Llama la atención en este punto la Sentencia 306/2024, de 20 de septiembre del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec.7005/2024) (FJ. 3), en la que se interpreta que el defecto de publicidad del medio propio (artículo 32.6 de la LCSP), no puede conllevar su anulabilidad, sino que ha de considerarse una irregularidad no invalidante, al no ubicarse tal requisito en los apartados del artículo 32 que aparecen referidos en el artículo 40⁶⁹.

g) Las modificaciones y revisiones del presupuesto y los precios, así como, en su caso, la liquidación final de la encomienda o encargo.

h) Porcentajes de las encomiendas o los encargos a medios propios.

i) Las subcontrataciones efectuadas, en su caso, con indicación del procedimiento seguido para ello, la persona o entidad adjudicataria y el importe de la adjudicación”.

⁶⁹ “(...)la falta de publicación de la actividad objeto de encargo en la Plataforma de Contratación sería, en su caso, una irregularidad no invalidante, ya que el art. 40 LCSP sólo considera como causas de anulabilidad del encargo la no observancia de alguno de los requisitos de los apdos 2,3 y 4 del art. 32 y esta exigencia formal se halla en el apdo. 6 (Resolución 1501/19, de 26 de diciembre TACRC) , sin que quepa la anulación del acto por ausencia de publicación en la Plataforma de Contratación de los sectores de actividad en los que el medio propio sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo, por estar comprendidos en su objeto social, al no estar comprendido en las causas de

Restaría discernir si la falta de publicidad del encargo particular sería determinante de su nulidad radical por aplicación analógica del artículo 39.2 c) de la LCSP (La falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante), o si podría reconducirse a la causa de nulidad del artículo 47.1. e) de la LPA (los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido), por mor de la remisión que efectúa a éste el artículo 39.1 de la LCSP. No se divisan pronunciamientos judiciales sobre este particular hasta el momento, pero se antoja factible esta última posibilidad, en el entendido de que la ausencia de publicidad del encargo afrenta, al menos indirectamente, el derecho de defensa que asiste a los operadores económicos.

Sentadas las limitaciones apreciadas en el recurso especial de contratación, debemos congratularnos por su desaparición en vía judicial, ya que en esta sede podrá hacerse valer cualquier infracción del ordenamiento jurídico, y siempre confiando en que los órganos judiciales se sigan abriendo a la doctrina del doble control de los encargos, sea porque consideren que el artículo 86.2 es de aplicación en su formalización, sea con base en otros fundamentos menos específicos, como el deber general de motivación, la eficiencia administrativa y la ínsita eficiencia en materia de contratos, o la eficiencia y sostenibilidad presupuestaria.

Para culminar estas reflexiones, haremos una sucinta aproximación de estas cuestiones desde la normativa de defensa de la competencia.

Señala Canedo Arrillaga⁷⁰ que las posibles barreras a la competencia generadas por las administraciones quedaban históricamente fuera del ámbito de actuación de las autoridades de competencia. Sin embargo, la referida autora considera que el panorama ha cambiado a raíz de la jurisprudencia de la Unión Europea y del propio Tribunal Supremo.

anulabilidad, numerus clausus, del art. 40 c), ni procede la anulación por incumplimiento de requisito del art. 32.2 d) (...)”

⁷⁰ CANEDO ARRILLAGA. M.P. *Medios propios y competencia en España*. Economía Industrial. Nº 415. 2020. págs.67 a 87.

Cita a estos efectos, la Sentencia 1833/2016, de 18 de julio (rec.2946/2013) (F.J.4), del Tribunal Supremo⁷¹, en la que se afirma que el ámbito de aplicación de la normativa de competencia no está determinado por el concepto de empresa u operador económico, sino por la aptitud de la conducta realizada para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia del mercado, pudiéndose extender, por tanto, a las administraciones públicas. Efectivamente, la Sentencia aclara que *“en el ámbito del derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado”* y se constata que en el caso enjuiciado la administración *“desempeñó un papel relevante en la distorsión del mercado y la perturbación de la competencia”*⁷². Finalmente se explica que la capacidad de reacción de las autoridades de defensa de la competencia no ha de quedar relegada a la impugnación de los actos o disposiciones reglamentarias de las que se desprenda una posible vulneración del derecho de la competencia, sino que pueden actuar contra otro tipo de conductas administrativas con iguales consecuencias perjudiciales a la competencia⁷³.

En esta misma línea se haya el voto particular, formulado por esta misma autora, en su condición de Consejera de la Comisión Nacional de los Mercados y de la

⁷¹ En verdad, la referida Sentencia 1833/2015 traslada al caso enjuiciado la doctrina previamente establecida en la Sentencia de 9 de marzo de 2015 del Tribunal Supremo (rec.294/2013).

⁷² *“es indudable –la propia sentencia recurrida lo admite y no ha sido cuestionado en casación– que en el caso que nos ocupa la actuación de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía desempeñó un papel relevante en la distorsión del mercado y la perturbación de la competencia; todo ello en los términos que describe la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, que atribuye a la Administración autonómica “...un papel activo en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución del acuerdo de fijación de precios de la uva y mosto de Jerez entre determinados productores y bodegueros...”. Por tanto, debe considerarse ajustada a derecho la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que declara a la citada Consejería de la Junta de Andalucía responsable de una conducta infractora del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia”*.

⁷³ *“sin duda habrá supuestos en que, por estar dirigida la apreciación de una posible vulneración del derecho de la competencia contra un acto administrativo formalmente adoptado, o contra una disposición de carácter general, la vía a seguir por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia –o, en su caso, por los órganos de las Comunidades Autónomas con atribuciones en materia de defensa de la competencia– será la de la impugnación del acto o disposición ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme a lo previsto en los artículos 12.3 y 13.2 de la Ley 15/2007 . Pero la capacidad de reacción de las autoridades de defensa de la competencia no puede quedar reducida a esa vía impugnatoria; sobre todo cuando se trata de actuaciones materiales como las que describe la resolución de la Comisión en el caso que estamos examinando”*.

Competencia, y emitido al socaire de la precitada Guía Sobre Contratación Pública y Competencia: los encargos a medios propios y los convenios, de 2023. El voto dirimente alerta sobre la posible infracción de la normativa de defensa de la competencia por el uso de los encargos. Se presta atención al artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia⁷⁴, relativo a las prácticas de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público. Se explica que el uso inadecuado de un medio propio, por excesivo y contrario a las exigencias legales tiene dos consecuencias esenciales: detraer del mercado una parte que puede resultar relevante en determinados sectores, y privar a la administración y a la sociedad de las ventajas que se derivan de la existencia de procesos competitivos⁷⁵. Finalmente, pretende afinar en la posible infracción en la que pudiera encuadrarse el encargo sin sujeción a los requisitos legales, transitando por el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal⁷⁶ en el que se prescribe un tipo infractor específico según el cual la competencia desleal puede venir socabada por la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial, calificación que engazaría cómodamente con la vulneración de cualesquiera de los requisitos a los que están sujetos los encargos.

V. Conclusiones.

⁷⁴ El artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, dice que “*La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público*”.

⁷⁵ “*En lo tocante a la afectación al interés público, debe considerarse que el uso inadecuado de un medio propio, por excesivo y contrario a las exigencias legales, tendría dos consecuencias esenciales. En primer lugar, el recurso a un encargo impide la apertura de un proceso de contratación pública. Cuando el empleo del encargo al medio propio no genere eficiencia y, en cualquier caso, cuando no tenga amparo legal, priva a las empresas indebidamente de la posibilidad de presentar ofertas competitivas para la prestación de servicios, obras u otras actividades y detrae por tanto del mercado una parte que puede resultar relevante en algunos casos, especialmente en determinados sectores, para la propia subsistencia de algunas entidades y la competitividad de la economía y del sector. En segundo lugar, y más relevante, priva a la administración y en consecuencia a la sociedad de las ventajas que se derivan de la existencia de procesos competitivos que, en esencia, generan una tensión que conlleva una mejora en la innovación y en las condiciones de las ofertas en forma de mayor calidad y precios*”.

⁷⁶ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Si consideramos que los encargos indebidos a medios propios constituyen un fraude de ley, tal y como han denunciado las más altas instancias judiciales y fiscalizadoras, desde el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, el Tribunal de Cuentas, pasando por la jurisprudencia menor y los diversos tribunales administrativos de contratación, y que la auto provisión injustificada de bienes y servicios tiene implicaciones negativas en la libre competencia, según atestigua la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, se hace indeclinable una urgente modificación de la regulación vigente, que ha propiciado, como hemos intentado subrayar en estas líneas, profundas dificultades interpretativas derivadas de una legislación defectuosa e incierta, de suerte que se clarifiquen, por fin, los requisitos que deben justificarse en cada decisión de encargo, además de configurarlo nítidamente como normativa básica de aplicación general a todas las administraciones públicas⁷⁷.

Asimismo, se considera imprescindible perfeccionar la regulación del recurso especial de contratación, dotándole de un mayor ámbito objetivo en lo que concierne a los encargos, y se sugiere amplificar y mejorar el régimen de publicidad de los encargos como medida indispensable para garantizar el derecho de defensa de los operadores económicos que pudieran resultar afectados por la elección del encargo.

BIBLIOGRAFÍA

AMOEDO SOUTO. C.A. *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Gimeno Feliú, J. M. (Director) Aranzadi. 2018. Página 386.

CANEDO ARRILLAGA. M.P. *Medios propios y competencia en España*. Economía Industrial. Nº 415. 2020. págs.67 a 87.

⁷⁷ Ningún problema de constitucionalidad se apreciaría en una regulación básica como la que proponemos, al amparo del título competencial estatal en materia de bases del régimen jurídico de las administraciones públicas (artículo 149.1.28 de la Constitución). Así se afirma también por la mejor doctrina: “sí sería legítima una ordenación estatal abiertamente básica sobre los encargos a medios propios a partir de la competencia estatal sobre las bases del régimen jurídico de la Administraciones Públicas, o más modernamente, del sector público estatal (...) Y, en particular, una ordenación que supeditara el uso de los encargos a la ausencia o insuficiencia del sector privado (...)”. FERNÁNDEZ RAMOS. S y PÉREZ MONGUIÓ. J.M. *Los encargos a medios propios: ¿recurso ordinario o excepcional?* Revista General de Derecho Administrativo. Nº 61 (Iustel, octubre 2022).

CANO MOLINA. F. *Los encargos a medios propios: algunas asignaturas pendientes*. Contratación Administrativa Práctica, nº 194. La Ley 28150/2024.

FERNÁNDEZ RAMOS. S y PÉREZ MONGUIÓ. J.M. *Los encargos a medios propios: ¿recurso ordinario o excepcional?* Revista General de Derecho Administrativo. Nº 61 (Iustel, octubre 2022).

LUQUE REGUEIRO. F. *Límites objetivos a la externalización de procedimientos administrativos*. Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid. 2024. Junio.

LUQUE REGUEIRO. F. *Nuevos planteamientos sobre la contratación irregular*. Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid. 2024. Diciembre.

MOLL FERNÁNDEZ-FÍGARES. L *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*. RECUERDA GIRELA. M.A. (Director). Civitas. Segunda Edición. Madrid. 2024. pág.285.