

La reestructuración del sector público a partir de la normativa de contratación pública y disciplina presupuestaria

Silvia Díez Sastre

*Profesora de Derecho Administrativo.
Instituto de Derecho Local.
Universidad Autónoma de Madrid*

Ester Marco Peñas

*Profesora de Derecho Financiero y Tributario.
Instituto de Derecho Local.
Universidad Autónoma de Madrid*



Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio «Estudios Financieros» 2019** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don César Tolosa Tribiño, don Xabier Arzo Santisteban, don José Luis López González, don Juan Francisco Mestre Delgado, don Ángel José Sánchez Navarro y don Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

Este trabajo analiza la regulación europea y nacional en materia de contratación pública (concepto de medio propio) y disciplina presupuestaria (concepto de sector «Administraciones públicas» SEC-2010), con el fin de determinar las similitudes y diferencias existentes en ambos conjuntos normativos, sus entrecruzamientos y las consecuencias que se derivan de su aplicación conjunta. A su vez, se examinan las vías para la creación de entidades instrumentales que tengan reconocida la condición de medio propio, pero que no consoliden en el sector Administraciones públicas a efectos del cumplimiento de la estabilidad presupuestaria por su ente público matriz. El estudio realizado lleva a confirmar la existencia de un proceso de reestructuración del sector público de los Estados miembros a través de conceptos europeos funcionales, que priman la sustancia económica sobre la forma jurídica, y la necesidad de optimizar la aplicación de dichos conceptos a nivel nacional para preservar un sector público de mercado y eficaz.

Palabras clave: reestructuración del sector público; contratación pública; disciplina presupuestaria.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Díez Sastre, S. y Marco Peñas, E. (2019). La reestructuración del sector público a partir de la normativa de contratación pública y disciplina presupuestaria. *Revista CEFLegal*, 223-224, 75-112.



The restructuring of the public sector based on public procurement and budgetary discipline law

Silvia Díez Sastre
Ester Marco Peñas

Abstract

This paper analyses the European and domestic law on public procurement (specifically, in-house providing requirements) and budgetary discipline (namely, the concept of general government sector developed by the ESA 2010), in order to establish similarities and differences of both sets of regulations, their crosslinks and the consequences stemming from their combined implementation. Furthermore, it examines the possibilities of setting up in-house providing bodies, which are not included in the general government sector of the ESA 2010, with the aim of complying with the budgetary discipline rules. The research confirms the existence of a restructuring process of Member States public sector through functional European concepts, in where economic substance prevails over legal form. Our findings also outline the need to streamline the application of these concepts at national level for the purpose of safeguarding an effective market public sector.

Keywords: restructuring of the public sector; public procurement; budgetary discipline.

Citation: Díez Sastre, S. y Marco Peñas, E. (2019). La reestructuración del sector público a partir de la normativa de contratación pública y disciplina presupuestaria. *Revista CEFLegal*, 223-224, 75-112.

Sumario

- 1. Planteamiento
- 2. Marco jurídico de referencia
- 3. Criterios de análisis
 - 3.1. Control por las Administraciones públicas
 - 3.1.1. Control análogo
 - 3.1.2. Condición de unidad institucional y control en términos de SEC-2010
 - 3.1.3. Análisis comparado
 - 3.2. Grado de intervención en el mercado
 - 3.2.1. La parte esencial de la actividad realizada para el ente o los entes de control
 - 3.2.1.1. El cómputo del 80 % de la actividad
 - 3.2.1.2. Límites a la contraprestación por las actividades realizadas
 - 3.2.1.3. Límites a la contratación en el mercado
 - 3.2.2. Los test de actividad en el SEC-2010
 - 3.2.3. Análisis comparado
- 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas
- Anexo

Nota: Este artículo se ha realizado en el marco y con la financiación de los proyectos I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad 2016 y 2017: «*Aging Cities*» (ciudades envejecidas), ref. DER2016-75987-R y «Financiación de servicios públicos esenciales, sostenibilidad y territorio», ref. DER2017-82530-R (Ministerio de Economía y Competitividad).

1. Planteamiento

Las normas relativas a la organización del sector público, la gestión de servicios públicos y el control del gasto público han experimentado un profundo proceso de europeización, que se ha intensificado con ocasión de la crisis económica. La libertad de los Estados miembros en la configuración y utilización de sus entidades instrumentales y en la selección de las formas de gestión de sus servicios se ha recortado progresivamente de la mano de dos sectores de regulación europea: por un lado, la contratación pública y, por otro lado, la disciplina presupuestaria. Ninguna de estas regulaciones establece mandatos específicos relativos a la autoorganización del sector público; es más, expresamente prevén la libertad de los Estados miembros para elegir el modo en que prestar sus servicios y ejercer sus competencias –sirva de ejemplo el considerando 5 Directiva 2014/24/UE–. Sin embargo, su impacto en la conducta de las Administraciones territoriales es innegable. De forma indirecta crean incentivos dirigidos a reestructurar y, llegado el caso, reducir el número de entidades instrumentales (Díez, 2015, pp. 55 y ss.). Asimismo, crean estímulos para acudir al mercado, en lugar de utilizar los propios medios, para satisfacer las necesidades públicas (Eurostat, European Investment Bank y EPEC, 2016). La falta de un título competencial europeo en materia de organización administrativa y de gestión de servicios de los Estados miembros se suple, de este modo, a través del ejercicio de competencias relacionadas con el buen funcionamiento del mercado interior y de la economía.

En este sentido, en el ámbito de la contratación pública, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) –positivizada en las últimas directivas dictadas en esta materia (Directiva 2014/24/UE, Directiva 2014/23/UE y Directiva 2014/25/UE)– ha consolidado la expansión del concepto de contrato público. Se consideran relaciones contractuales las establecidas entre entes del sector público que, previamente, estaban sometidas únicamente al Derecho interno de los Estados miembros. Los llamados contratos público-públicos han permitido a la Unión Europea condicionar la forma en que se relacionan entre sí las entidades del sector público. Con el fin de evitar las distorsiones que pueden producir en el mercado las Administraciones públicas con su actividad de contratación, el

Derecho europeo introduce límites para utilizar los propios medios o los medios públicos para proveerse de bienes y servicios. La asimilación de estas exigencias europeas por los ordenamientos jurídicos nacionales ha generado disfunciones en el régimen jurídico tradicional de la organización administrativa, las formas de relación interadministrativas y la gestión de servicios.

En España, esto significa que las encomiendas de gestión, los convenios, los encargos a medios propios e incluso las transferencias competenciales deben interpretarse a la luz del Derecho de los contratos públicos. Por esa razón, la gestión directa de servicios públicos mediante entidades instrumentales –prevista en el ámbito local en el artículo 85.2 A) LBRL– tiene que ponerse en relación con las reglas en materia de contratación. La relación de un ente territorial con una entidad instrumental para la gestión de servicios o el desarrollo de actividades en el mercado puede someterse o no a las normas de contratación pública, en función de los casos. Simultáneamente, la forma de gestión de los servicios públicos, mediante la adjudicación de un contrato público o mediante la creación de un ente instrumental, va a incidir en el cumplimiento de la disciplina presupuestaria.

Para dar cumplimiento a estos requerimientos europeos, se exige un esfuerzo de interpretación y adaptación de la estructura del sector público en su conjunto. Esta tarea presenta una especial complejidad, tanto por el elevado carácter técnico de las normativas aplicables en sí mismas, como por la existencia de similitudes en los conceptos y criterios que se utilizan. A lo anterior, se une la dificultad de compatibilizar los múltiples criterios de interpretación provenientes de diversas instancias europeas (TJUE y Eurostat –Oficina Estadística de la UE–) y nacionales (de contratación pública y de supervisión de la disciplina presupuestaria), que no siempre son completamente coincidentes.

En este contexto, el operador jurídico se enfrenta a la inseguridad que se deriva de la aplicación combinada de las normas de gestión de servicios públicos, contratación pública y disciplina presupuestaria. En concreto, se plantea la pregunta de en qué medida el reconocimiento de una entidad como medio propio puede llevar aparejado su consolidación en el sector Administraciones públicas a efectos del cumplimiento de la disciplina presupuestaria. Asimismo, surge la duda sobre la necesidad de emplear la figura del encargo a medio propio para articular la relación entre una entidad matriz y un ente instrumental, y la incidencia que dicho encargo tendrá en la contratación y el balance de la entidad matriz.

Como se pone de manifiesto en la tabla incluida en el anexo, el análisis exhaustivo de los entes instrumentales de los ayuntamientos de Madrid y Barcelona demuestra que la mayor parte de los entes que tienen reconocida estatutariamente la condición de medio propio está clasificada a su vez en el sector Administraciones públicas SEC –lo mismo puede extrapolarse a los niveles territoriales superiores–. Sin embargo, en el Ayuntamiento de Barcelona existen dos medios propios que están clasificados fuera del sector Administraciones públicas SEC, lo que sirve para ejemplificar que en la práctica existe ese tipo de combinación.

En este escenario, el presente trabajo contiene un examen exhaustivo del entrecruzamiento de las normas de contratos públicos y disciplina presupuestaria con el fin de identificar sus consecuencias prácticas y su impacto en el propio concepto de Administración pública y sector público, así como en el freno a la huida del Derecho público (en este sentido, Sánchez Morón, 2018, pp. 65 y ss.; Chinchilla Marín, 2017, pp. 54 y ss.; Chinchilla Marín, 2016, pp. 362 y ss.; Esteve Pardo, 2012, pp. 22 y ss.). Para ello, se expone, en primer lugar, el marco jurídico de referencia. A continuación, se analizan de forma individual y comparada los conceptos comunes que aparecen en ambos grupos de normas: control y actividad en el mercado. Finalmente, se formulan conclusiones que se centran en el impacto que la combinación de estas normas tiene en la reestructuración del sector público contemporáneo. A lo largo del trabajo, se introducen ejemplos de entidades reales, tanto estatales como autonómicas y locales, con el fin de facilitar la comprensión del lector y de someter a prueba las tesis aquí sostenidas.

2. Marco jurídico de referencia

El análisis conjunto de las consecuencias que se derivan simultáneamente de las normas de contratación pública y de disciplina presupuestaria relativas a entes del sector público pivota sobre dos conceptos fundamentales: medio propio y sector Administraciones públicas en términos del Reglamento de la UE 549/2003, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC-2010). En los dos casos, se trata de conceptos funcionales con finalidades distintas, pero en gran medida concurrentes.

La idea de medio propio, elaborada a partir de la jurisprudencia europea (Gallego Córcoles, 2015, pp. 70 y ss.), tiene como objetivo delimitar los supuestos en que las entidades del sector público pueden relacionarse entre sí, prestándose bienes y servicios, sin necesidad de concurrir a una licitación pública (Zamora Santa Brígida, 2018, pp. 497 y ss.; Semple, 2015, p. 22). Es un concepto que debe interpretarse restrictivamente, en la medida en que configura una excepción a la aplicación de las reglas de contratación pública que obligan a licitar en el mercado, con el fin de garantizar un margen de autoorganización de los Estados (Gimeno Feliú, 2013, pp. 45 y ss.; Vilalta Reixach, 2014, p. 945). Si una entidad es medio propio de otra, puede recibir encargos directamente sin necesidad de que se liciten. Como se verá después, la posible distorsión en el mercado que se derivaría de que la entidad se beneficie de encargos públicos y, a la vez, participe en el mercado, se atenúa limitando su actividad en el mercado (por debajo del 20 %).

En el caso de España, esta regulación de los medios propios debe relacionarse con las reglas sobre gestión de servicios. Los medios propios pueden ser los entes creados como una forma de gestión directa de servicios públicos –que en el ámbito local se regulan en el artículo 85.2 A) LBRL–. Esto no significa, sin embargo, que la relación entre la entidad matriz

y su entidad instrumental deba articularse siempre a través de encargos. Si hay transferencia de competencias real, que supone la asunción de responsabilidades por el ente instrumental y el reconocimiento de autonomía financiera, no es necesario articular encargos a medios propios (Vilalta Reixach, 2018, p. 285)¹. En esos casos, el ente instrumental tiene la capacidad de organizar los servicios y gestionarlos como considere oportuno, en el marco del Derecho nacional. El Derecho europeo entiende que esa es una cuestión de organización interna de los Estados (art. 1.6 Directiva 2014/24/UE). En caso contrario, si se quiere encomendar la realización de una prestación concreta, en la que la entidad no tiene capacidad de decisión y configuración –como sucede con el objeto de un contrato público–, la única forma de adjudicar directamente esa prestación al ente instrumental es mediante un encargo a medio propio (Villar Rojas, 2018, p. 83). Aunque el artículo 32 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) afirme que en ese caso se trata de una forma de organización, para el Derecho europeo se trata de un contrato que, excepcionalmente, puede adjudicarse de forma directa (Vilalta Reixach, 2014, p. 946). De hecho, se somete a un régimen de publicidad y de impugnación equivalente al de los contratos en la nueva LCSP (Tena Piazuelo, 2018, pp. 320 y ss.). De manera que, si la entidad no cumple con los requisitos exigidos a los medios propios, será necesario abrir una licitación pública.

Por su parte, el concepto sector Administraciones públicas del SEC-2010 permite identificar a los entes cuyos niveles de déficit y deuda se integrarán en el balance público a efectos del cumplimiento de la disciplina presupuestaria. En aras de un mayor control de la estabilidad presupuestaria a medio y largo plazo, los contornos del sector Administraciones públicas del SEC, como se verá, son cada vez más amplios. La clasificación, o posterior reclasificación, de determinadas entidades en el sector Administraciones públicas, dependiendo de la situación económica de la entidad, puede conllevar el incumplimiento por parte del ente público matriz de mandatos claves en materia de estabilidad presupuestaria (como el objetivo de estabilidad o la regla de gasto), lo cual entrañará, a su vez, limitaciones en su capacidad de acción (restricciones establecidas en la Ley orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que, para determinar su ámbito subjetivo, se remite también al SEC).

En términos de SEC, existen cinco sectores institucionales nacionales mutuamente excluyentes entre sí: sociedades no financieras (S.11), instituciones financieras (S.12), Administraciones públicas (S.13), hogares (S.14), e instituciones sin fines de lucro al servicio de los hogares (S.15). Todos los entes se han de incluir en un sector: a) de forma independiente si son una unidad institucional; o b) si no son unidades institucionales, en el sector en el cual se incluye la unidad institucional que les controla. El SEC-2010 establece, del mismo modo que el SEC-95, tres criterios que deben analizarse de forma sucesiva para determinar la clasificación de un ente dentro o fuera del sector Administraciones públicas: si el ente es

¹ Sentencia *Remondis*, C-51/15, ECLI:EU:C:2016:985.

una unidad institucional, si la unidad está controlada o no por el gobierno, y, finalmente, si la unidad institucional es, o no, productor de mercado. Estos criterios constituyen el denominado *test para la clasificación sectorial de entes*.

La aprobación del SEC-2010 ha supuesto un endurecimiento claro de cada uno de los tres criterios, y recoge una posición de Eurostat tendente a reducir las entidades que, a pesar de estar controladas y financiadas mayoritariamente por las Administraciones públicas, se encuentran clasificadas fuera del sector «Administraciones públicas» SEC (Martínez Manzanedo, 2016, p. 47). Ahora bien, esta opción todavía sigue siendo posible bajo la vigencia del SEC-2010, siempre y cuando se dé cumplimiento a los tres criterios que conforman el citado test.

Para el examen de los tres criterios señalados es fundamental analizar el Reglamento del SEC-2010, pero también la interpretación del mismo llevada a cabo por Eurostat. Esta última se encuentra en el *Manual del SEC* sobre el déficit público y la deuda pública (en su edición vigente, de 2016)²; las decisiones específicas de Eurostat sobre la clasificación *ex ante* y *ex post* de determinados entes u operaciones de los Estados miembros (*bilateral advice to EU Member States*); y las *Visitas de Diálogo a los Estados miembros* en el marco del procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo.

A través del *Manual del SEC* Eurostat busca resolver, en gran medida, los problemas estadísticos que plantea la aplicación práctica del SEC por los Estados miembros. Ahora bien, el *Manual del SEC* no posee carácter normativo vinculante, por ello, la fundamentación jurídica de las prácticas contables, tanto de Eurostat como de los Estados miembros, deberá encajar en el articulado del Reglamento del SEC-2010. La problemática, como veremos, surge cuando el *Manual del SEC* establece criterios más estrictos que los que se derivan del Reglamento SEC, y los Estados cuestionan el carácter vinculante de las restricciones derivadas del manual.

Cada uno de los conceptos descritos, medio propio y sector Administraciones públicas SEC, contiene una serie de atributos o notas definitorias establecidas en la normativa de aplicación a nivel europeo (sobre la estructura de los conceptos jurídicos, Díez Sastre, 2018, pp. 170 y ss.). Solo en el caso de la contratación pública el legislador nacional añade algunos criterios complementarios y exige el reconocimiento en los estatutos o norma de creación de la entidad de esa condición (art. 32.2 d) LCSP) (Baño León, 2018, pp. 15 y ss.; Noguera de la Muela, 2018, p. 689) –a pesar de que puede ser cambiante, en función, principalmente, del tipo de actividad de la entidad–. En la tabla que sigue a continuación, se reúnen los atributos de cada uno de los conceptos.

² Eurostat (2016). *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA 2010*. Luxemburgo, (en adelante, *Manual del SEC-2010*).

Tabla 1. **Criterios de clasificación de entes del sector público en materia de contratación pública y disciplina presupuestaria**

Criterios de clasificación	
Medio propio (arts. 32 y 33 LCSP)	Sector AA. PP. (apdo. 20.17 SEC-2010)
Control análogo	Unidad institucional
Capital íntegramente público	Control público o privado
Más del 80 % de actividad en el marco de las actividades confiadas por el ente matriz o sus entidades dependientes	Producción de mercado o no mercado (test cuantitativo y test cualitativo)

Fuente: Elaboración propia a partir de la regulación europea de la cooperación vertical y el SEC-2010.

Como puede observarse, en ambos casos aparecen dos elementos de análisis que subyacen a los distintos criterios: control por parte de las Administraciones públicas –en concreto, poderes adjudicadores, en el caso de los medios propios– y modo de intervención en el mercado. Ahora bien, esto no significa que exista una correspondencia plena entre el significado y alcance de estos criterios en cada uno de los conceptos señalados, como se trata de explicar a continuación.

3. Criterios de análisis

Con el fin de facilitar el análisis de los criterios de control e intervención en el mercado, así como la observación de cómo deben aplicarse en la realidad, la explicación girará en torno a entes instrumentales hipotéticos. La naturaleza jurídica concreta de estos entes es irrelevante, en la medida en que los dos conceptos señalados –medio propio y sector Administraciones públicas SEC– tienen carácter funcional y priman la sustancia económica sobre la forma jurídica. Por ello, estos entes instrumentales podrían adoptar diferentes formas según el Derecho nacional: organismo autónomo, entidad pública empresarial, sociedad mercantil pública, fundación o entidad de Derecho público con un régimen propio (en relación con el ámbito local, López de Castro, 2017, p. 133).

3.1. Control por las Administraciones públicas

Los criterios relacionados con el control tienen un carácter más duradero o estable que los criterios vinculados a la actividad, como se verá más adelante. La composición y forma

de funcionamiento de una entidad no se modifica habitualmente, pero sí puede alterarse cíclicamente la tipología y volumen de actividades desempeñadas por la entidad. En este sentido, hay que tener en cuenta que los elementos de control van a estar relacionados habitualmente con el diseño organizativo de las entidades en sus estatutos o normas de creación. Con carácter general, las normas de creación o los estatutos de los entes instrumentales responden a una misma estructura. Se incluyen los siguientes elementos, que van a determinar en mayor o menor medida, según el criterio, el alcance del control ejercido por las Administraciones públicas respecto del ente instrumental: reconocimiento de personalidad jurídica propia, pública o privada; afirmación de plena capacidad jurídica y de obrar; determinación del objeto social de la entidad o de las actividades que debe desarrollar; naturaleza pública o privada del capital o patrimonio de la entidad; existencia de patrimonio propio y autonomía en la gestión para el cumplimiento de su objeto y finalidades; composición de los órganos de administración y control o de los principales comités de la entidad; y existencia de requerimientos de autorizaciones por parte de la Administración o el establecimiento de facultades de tutela.

El control relevante reconocido en la legislación de contratación pública con respecto a los medios propios es el denominado control análogo. Por su parte, la disciplina presupuestaria toma en consideración el alcance del control para determinar si una entidad tiene la condición de unidad institucional, y si su naturaleza es pública o privada. Si el control de la Administración es intenso y de carácter operacional, la entidad no tendrá autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal y deberá ser clasificada directamente en el sector Administraciones públicas SEC-2010, como se verá más adelante. Por el contrario, si la Administración controla solo la política general de la entidad, esta tendrá naturaleza pública y su clasificación sectorial se determinará a través del examen de su intervención en el mercado.

3.1.1. Control análogo

La normativa vigente señala que el ente matriz –sea o no poder adjudicador (arts. 32 y 33 LCSP)– debe ejercer un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que puede ejercer una influencia determinante sobre las decisiones significativas y los objetivos estratégicos del ente destinatario del encargo (art. 32.2 a) LCSP)³. Si se quisiera formular en sentido opuesto, puede afirmarse que no existe control análogo cuando la entidad es autónoma del poder adjudicador y tiene capacidad decisoria⁴. La existencia de esa capacidad de decisión se mide a través de distintos

³ Ese criterio apareció en la Sentencia *Parking Brixen*, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605.

⁴ Sentencia *Teckal Srl y Comune di Viano y otro*, C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562.

elementos que se han identificado progresivamente a través del análisis de distintos casos en la jurisprudencia del TJUE⁵. Pueden resumirse como sigue a continuación:

- a) Si la entidad adjudicataria tiene vocación de mercado, será más difícil certificar la existencia de control análogo. En ese sentido, hay que tener en cuenta si la entidad presta servicios a privados. Si lo hace de forma complementaria o accesoria, no sería determinante, pero si esa actividad es importante, impediría entender que existe control análogo⁶. Podría decirse que la existencia de fuertes lazos con el mercado son indicativos de una falta de control análogo por parte de un poder adjudicador. Por esa razón, el objeto debe estar ligado al interés público, excluyendo una «vocación de mercado», entendida como el interés en relacionarse con otros agentes en el mercado y entablar diversas relaciones contractuales.
- b) La amplitud del objeto social también es un factor a tener en cuenta al analizar el control. Si el objeto social es demasiado amplio, se considera que es más difícil que exista control análogo⁷. En ese mismo sentido, el Tribunal de Cuentas se ha mostrado crítico con los «medios para todo», que tienen un objeto social demasiado amplio –como es, por ejemplo, el caso de TRAGSA⁸; aunque, a pesar de ello, tiene reconocida la condición de medio propio y se clasifica en el sector Administraciones públicas SEC⁹.
- c) La posesión del capital por parte de entidades privadas es otro de los criterios determinantes de la existencia de control análogo. De hecho, este criterio es tan relevante que se le da un tratamiento separado. La existencia de participación privada en la entidad adjudicataria excluye de plano la existencia de ese tipo de control¹⁰. El TJUE ha entendido que la incorporación de participación privada a una entidad supone darle ventaja sobre las demás e introduce intereses privados que son incompatibles con la existencia de un «control análogo»¹¹. *A contrario*

⁵ Sentencia *Parking Brixen*, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605.

⁶ Sentencia *Sea*, C-573/07, ECLI:EU:C:2009:532.

⁷ Sentencia *Parking Brixen*, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605.

⁸ Empresa de Transformación Agraria, SA.

⁹ Informe 1197/2016, de fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013.

¹⁰ Sentencia *Stadt Halle RPL Recyclingpark Lochau GmbH y Arbeitsgemeinschaft Termische Restabfall-und Energieverwertungsanlage*, C-26/03, EU:C:2005:5.

¹¹ *Idem*; Sentencia *Jean Aroux y otros y Commune de Roanne*, C-220/05, EU:C:2007:31; Sentencia *Stadt Halle RPL Recyclingpark Lochau GmbH y Arbeitsgemeinschaft Termische Restabfall-und Energieverwertungsanlage*, C-26/03, EU:C:2005:5; Sentencia *Parking Brixen*, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605; Sentencia *Coname*, C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487; Sentencia *ANAV*, C-410/04, ECLI:EU:C:2006:237;

sensu, el hecho de que el total del capital esté en manos íntegramente públicas tiende a demostrar que existe control, aunque la jurisprudencia no llega a considerarlo un elemento determinante¹². No obstante, la directiva se ha desviado de este criterio jurisprudencial, permitiendo la incorporación limitada de capital privado (De Koninck, Ronse y Timmermans, 2015, pp. 24-25). La legislación española no ha previsto, sin embargo, esa posibilidad. El capital debe ser íntegramente público (art. 32.2 c) LCSP). Así lo señaló el Tribunal Constitucional al referirse a la posibilidad de aplicar la excepción de prevista en el artículo 4.1 n) del TRLCSP, anteriormente vigente¹³.

- d) La expansión del ámbito territorial de realización de las prestaciones también es otro elemento importante que puede determinar la ausencia de control análogo¹⁴. Si la entidad que recibe el encargo solo realiza prestaciones dentro del ámbito territorial en el que ejerce sus competencias la entidad de la que depende, es más fácil que exista control análogo que en los supuestos en que la entidad destinataria del encargo puede desempeñar sus actividades más allá de ese límite territorial, bien en el ámbito nacional o, incluso, internacional.
- e) Por último, hay que tener en cuenta el tipo de control que se ejerce a través de los órganos de gestión de la entidad. La jurisprudencia del TJUE ha considerado que, si el Consejo de Administración de una sociedad mercantil tiene gran autonomía decisoria con respecto a los socios, sin necesidad de contar con el acuerdo de la Junta General de Accionistas, entonces no hay control análogo¹⁵. Cuando un poder adjudicador tiene un control similar al de la mayoría de socios, se limita su capacidad de influencia. Por ejemplo, porque no tiene un derecho de voto especial, ni una facultad de control especial¹⁶. En sentido opuesto, si la junta general tiene la capacidad de influir en los objetivos estratégicos de la entidad, sí existe control análogo.

Sentencia *Comisión/Austria*, C-29/04, ECLI:EU:C:2005:670; Sentencia *Pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351; Sentencia *Coditel Brabant*, C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621; Sentencia *Sea*, C-573/07, ECLI:EU:C:2009:532; Sentencia *Centro Hospitalar de Setúbal y SUCH*, C-574/12, ECLI:EU:C:2014:2004.

¹² Sentencia *Carbotermo y Consorzio Alisei*, C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308; Sentencia *Asociación Nacional de Empresas Forestales*, C-205/05, ECLI:EU:C:2007:227; Sentencia *Coditel Brabant*, C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621; Sentencia *Sea*, C-573/07, ECLI:EU:C:2009:532.

¹³ STC 103/2015, de 28 de mayo de 2015.

¹⁴ Sentencia *Parking Brixen*, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605; Sentencia *Sea*, C-573/07, ECLI:EU:C:2009:532.

¹⁵ El criterio de la autonomía decisoria ya aparecía en Sentencia *Teckal Srl y Comune di Viano y otro*, C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562.

¹⁶ Sentencia *Parking Brixen*, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605; Sentencia *Carbotermo y Consorzio Alisei*, C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308.

Junto a estos criterios, el legislador español ha añadido en la nueva LCSP algunos supuestos más, que permiten constatar la existencia de control. Así sucede cuando el poder adjudicador u otras entidades o poderes adjudicadores controlados por este, puedan conferir encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo porque así lo establezcan los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo (art. 32.2 a) 2.º párrafo LCSP). Este supuesto ya había aparecido en la jurisprudencia europea, que señaló que existe control cuando la entidad está obligada a realizar las prestaciones a los precios fijados por los órganos de gobierno¹⁷.

3.1.2. Condición de unidad institucional y control en términos de SEC-2010

En el análisis de los tres criterios del SEC-2010 para clasificar entes, los dos primeros (unidad institucional y naturaleza pública o privada) pivotan en torno al nivel de control ejercido por las Administraciones públicas.

A) En primer lugar, respecto a la condición de unidad institucional, el apartado 2.12 SEC-2010 establece que «una unidad institucional es una entidad económica que se caracteriza por su autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal». Para «gozar de autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal», una entidad debe: a) ser titular de bienes y activos con facultad de disposición sobre ellos; b) tener capacidad para tomar decisiones económicas y realizar actividades económicas de las que es responsable ante la ley; c) tener capacidad para contraer pasivos en nombre propio, aceptar otras obligaciones o compromisos futuros y suscribir contratos; y d) tener capacidad para elaborar un conjunto completo de cuentas. El *Manual del SEC-2010* precisa que estos requisitos no toman en consideración la forma legal de la entidad; de ahí que algunas entidades no tengan autonomía de decisión a pesar de que ello no se infiera automáticamente de su estatus legal¹⁸.

Del análisis de las decisiones de Eurostat tras la aprobación del SEC-2010, cabe concluir que se niega la existencia de unidad institucional en dos supuestos. El primero, cuando la entidad no es titular de bienes y activos con facultad de disposición sobre ellos, ni tiene capacidad para tomar decisiones económicas¹⁹; el segundo, cuando la entidad nece-

¹⁷ Sentencia *Mannesmann Anlagenbau Austria AG y Strohal Rotationsdruck GesmbH*, C-44/96, EU:C:1998:4; Sentencia *Asociación Nacional de Empresas Forestales*, C-205/05, ECLI:EU:C:2007:227.

¹⁸ *Manual del SEC-2010*, apartado I.2.2., punto 7, pp. 14 y 15.

¹⁹ Entre otras, las decisiones: Eurostat, *Classification of entities guidance request Hellenic Hydrocarbon Resources management SA (E.D.E.Y.)*, 25 de julio de 2017, p. 2; y Eurostat, *Classification of entities guidance request The Public Ports Authority*, 7 de septiembre de 2017, p. 2.

sita la aprobación de la Administración para adoptar numerosas decisiones²⁰. Este control por parte de la Administración puede ejercerse a través de diferentes vías, como puede ser el establecimiento en los estatutos de la entidad de limitaciones a la toma de decisiones del Consejo de Administración –o del correspondiente órgano de gestión de la entidad, en función de su forma jurídica–, o la atribución de facultades de tutela o control a las Administraciones públicas.

Así, en el caso de la entidad KEPA, Eurostat niega la existencia de unidad institucional porque el Consejo de Administración de la entidad necesitaba la autorización del ayuntamiento para operaciones como: a) la aprobación del presupuesto, del balance y del informe anual; b) la compra o venta de bienes o la constitución de un derecho real; c) la participación en los beneficios o la realización de inversiones; d) el aumento del capital social de la sociedad; e) la fusión o la disolución de la sociedad; f) o la solicitud de préstamos. En el mismo sentido, en la decisión sobre *Irish Water* el control se ejerce a través de la necesaria aprobación por parte del Gobierno de numerosas decisiones de la entidad (art. 6 del Memorándum de la Asociación); entre ellas, adquisiciones y ventas, disposición y liquidación de acciones, prestar y tomar prestado, así como pignorar sus bienes²¹.

Otro elemento que Eurostat toma en consideración para determinar la existencia de autonomía de decisión en el ejercicio de la función principal es la composición del Consejo de Administración de una sociedad. Concretamente, cuando la mayoría del Consejo de Administración de la entidad está formada por representantes electos o técnicos del municipio en cuestión, ello evidencia que la entidad carece de independencia de acción²².

Así lo ha manifestado Eurostat en su decisión respecto a la clasificación sectorial de Edekt, SA. Para Eurostat, que ocho de los nueve miembros del consejo de administración de la entidad fueran nombrados entre el personal de las Administraciones públicas resulta suficiente para concluir que Edekt, SA no tiene autonomía de decisión respecto del Gobierno.

Si la composición mayoritariamente pública del consejo de administración pasara a ser un elemento decisivo para afirmar la inexistencia de autonomía de decisión, ello podría suponer que un gran número de entidades públicas empresariales y sociedades públicas nacionales fueran consideradas carentes de la condición de unidad institucional y, en consecuencia, tendrían que ser clasificadas en el sector Administraciones públicas SEC.

²⁰ Algunos ejemplos: Eurostat, *Classification of entities guidance request Public Utility Corporation (KEPA) of the Municipality of Veroia*, 30 de marzo de 2016, y Eurostat, *Irlanda. Sector classification of Irish Water*, 24 de julio de 2015.

²¹ Eurostat, *Classification of entities guidance request Public Utility Corporation (KEPA) of the Municipality of Veroia*, 30 de marzo de 2016. Eurostat, *Sector classification of Irish Water*, 24 de julio de 2015, p. 3.

²² Eurostat, *Classification of entities guidance request EDEKT, SA*, 24 de noviembre de 2015.

Un ejemplo de la situación descrita es Barcelona da Serveis Municipals, SA (BSM). Del análisis de sus estatutos se puede concluir que, a pesar de que BSM tiene la consideración de medio propio –porque concurren los criterios de control análogo–, posee un importante nivel de autonomía respecto del Ayuntamiento de Barcelona. En los Estatutos de BSM no se recogen autorizaciones o facultades de tutela a favor del Ayuntamiento de Barcelona como las que hemos señalado anteriormente. A su vez, BSM es una unidad institucional pública (Ballarín Espuña, 2014, pp. 135 y ss.). No obstante, la mayoría de los miembros del consejo de administración son concejales del Ayuntamiento de Barcelona o miembros de la Diputación de Barcelona; por tanto, una aplicación estricta de este criterio interpretativo de Eurostat podría suponer su reclasificación en el sector Administraciones públicas.

En este punto hay que precisar que el análisis de la composición del Consejo de Administración no es un requisito establecido en el Reglamento del SEC-2010 (2.12 SEC-2010), sino que ha sido un elemento de análisis introducido por Eurostat, con los problemas derivados del carácter vinculante o no del *soft law* a la hora de determinar su posible exigencia.

B) En segundo lugar, la naturaleza pública de la entidad viene marcada por el carácter público de la unidad institucional que tiene su control, entendido este último como «la capacidad para determinar la política general o el programa de una unidad institucional» (apartado 1.36 SEC-2010). El SEC-2010 (apartado 20.309) ha introducido una serie de indicadores que ponen de manifiesto la existencia de control: «a) derechos de designación, veto o destitución de la mayoría de los funcionarios, miembros del consejo, etc.; b) derechos de designación, veto o destitución del personal clave; c) derechos de designación, veto o destitución de la mayoría de los nombramientos en los principales comités de la entidad; d) propiedad de la mayoría de los derechos de voto; e) derechos vinculados a opciones y acciones especiales; f) derechos de control mediante acuerdos contractuales; g) derechos de control por acuerdos/permisos para solicitar préstamos; h) control a través de una regulación excesiva; i) otros».

Estos indicadores hacen referencia al control de sociedades. Por su parte, los indicadores de control de las instituciones sin ánimo de lucro (ISFL) se enumeran en el apartado 2.39 SEC-2010 y son los siguientes: a) nombramiento de responsables; b) otras disposiciones del instrumento habilitante, como las obligaciones establecidas en el estatuto de la ISFL; c) acuerdos contractuales; d) grado de financiación; e) exposición al riesgo. Ambos conjuntos de indicadores guardan muchas similitudes y, de hecho, Eurostat específicamente ha afirmado que los criterios de control de las ISFL deben interpretarse en línea con lo que establece el apartado 20.309 SEC-2010, relativo al control con carácter general²³. A su vez, el apartado 2.38 del SEC-2010 precisa que «un único indicador puede bastar para determinar

²³ Eurostat, *Request for advice Sector-classification on the German public broadcasting agencies*, 5 de julio de 2018, p. 8.

el control en algunos casos». Estamos, por tanto, ante a un análisis marcadamente casuístico, como refleja el apartado 20.310 SEC-2010 al señalar que «cada caso de clasificación debe ser juzgado por sí mismo, y algunos de estos indicadores pueden resultar irrelevantes para cada caso concreto». Ahora bien, el apartado 20.310 SEC-2010 introduce un mayor nivel de concreción al afirmar que «algunos indicadores, como los del punto 20.309, letras a), c) y d), son suficientes por sí mismos para establecer que existe control. En otros casos, una serie de ellos puede indicar colectivamente que existe control».

Por tanto, los indicadores relativos al control de los órganos de gestión o supervisión de la entidad –que podemos denominar clásicos porque ya se establecían en el SEC-95– serán concluyentes para determinar la naturaleza pública de la entidad. Por el contrario, los indicadores relativos a aspectos económicos –que han sido introducidos en el SEC-2010– deberán concurrir de forma cumulativa para poder afirmar la naturaleza pública de la entidad. Una aplicación estricta de los nuevos indicadores de control podría suponer la inclusión en el sector Administraciones públicas de numerosas entidades, especialmente, ISFL. Sin embargo, Eurostat, por el momento, se muestra cauteloso a la hora de inferir la naturaleza pública de una entidad por la presencia de estos indicadores, siendo necesario que los mismos se den de forma clara y agregada²⁴.

La calificación como pública de las ISFL es decisiva porque con frecuencia estas no llevan a cabo una producción de mercado, por tanto, su exclusión del sector Administraciones públicas se deriva de su naturaleza privada (dada la composición eminentemente privada de sus órganos de gestión y supervisión). Ahora bien, de afirmarse su naturaleza pública, por la concurrencia de los nuevos indicadores de control, serían consideradas unidades institucionales públicas con producción no de mercado que deberían clasificarse en el sector Administraciones públicas. Así sucedió respecto algunas ISFL del sector sanitario catalán (como la Fundació Althaia de Manresa), que fueron reclasificadas temporalmente en el inventario de entes del sector público (INVENTE), tras la entrada en vigor del SEC-2010, como entidades pertenecientes al subsector Administraciones públicas regional S.1312 (Generalitat de Cataluña). Posteriormente, fueron de nuevo clasificadas fuera de dicho sector.

De un análisis conjunto del apartado 2.39 SEC-2010, relativo al control de sociedades, y del apartado 2.12 SEC-2010 y de las decisiones de Eurostat, donde se recogen los parámetros para determinar la condición de unidad institucional de una entidad, puede concluirse que en, muchas ocasiones, es complicado precisar la intensidad del control ejercido por la Administración; es decir, si este alcanza solo a la política general de la entidad o si también incide en el ejercicio de su función principal. Sin embargo, de esta distinción se derivan consecuencias diametralmente distintas a nivel de clasificación sectorial. Si la entidad no goza

²⁴ Véase nota anterior.

de autonomía de decisión, debe clasificarse directamente en el sector Administraciones públicas. Por el contrario, si las Administraciones públicas controlan solo la política general la entidad, esta última tendrá naturaleza pública, pero será necesario analizar el criterio de mercado para establecer su clasificación final, ya que pueden existir entidades públicas de mercado clasificadas fuera del sector Administraciones públicas.

3.1.3. Análisis comparado

De la comparación de los criterios expuestos pueden extraerse algunas conclusiones. En primer lugar, el capital 100 % público es un elemento esencial a efectos de contratación pública; puesto que, en caso de no constatarse esa circunstancia, la entidad no puede alcanzar nunca la condición de medio propio. Aunque se trata de un requisito ligado a la existencia de control análogo, su importancia ha llevado a caracterizarlo como una exigencia separada. En el plano del SEC-2010, junto a la designación de los miembros de los órganos de administración y control, el otro elemento fundamental se refiere a los derechos de voto, que están estrechamente ligados con la titularidad del capital de la entidad (art. 188 TR de la Ley de Sociedades de Capital). En síntesis, el capital 100 % público es clave para que la entidad sea medio propio y tenga naturaleza pública. Ahora bien, esta premisa no excluye que la entidad pueda estar clasificada fuera del sector Administraciones públicas ni asegura que sea necesariamente medio propio. Para determinar ambos aspectos hay que atender al criterio de la actividad.

En segundo lugar, en los tres tipos de control se han introducido aspectos relacionados con la actividad: la capacidad de disposición sobre activos y pasivos en el control operacional; la vocación de mercado y el ámbito territorial de la actividad en el caso del control análogo; y los nuevos indicadores de control (vía acuerdos contractuales y financiación mayoritaria) en el control de política general. En este sentido, una entidad con una importante actividad de mercado –que contrata con terceros– tiene mayores posibilidades de no considerarse controlada por el Estado. Por tanto, la vocación de mercado puede llegar a excluir la condición de medio propio de la entidad, pero a nivel de SEC reflejará independencia respecto del sector Administraciones públicas. En particular, este elemento reforzará la existencia de una unidad institucional independiente, e incluso, en función de la posible ausencia de los indicadores clásicos de control, podría conllevar la naturaleza privada de la entidad.

Más allá de estas conexiones, es posible, además, sistematizar la normativa expuesta en torno a dos niveles de control, de mayor a menor intensidad. El primero sería un *control operacional*, que limita la autonomía de decisión del ente en el ejercicio de su función principal. Este control se constata en supuestos claros en los que la entidad no es titular de bienes o activos con facultad de disposición sobre ellos ni tiene capacidad de adoptar decisiones económicas; y también se verifica en supuestos más dudosos en los que la entidad necesita la aprobación de la Administración para adoptar numerosas decisiones. Si las Administraciones públicas ejercen un control operacional, la entidad en cuestión per-

derá la condición de unidad institucional y deberá ser clasificada directamente en el sector de la entidad que la controla –en nuestro caso, el sector de Administraciones públicas–.

En el segundo nivel convergen el *control análogo* y el *control de la política general*. Ambos toman en consideración el diseño de los órganos de gestión y supervisión de la entidad, así como la capacidad de influencia en las decisiones del ente instrumental que se deriva del control del capital y de los derechos de voto. Ahora bien, si dichos órganos tienen un amplio ámbito de autonomía de decisión, no existirá control análogo; sin embargo, en términos de SEC, si el órgano de gestión es muy independiente, esto no excluye la naturaleza pública de la entidad (porque el elemento determinante respecto del control es quién ha designado a los miembros del órgano / principales comités de la entidad), pero reforzaría la condición de unidad institucional al excluirse la existencia de un control operacional. Por último, cabe precisar que la composición mayoritariamente pública de los órganos o comités de gestión y supervisión de la entidad puede conllevar la pérdida de la condición de unidad institucional. Ahora bien, a pesar de que los dos niveles de control parecen estar bien diferenciados, en el análisis casuístico pueden encontrarse casos en los que es difícil discernir si el control ejercido por la Administración alcanza uno u otro escalón de intensidad.

La similitud de los criterios utilizados para determinar el control análogo y el control de política general pone de manifiesto la búsqueda por el Derecho europeo de una definición funcional del concepto de Administración pública. Los entes controlados pueden relacionarse fuera del mercado con la Administración –sin necesidad de concurrir a licitaciones–, pero su déficit y deuda deben consolidarse en el balance público de la entidad matriz.

Sin embargo, la constatación de la existencia del segundo nivel de control no llevará a entender automáticamente que el ente es medio propio, ni que se deba clasificar en el sector Administraciones Públicas SEC. El criterio determinante para comprobar si un ente es o no un medio propio y si debe considerarse o no Administración pública en el marco del SEC-2010 será el relacionado con su actividad en el mercado. En sentido opuesto, la constatación de la existencia del primer nivel de control sí excluye la existencia de unidad institucional independiente y comporta la consolidación en el sector Administraciones públicas SEC, aunque ello no tiene necesariamente consecuencias en el plano de las normas de contratación pública.

A continuación, se analiza la intervención en el mercado de aquellas entidades en las que se ha certificado la existencia de control análogo y control de la política general y, por ello, la naturaleza pública de la entidad.

3.2. Grado de intervención en el mercado

Frente al criterio de control, el grado de intervención en el mercado es un parámetro dinámico, variable a lo largo del tiempo, en la medida en que la actividad realizada por una enti-

dad instrumental puede cambiar. Por esa razón se obliga a introducir en la memoria de cuentas anuales la información sobre la actividad que ha llevado a cabo la entidad (art. 32.1 b) *in fine* LCSP). Además, tanto en la normativa nacional de contratación pública, como en el SEC-2010, cualquier cambio en la actividad debe ponerse de manifiesto durante un plazo de tres años²⁵. Como se expone seguidamente, el grado de intervención en el mercado es un criterio complejo cuya aplicación entraña dificultades. En el ámbito de los contratos públicos, se plantean varias interpretaciones sobre qué actividades han de tenerse en cuenta en la consideración de una entidad como medio propio. En el caso de Eurostat, en algunas ocasiones, dada la naturaleza del ente y de su actividad es difícil comprobar si existe una producción de mercado y si los precios que se están sufragando son equivalentes a los que se abonaría a una entidad privada, porque no existen entidades equivalentes en la esfera privada.

Un ejemplo de esta falta de término de comparación en el ámbito privado es el caso de la extinguida Madrid Infraestructuras del Transporte (MINTRA). Esta entidad fue reclasificada por Eurostat en el sector Administraciones públicas SEC debido a la naturaleza de los pagos que le realizaban las Administraciones públicas. MINTRA se financiaba mayoritariamente por el canon que le pagaba Metro de Madrid, SA por el uso de la infraestructura. La dificultad se encontraba en la inexistencia de productores privados de servicios similares a través de los cuales poder determinar si el precio que pagaba Metro de Madrid, SA a MINTRA era o no un precio significativo. A pesar de ello, dada la naturaleza de los pagos por volumen y no por actividad, Eurostat consideró que MINTRA no desarrollaba una producción de mercado (de forma crítica, Martínez Calvo, 2005, pp. 387 y 390).

3.2.1. La parte esencial de la actividad realizada para el ente o los entes de control

Como se ha visto anteriormente, en la tabla 1, el último de los requisitos que debe reunir una entidad para ser considerada medio propio es la exigencia de que el 80 % de su actividad se realice para la entidad que la controla o sus entidades dependientes. En seguida se analizan los criterios de aplicación de ese requisito y se exponen dos consecuencias asociadas al reconocimiento de la condición de medio propio: la imposición de un límite de actividad en el mercado y la restricción de la posibilidad de subcontratar con terceros las tareas que son objeto de encargo.

3.2.1.1. El cómputo del 80 % de la actividad

Por primera vez desde que se instauró la excepción de la contratación *in-house*, la Directiva 2014/24/UE ha concretado el porcentaje de actividad que debe realizar una entidad

²⁵ Artículo 32.2 b) de la LCSP; *Manual del SEC-2010*, pp. 25-26, apdo. 34.

para su matriz con el fin de considerarla medio propio de esta (Burgi, 2016, p. 124). Si antes bastaba con que la parte mayoritaria de la actividad se realizara para la entidad matriz, ahora más del 80 % de la actividad desempeñada por la entidad destinataria del encargo debe llevarse a cabo «en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador» que lo controla o por otras personas jurídicas controladas por el mismo (art. 32.2 b) LCSP). Para calcular ese porcentaje, el legislador se remite al promedio del volumen global de negocios, a los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, o a cualquier otro indicador fiable de su actividad. Todos estos criterios han de proyectarse sobre los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo. No obstante, si no ha habido actividad durante ese tiempo, es posible atender al último año de actividad.

Más allá de los problemas de cálculo aritmético de la actividad realizada (Vilalta Reixach, 2018, p. 272) se plantea un problema de fondo: identificar qué parte de la actividad se realiza en ejercicio de los cometidos confiados por el poder adjudicador. En este punto, hay que tener claro que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, es indiferente cómo se financia esa actividad, con pago directo de la Administración o con pago de los ciudadanos –por ejemplo, en el caso de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía–²⁶. Lo relevante es subsumir las actividades que la Administración confía a la entidad. En esa clave, una interpretación teleológica lleva a incluir todas las actividades que se realizan fuera del mercado, sin haber licitado o contratado con terceros, públicos o privados. De ese modo, si una entidad realiza una parte de su actividad en ejercicio de competencias reconocidas en sus estatutos, y otra parte a partir de encargos puntuales realizados por la entidad matriz, habría que tener en cuenta la suma de ambas actividades para computar el 80 %. Ese es el criterio que ha sostenido expresamente el Ayuntamiento de Barcelona, que considera que la asignación de competencias a un ente instrumental no es un encargo, pero debe tenerse en cuenta para considerar que la entidad es medio propio²⁷. Y es el criterio que se mantiene todavía en numerosos casos en la práctica (Vilalta Reixach, 2018, p. 292)²⁸.

Un ejemplo es el Canal de Isabel II dependiente de la Comunidad de Madrid, que gestiona el agua como competencia reconocida en sus estatutos. Sus órganos de administración, en los que está representada la Comunidad de Madrid, toman las decisiones sobre la configuración del servicio. La actividad desarrollada en el ejercicio de esa competencia se tiene en cuenta a la hora de computar el 80 % en la medida en que se trata de una acti-

²⁶ Sentencia *Carbotermo y Consorzio Alisei*, C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308.

²⁷ Gaceta Municipal del Ayuntamiento de Barcelona de 30 de julio de 2018.

²⁸ En este sentido, el Informe 1/2019, de 13 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña.

vidad que se realiza fuera del mercado. Al reunir la condición de medio propio, solo puede realizar un 19,9 % como máximo de actividad para terceros en el mercado.

Que ambos tipos de actividad se tomen en consideración en el cómputo de la actividad de la entidad de forma equivalente no significa que el título que exige el cumplimiento de la actividad sea indiferente a otros efectos. Como se verá más adelante, por ejemplo, la ejecución de un encargo impone límites en la subcontratación de terceros; mientras que la asignación competencial no está sometida a ese límite (art. 32.7 LCSP).

Ahora bien, esta interpretación amplia de la actividad realizada para la entidad matriz se ha matizado recientemente en la «Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General [IGAE] de la Administración del Estado sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público en aquellas entidades que sean consideradas medios propios». Según su interpretación, en el cálculo del 80 % de actividad entran las operaciones realizadas por la entidad por encargo del mandante, como encargos a medio propio, cuya compensación se basa en el coste de la prestación y, normalmente, en referencia a tarifas. Por el contrario, con carácter general, no se podrán incluir en el cómputo las actividades que se realizan en el ejercicio de una función pública que se ha atribuido a la entidad en la norma de creación o en sus estatutos y que se suelen financiar mediante transferencias.

Esta construcción se apoya en la exclusión de las transferencias competenciales del ámbito de aplicación de la legislación europea de contratación pública (art. 1.6 Directiva 2014/24/UE). Este precepto caracteriza las transferencias o reasignaciones de competencias como forma de organización de los Estados y no como contratos, en la medida en que no exista una contraprestación propia de un contrato público. Así, la circular entiende que, puesto que no se trata de contratos, no se incluirán en el cómputo del 80 %. La interpretación de la circular también utiliza la literalidad de la sentencia del TJUE en el asunto *Carbotermo*²⁹, que se refería a las adjudicaciones realizadas por el poder adjudicador para realizar el cómputo de actividad del medio propio. No obstante, la circular no hace una exclusión absoluta de las actividades realizadas en ejercicio de competencias propias. Se afirma que, de incluirse en el cómputo del 80 %, se exige una justificación y acreditación por la entidad; aunque la circular no precisa de qué modo o con base en qué criterios debe hacerse.

La interpretación que hace la circular es más restrictiva del requisito de la actividad y, en consecuencia, del concepto de medio propio; en comparación con la aplicación realizada hasta el momento de las exigencias para ser medio propio (Pünder y Schellenberg,

²⁹ Sentencia *Carbotermo y Consorzio Alisei*, C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308.

2011, p. 234). A nuestro juicio, utiliza la distinción del Derecho europeo entre atribución competencial y encargo con una finalidad que ni la jurisprudencia del TJUE ni las directivas perseguían. De hecho, la terminología empleada por el legislador europeo se refiere a «cometidos confiados» por el poder adjudicador; que es precisamente la expresión que utiliza en el TJUE en el asunto Remondis (C-51/15) –que determina si una asignación competencial a una nueva entidad instrumental (un consorcio) puede considerarse o no incluida en el concepto de contrato de las directivas–. De forma que una interpretación literal de la directiva con base en la jurisprudencia europea podría llevar precisamente a la conclusión contraria: a afirmar que el legislador europeo quería incluir también en el cómputo del 80 % de actividad las tareas desarrolladas en el marco de una transferencia competencial.

No es tan claro, por tanto, que la interpretación más estricta de la parte esencial de la actividad se corresponda con la finalidad de la Directiva de diferenciar entre actividad realizada en el mercado y fuera de él. Sin embargo, es posible que, a nivel nacional, se opte por restringir el concepto de medio propio, para fomentar la licitación entre entes públicos. Hay que tener en cuenta que los medios propios tienen prohibido participar en las licitaciones convocadas por sus entes de control (art. 32.2 d) LCSP). Como veremos, esa decisión tiene consecuencias directas en el plano de la clasificación de entes en el SEC-2010 y también en el régimen jurídico de la actividad realizada por las entidades instrumentales. De manera que la restricción del reconocimiento de la condición de medio propio puede formar parte de una decisión de rediseño del sector público a nivel interno. En ese sentido, como se analiza a continuación, hay que tener en cuenta, además, que los medios propios tienen límites en la contraprestación que reciben por los encargos que ejecutan. Además, se restringe la subcontratación de las actividades que son objeto de encargo.

3.2.1.2. Límites a la contraprestación por las actividades realizadas

Una de las consecuencias de ser medio propio es la limitación de la contraprestación recibida por la ejecución de los encargos. El legislador español limita la compensación que debe retribuir el encargo a un medio propio. El artículo 32.2 a) de la LCSP señala que la compensación por el encargo a un medio propio debe establecerse por referencias a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende para las actividades objeto de encargo, y en la forma en que reglamentariamente se determine. Esas tarifas deben calcularse de modo que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio. Además, para fijar esas tarifas debe atenderse al coste real de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio.

3.2.1.3. Límites a la contratación en el mercado

Uno de los problemas más importantes que se ha planteado en relación con la utilización de entes instrumentales es su utilización como intermediarios en la contratación de obras,

bienes y servicios en el mercado. Durante un tiempo fue habitual que una Administración realizara un encargo a un ente instrumental con la única finalidad de que este último llevara a cabo los contratos requeridos para satisfacer las necesidades de la Administración. El medio propio no disponía de los medios suficientes para ejecutar el contrato, de modo que solo se buscaba que se hiciera cargo de su contratación, normalmente con un régimen jurídico más flexible que el de las Administraciones públicas. Se trataba de un claro mecanismo de huida del Derecho administrativo que, además, encarecía la obtención de los bienes y servicios que precisa la Administración (Chinchilla Marín, 2016, pp. 363 y ss.; Torres, 2018, p. 7).

Para evitar esta situación –a pesar de que la legislación previa a la LCSP de 2017 no contenía ninguna precisión al respecto con carácter general– se desarrolló la exigencia de idoneidad de los medios propios. Se trataba de impedir que se crearan entidades del sector público que sirvieran como órganos de contratación de las Administraciones públicas. En otras palabras, se quería garantizar que el medio propio dispusiera de medios personales y materiales suficientes y adecuados para ejecutar el encargo. El medio propio debía ser apto para realizar la prestación que constituía el objeto del encargo. En esa línea, se comenzó apuntando que no era posible subcontratar el 100 % de la prestación encomendada³⁰, y que la entidad no podía carecer de los medios mínimos necesarios para ejecutar la prestación encargada (Vilalta Reixach, 2014, p. 975). Posteriormente, el Tribunal de Cuentas planteó la necesidad de exigir que los medios propios tuvieran suficientes medios para realizar los encargos por sí mismos³¹. Es más, la IGAE había señalado que si un medio propio debía contratar con terceros más del 50 % de la prestación que era objeto del encargo, el mismo no podía llevarse a cabo³². En un sentido similar se pronunció la Comisión Nacional de la Competencia³³. De hecho, el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSP) estableció ese mismo límite, del 50 %, en relación con los encargos que se realizaran a TRAGSA (disp. adic. 25.ª 6 TRLSP).

Pues bien, para evitar que, en cualquier caso, se produzca una huida del Derecho administrativo, el legislador asumió en la nueva LCSP la necesidad de introducir requisitos ligados a la idoneidad de los medios propios: a) en primer lugar, se exige que el poder adjudicador

³⁰ Así, el Informe 11/11, de 15 de diciembre, de la JCCA: «Régimen de encomiendas de gestión a los medios propios. Requisitos básicos. Realización de obras».

³¹ Informe del Tribunal de Cuentas 1.088, de 30 de abril de 2015, de fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados ministerios, organismos y otras entidades públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión pública.

³² Circular 4/2015, de 20 de mayo, de la Intervención General de la Administración del Estado.

³³ CNC (2011). Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia, disponible *online*, pp. 86 y ss.

del que depende el medio propio verifique que, efectivamente, cuenta con los medios personales y materiales necesarios para ejecutar los encargos que se le formulen (art. 32.2 d) 2.º LCSP); b) en segundo lugar, se impone un límite a la contratación en el mercado de las prestaciones que son objeto de encargo (art. 32.7 b) LCSP). En concreto, se establece que el importe de las prestaciones parciales que el medio propio contrate con terceros no supere el 50 % de la cuantía del encargo –salvo algunas excepciones en casos de servicios informáticos y tecnológicos, o en los que haya razones de seguridad y urgencia–. De ese modo se introduce el criterio que ya regía para TRAGSA y que había establecido la IGAE. Ahora bien, la ley introduce una serie de casos en los que se no aplica esta regla –que se ha ampliado mediante la Ley 6/2018, de 3 de julio, que modificó la LCSP–:

- a) Cuando los medios propios a los que se ha encargado una concesión de obras o de servicios celebran contratos de obras. Con esta exclusión se logra evitar que, en términos de SEC, se considere que el concesionario público carece de autonomía de decisión respecto del encargo –que es un contrato, tanto para el Derecho europeo de contratación pública, como para el SEC-2010 (Macho Pérez y Marco Peña, 2014, pp. 438 y ss.)– y que esa ausencia de autonomía respecto del contrato pueda conllevar, a su vez, la reclasificación del concesionario público en el sector Administraciones públicas SEC³⁴.
- b) Cuando la gestión del servicio público se realice mediante la creación de entidades de derecho público destinados a ese fin, o cuando se atribuya a una sociedad de derecho privado de capital íntegramente público. Dicho en otras palabras, cuando se trate de una forma de gestión directa del servicio público. En estos casos, hay que interpretar que la gestión del servicio en sí no es externalizable en ningún porcentaje mediante contratos con terceros, pues ello supondría un cambio encubierto en la forma de gestión del servicio (en el mismo sentido, Vilalta Reixach, 2018, p. 280; en sentido opuesto, Amoedo Souto, 2018, pp. 388 y ss.).
- c) Y cuando un medio propio al que se ha encargado la prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración pública celebre contratos.

Una vez realizadas estas precisiones, para concluir este apartado, es necesario determinar el concepto de prestación parcial al que se refiere el porcentaje del 50 % de la posible subcontratación. La disposición final 44.1 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, reformó la LCSP añadiendo una precisión al respecto en el propio artículo 32.7 b):

No se considerarán prestaciones parciales aquellas que el medio propio adquiera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instru-

³⁴ *Manual del SEC-2010*, p. 326.

mentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación.

De esta manera, el legislador establece claramente que no computan en la regla del 50 % aquellas prestaciones que son meramente auxiliares o accesorias. El hecho de que un medio propio que preste servicios a una Administración tenga, por ejemplo, que comprar ciertos suministros, no puede limitarse por la ley. En esos casos, el medio propio actúa del mismo modo que lo haría cualquier operador económico que presta servicios y que debe proveerse de ciertos bienes para llevarlos a cabo. No puede esperarse que el medio propio sea capaz de producir por sí mismo todas las herramientas, bienes o productos necesarios para satisfacer su objeto social y los encargos que le puedan realizar. Lo determinante es que la ejecución de la prestación se realice directamente, sin perjuicio de que se puedan adquirir bienes o servicios complementarios o accesorios en el mercado.

3.2.2. Los test de actividad en el SEC-2010

Tras el análisis del grado de intervención en el mercado en el ámbito de la contratación pública, hay que adentrarse en el criterio que establece el SEC-2010 para considerar que una entidad lleva a cabo o no una actividad de mercado. Una entidad considerada unidad institucional pública en términos de SEC-2010 puede estar clasificada en el sector «Administraciones públicas», si no lleva a cabo una producción de mercado, y en el sector sociedades no financieras (o financieras, dependiendo de su actividad) si su actividad es considerada de mercado en términos de SEC-2010. El criterio de mercado del SEC-2010 permitirá determinar la naturaleza de la producción, de mercado o no mercado, y la clasificación definitiva de la entidad.

En este punto, la principal modificación introducida por el SEC-2010 ha sido la distinción de dos vertientes dentro del criterio de mercado: junto al clásico «test cuantitativo» que ya establecía el SEC-95 (la exigencia de que las «ventas» de la unidad cubran al menos el 50 % de sus «costes» de producción), se ha introducido un «test cualitativo», destinado a evaluar la existencia de circunstancias de mercado y de un comportamiento de mercado suficiente por parte del productor. Los apartados 20.23 a 20.28 SEC-2010 regulan el análisis cualitativo, diferenciando tres situaciones:

- a) Primera situación: *si la producción se vende principalmente a sociedades y hogares*, el apartado 20.23 SEC-2010 afirma que «normalmente se obtienen precios económicamente significativos cuando se cumplen dos condiciones principales»: 1) el productor tiene un incentivo para ajustar la oferta, ya sea con el objetivo de obtener un beneficio a largo plazo o, como mínimo, cubrir el capital y otros costes de producción, incluyendo el consumo de capital fijo, mediante las ventas, y 2) los consumidores son libres de elegir sobre la base de los precios cobrados. A pesar de la indeterminación de la redacción del apartado 20.23 SEC-2010 –tomando en consideración la aplicación de este precepto por Eurostat en decisiones como

*Irish Water*³⁵– se puede concluir que las dos condiciones deben cumplirse cumulativamente. Así, si una entidad vende en situación de monopolio *de facto* a sociedades y hogares (como puede ser en el servicio de abastecimiento de agua, en parte de la gestión de residuos o en determinados transportes), puede ser que se dé cumplimiento a la primera condición, pero en ningún caso se podrá satisfacer la segunda. Ahora bien, la expresión «normalmente» del texto del SEC-2010 deja abierta la posibilidad de que, sin concurrir ambas condiciones, igualmente haya precios económicamente significativos. De nuevo, la interpretación de Eurostat es más estricta que la del texto del SEC-2010 y permite que numerosas entidades nacionales sigan clasificadas fuera del sector Administraciones públicas SEC.

De hecho, a nivel nacional entidades públicas que llevan a cabo el servicio de abastecimiento de agua (a modo de ejemplo, S. M. Aguas de Burgos, SA o la Entidad Pública Empresarial Agua de Valladolid) se encuentran clasificadas fuera del sector «Administraciones públicas» en el sector «sociedades no financieras». En el ámbito del transporte, de nuevo, como ejemplo, la Empresa Municipal de Transporte de Madrid, SA también se encuentra clasificada fuera del sector Administraciones públicas.

- b) Segunda situación: *la producción se vende solo a las Administraciones públicas* (apartados 20.24 a 20.26 SEC-2010). Dentro de este supuesto caben dos casos. El primero consiste en que el proveedor público sea el único proveedor de las Administraciones públicas. En este supuesto se entenderá que no es de mercado, salvo que compita con un proveedor privado (apartado 20.25 SEC-2010). En este punto, el SEC-2010 establece que «un caso típico es el de la licitación de un contrato con las Administraciones públicas con condiciones comerciales». De nuevo, la redacción del SEC-2010 es imprecisa, al no concretar si la licitación es un requisito o un mero ejemplo de la existencia de una situación de competencia. El segundo caso concurre si el proveedor público es uno entre varios proveedores de la Administración. Se entenderá que hay una situación de mercado si existen precios económicamente significativos.

Los hospitales públicos de la mayor parte de los Estados miembros se encuentran en este último supuesto y, dada su singularidad, el *Manual del SEC-2010* aborda de forma específica su clasificación en términos contables³⁶. Para considerar que los hospitales públicos son de mercado se examinará, en primer lugar, si estos compiten efectivamente con los hospitales privados³⁷. Si dicha competencia se produce, en segundo lugar, deberá comprobarse si las Administraciones públicas han establecido

³⁵ Eurostat, *Sector classification of Irish Water*, 24 de julio de 2015.

³⁶ *Manual del SEC-2010*, pp. 34-37.

³⁷ Eurostat, *Classification of entities - guidance request Onaseio hospital - final view of Eurostat*, 26 de septiembre de 2016, p. 5.

un sistema de pago equivalente para hospitales públicos y privados. El caso de los hospitales deja abierta la posibilidad de considerar de mercado entidades públicas que, si bien no licitan, son retribuidas por las Administraciones públicas del mismo modo que se retribuye a entidades privadas que prestan los mismos servicios.

- c) Por último, la tercera situación es aquella en que *la producción se vende a las Administraciones públicas y a terceros* (apartados 20.28 y 20.29 SEC-2010). En este supuesto, como apuntamos, las ventas a las Administraciones públicas deben tener cierta entidad, puesto que, de ser marginales, las normas aplicables son las contenidas en el apartado 20.23 SEC-2010, relativas al supuesto en que el ente público vende principalmente a sociedades y hogares. En los apartados 20.28 y 20.29 se establecen, de nuevo, dos supuestos en los que la producción es de mercado. En primer lugar, si el productor público es el único prestador de servicios, se presume que es un productor de mercado si sus ventas a unidades no pertenecientes al sector Administraciones públicas superan la mitad de su producción total³⁸, o si sus ventas a las Administraciones públicas cumplen la condición de licitación. En segundo lugar, si el productor público no es el único prestador, será de mercado si compite con los demás productores mediante la licitación de un contrato con las Administraciones públicas. Puede apreciarse que en los apartados 20.28 y 20.29 SEC-2010 la licitación se configura más como una condición de cumplimiento obligatorio para poder afirmar la existencia de competencia, que como un ejemplo de situación en la que existe competencia (como sucedía cuando las Administraciones públicas eran los únicos compradores, apartado 20.25 SEC-2010).

En síntesis, la licitación se exige: a) cuando la Administración es el único comprador y la entidad pública el único proveedor (monopolio y monopsonio); b) y cuando la entidad vende a la Administración y hogares. Por ello, si en el diseño del sector público nacional el objetivo es evitar la consolidación de un gran número de entes instrumental, hubiera sido fundamental que en la normativa nacional no se introdujeran limitaciones a la licitación. Por esta razón, la decisión del legislador nacional –y que no se contiene en las directivas– de prohibir a los medios propios participar en las licitaciones de la entidad que la controla (art. 32.2 d) *in fine* LCSP) limita sustancialmente las posibilidades de que un medio propio lleve a cabo una producción de mercado y, por tanto, se clasifique fuera del sector Administraciones públicas SEC.

En cuanto al test cuantitativo del criterio de mercado, para dar cumplimiento a la regla del 50 %, las «ventas» de la entidad deben cubrir el 50 % de sus «costes de producción», durante un periodo de tiempo que se prolongue durante varios años³⁹. Las mayores singularidades

³⁸ Este sería el requisito que con facilidad cumplirían las entidades que prestan servicios en situación de monopolio (agua, residuos, etc.) si, en lugar de aplicar el apartado 20.23 se aplicara el 20.28.

³⁹ El test cuantitativo está regulado en el SEC-2010, apartados 3.33 y 3.34; y apartados 20.29 *in fine*, 20.30 y 20.31.

se encuentran en el concepto de ventas⁴⁰. En primer lugar, el SEC incluye en el concepto de ventas los pagos por los servicios prestados⁴¹ –sean estos considerados jurídicamente como tarifas, tasas o precios públicos–, siempre que no sean calificados en términos de SEC como impuestos (porque las cuantías recaudadas no están directamente relacionadas con servicios prestados, o las cuantías exigidas son desproporcionadas en comparación con el coste de los servicios prestados por la entidad)⁴². En segundo lugar, también se incluyen en el concepto de «ventas» «todos los pagos realizados por las Administraciones públicas o las instituciones de la Unión y concedidos a todo tipo de productores del tipo de actividad concreto de que se trate; es decir, que se incluyen todos los pagos vinculados al volumen o al valor de la producción». Por tanto, se incluyen en el concepto de «ventas» las «subvenciones a los productos» (D.31) pero no las «otras subvenciones a la producción» (D.39)⁴³.

A modo de ejemplo, en materia de transporte, si el Gobierno establece una subvención basada en el número de tiques vendidos, estas se incluirán en el concepto de «ventas». Por el contrario, si los pagos realizados al productor son independientes de la cantidad real de billetes vendidos a los usuarios finales y la subvención se materializa a través del pago de una suma global destinada a cubrir el déficit que se deriva de la insuficiente cobertura del coste mediante el precio, la subvención no se considerará «venta».

Dos elementos son claves, el primero que se consideren ventas las tasas/tarifas, dado que abre la posibilidad de que entidades que operan en situación de monopolio y cobran precios que no son de mercado puedan considerarse de mercado en términos de SEC-2010. El segundo, que se califiquen igualmente como «ventas» los pagos de las Administraciones públicas a la entidad (si estos son en función de la actividad), puesto que permite la existencia de entidades públicas controladas y financiadas mayoritariamente por las Administraciones públicas pero clasificadas fuera del sector Administraciones públicas.

3.2.3. Análisis comparado

A la vista de los criterios expuestos, como regla general, que la entidad lleve a cabo una importante actividad de mercado hará que no ostente la condición de medio propio; a su

⁴⁰ En el concepto de «costes de producción» se incluyen: los consumos intermedios (P.2); la remuneración de los asalariados (D.1); el consumo de capital fijo (P.51c); otros impuestos sobre la producción (D.29); y la carga financiera neta por intereses, que es un nuevo criterio incorporado por el SEC-2010.

⁴¹ Eurostat, *Sector classification of Irish Water*, 24 de julio de 2015, 2015.

⁴² Eurostat, *Classification of entities guidance request The Hellenic Recycling Agency (EOAN)*, 25 de julio de 2017, p. 2. Eurostat, *Request for advice Sector - classification on the German public broadcasting agencies*, 5 de julio de 2018, p. 6.

⁴³ *Manual del SEC-2010*, apdo. 31, pp. 24 y 25.

vez, va a permitir que no forme parte del sector Administraciones públicas del SEC-2010. Ahora bien, lo anterior no puede llevar a afirmar que no existan medios propios de mercado, es decir, que no consoliden –como se ha expuesto en el inicio de este trabajo–. Ya se ha ido comprobando a lo largo del texto que no existe una simetría entre la condición de medio propio y la consolidación en términos de SEC-2010.

Un caso típico de entidad instrumental que no es medio propio y que está clasificada fuera del sector de Administraciones públicas SEC es la Empresa Municipal de Servicios Funerarios y Cementerios de Madrid, SA (EMSF). Aunque parte de su actividad es de interés general –la relativa a los cementerios–, el grueso de su volumen de negocios se realiza en el sector funerario, en concurrencia con terceros.

El eje de análisis de la intervención en el mercado tanto en contratación pública como en el ámbito de la disciplina presupuestaria es la existencia de situaciones de monopolio, por parte del proveedor público –que es el único oferente en el mercado–, y monopsonio, por parte de la Administración –en la medida en que esta es el único comprador–. Estas situaciones van a ser un indicio con carácter general de la existencia de un medio propio y de una situación de no mercado para el SEC-2010.

La exigencia de que más del 80 % de la actividad de la entidad en los últimos tres ejercicios se haya realizado para ejecutar tareas confiadas por el ente matriz o sus entidades dependientes fomenta tendencialmente la existencia de monopsonios. Asimismo, en términos de SEC-2010, la exclusividad de la relación con la Administración y la dependencia de esta última puede hacer que la entidad sea considerada un medio auxiliar que no posee la condición de unidad institucional⁴⁴.

En esta situación se encuentra, por ejemplo, el Banc da Sang i Teixits, que se considera medio propio del Servicio Catalán de la Salud (CatSalut). Esta entidad vende tejidos a la Administración y a terceros, pero vende productos sanguíneos al CatSalut de forma exclusiva. Por tanto, en esa rama de actividad, se trata de un monopsonio de compra de la Administración y de una entidad que lleva a cabo actividades auxiliares para las Administraciones públicas, lo que determina su clasificación en el subsector Administraciones públicas regional S. 1312.

Asimismo, cuando se reserva una actividad a la Administración, impidiendo la competencia de terceros, se crea un monopolio que puede comportar la clasificación del ente en el sector Administraciones públicas SEC, si se exige en todo caso el cumplimiento de los dos requisitos del apartado 20.23 SEC-2010, especialmente el relativo a que los consumidores sean libres de elegir sobre la base de los precios cobrados. Desde el punto de vista

⁴⁴ Si la unidad pública presta servicios auxiliares, es la primera cuestión que debe analizarse en el criterio de mercado, como así se refleja en el árbol de decisión de Eurostat, *Manual del SEC-2010*, p. 22.

de la normativa contractual, la existencia de un monopolio va a estar ligada normalmente a la creación de un ente instrumental para la gestión directa del servicio. La relación con esa entidad podrá articularse mediante la asignación de la competencia en la norma de creación o los estatutos, así como a través de la realización de encargos a medios propios. En la medida en que la mayor parte de la actividad se dedique a la gestión del servicio reservado, la entidad tendrá la condición de medio propio. Esta es la consideración que se ha realizado para reconocer la naturaleza de medio propio de numerosas entidades. Ahora bien, de acuerdo con la interpretación de la IGAE, si la actividad transferida supone el grueso de la actividad, la entidad no será medio propio, a no ser que se justifique y acredite adecuadamente la necesidad de tener en cuenta la actividad realizada en el ejercicio de la competencia transferida en el cómputo del 80 % contenido en el artículo 32.2 b) de la LCSP.

La situación descrita se va a producir con carácter general en tres ámbitos, en los que todavía existen servicios reservados: aguas, transportes y residuos. En el ámbito de la gestión del agua, pueden encontrarse varias combinaciones. Por ejemplo, el Canal de Isabel II, SA de la Comunidad de Madrid se trata de una entidad que tiene reconocida la condición de medio propio y que, sin embargo, se clasifica como sociedad no financiera (S. 110001). Por el contrario, Agua de Valladolid, clasificada también en el sector sociedades no financieras, no tiene reconocida la condición de medio propio. En el mismo sentido, en el ámbito del transporte, la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, SA no se considera medio propio y se clasifica fuera del sector Administraciones públicas (S. 110001).

La interpretación de la IGAE, que restringe a los encargos las actividades que han de tenerse en cuenta en el cómputo del 80 % del artículo 32.2 b) de la LCSP, conduce a una reducción del número de entidades que pueden ser consideradas medio propio. La exclusión de la condición de medio propio permite a estas entidades liberarse de dos límites establecidos por el legislador estatal para los medios propios y que tienen importantes consecuencias en términos de clasificación SEC: en primer lugar, la prohibición de licitar con la entidad matriz; en segundo lugar, la obligación de que el pago de los servicios prestados en el marco de los encargos a medios propios se realice mediante tarifas. Seguidamente, se analizan cada una de ellas.

En relación con la licitación, como se expuso más arriba, para comprobar la existencia de competencia, el SEC requiere que la entidad concurra a licitaciones con operadores privados convocadas por su entidad de control. El incremento del volumen de licitaciones permitirá que, en términos de SEC-2010, un mayor número de entidades no consolide, alcanzando incluso a situaciones en las que se produce de forma combinada monopolio y monopsonio. Por lo que respecta a las tarifas, en términos de SEC, en los supuestos en que la licitación no es posible (por ejemplo, la licitación de servicios hospitalarios) el carácter de mercado de la entidad se afirmará por la existencia de un sistema de pagos equivalentes para entidades públicas y privadas⁴⁵.

⁴⁵ *Manual del SEC-2010*, pp. 34-37, en particular p. 36.

Un sistema de pagos de esta naturaleza se encuentra en el CatSalut, el cual retribuye de forma equivalente a entidades públicas y privadas concertadas. La no consideración de estas entidades públicas como medio propio, afirmada en las «Conclusiones del Grupo de Trabajo Transversal para determinar las entidades del sector público institucional del ámbito de la salud que reúnen los requisitos para ser medios propios personificados de la Administración de la Generalitat de acuerdo con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y los mecanismos de relación con las que no ostentan esta condición», refuerza la posibilidad de su clasificación fuera del sector Administraciones públicas en términos de SEC.

Por último, junto al análisis de la posición en el mercado de las entidades públicas, debe examinarse el impacto de los rendimientos económicos de su actividad. Desde la perspectiva de la contratación pública, la interpretación de la IGAE de la actividad que debe realizar mayoritariamente un medio propio –basada en encargos– conduce a un rendimiento económico limitado, puesto que las tarifas que se cobran a la entidad matriz han de corresponderse con el coste de realización de la prestación. Esto no sucede en el caso de que una entidad tenga autonomía financiera en la gestión de una tarea que ha asumido bajo su propia responsabilidad (asignación competencial). En ese caso, una buena gestión del servicio que se cobre por tarifas a los usuarios puede conducir a la obtención de los beneficios suficientes, como para cumplir con la regla del SEC del 50 % –que exige que las ventas cubran más del 50 % de los costes de producción–.

Hay que recordar que en el concepto de ventas se incluye toda contraprestación por el servicio prestado con independencia de su naturaleza jurídica. Es más, en la medida en que a través de determinadas figuras jurídicas –como la prestación patrimonial pública no tributaria– se puedan incrementar los beneficios, en mayor medida se podrá dar cumplimiento a la regla del 50 %. Por el contrario, no sucedería lo mismo si la entidad se financiara con transferencias corrientes o subvenciones a la producción, puesto que estos pagos no se integran en el concepto de ventas.

4. Conclusiones

En los últimos años el Derecho de la Unión Europea ha logrado condicionar el diseño y funcionamiento del sector público de los Estados miembros de forma indirecta, a través de sus normas de contratación pública y de disciplina presupuestaria. Las directivas de contratación, la jurisprudencia del TJUE, el SEC-2010 y las decisiones de Eurostat introducen incentivos a la licitación para la adquisición de bienes y servicios en el mercado e, indirectamente, promueven que los Estados racionalicen y, en gran medida, disminuyan su número de entes instrumentales. Por su parte, el legislador español de contratación pública ha introducido reglas más estrictas que las contempladas a nivel europeo, que tienen consecuencias directas en el plano de la disciplina presupuestaria.

El método utilizado en la consecución de estos fines ha sido la elaboración de conceptos de carácter funcional, que priman la sustancia económica sobre la forma jurídica. En concreto, los conceptos de medio propio y de sector Administraciones públicas del SEC-2010. En el caso del concepto de medio propio, se exige la concurrencia de tres notas definitorias de forma cumulativa (control análogo, capital íntegramente público y 80 % de la actividad realizada para el ente de control). Por el contrario, el sector Administraciones públicas SEC se basa en un examen escalonado, con distintas fases, en las que se va descartando o confirmando la inclusión de un ente en este sector del SEC-2010 –aunque en algún caso Eurostat hace análisis globales, en los que se difuminan los contornos de cada una de las fases–.

A pesar de esta diferencia en la arquitectura de los conceptos, ambos se articulan en torno a atributos centrados en la existencia de control y del análisis de la intervención en el mercado de las entidades instrumentales. Esas notas definitorias tienen carácter funcional y exigen un análisis caso a caso del diseño estatutario de cada entidad, así como de los destinatarios y formas de financiación de su actividad para confirmar si han de aplicarse o no las reglas vinculadas a cada uno de los conceptos.

De una primera aproximación, podría deducirse que esta aplicación casuística revela la inexistencia de una coherencia interna fuerte de las reglas de contratación pública y del SEC-2010. Es más, podría parecer que no existe conexión entre ambos grupos de normas. Sin embargo, un análisis profundo de los criterios que conforman estas normas y su aplicación permite descubrir una clara coherencia interna que se predica de cada grupo de normas por separado, así como de la relación entablada entre ambas.

El resultado de esta funcionalización del concepto de sector público consiste en una profunda europeización del propio concepto de Administración pública, así como de la distinción público-privado, que gira en torno al concepto de mercado y a criterios funcionales. Nociones como las de mercado, competencia, ventas y libertad de elección del consumidor, entre otras, son fundamentales para dibujar los contornos del ámbito de aplicación del Derecho público europeo y, en consecuencia, en muchos casos, del Derecho público nacional. No se trata de desvelar una dimensión de aplicación del Derecho de la competencia en el Derecho público –conocida desde hace tiempo en nuestro Derecho–, sino de repensar el Derecho de la organización administrativa desde una nueva perspectiva. En este contexto, la huida del Derecho público pierde en gran parte su sentido, en la medida en que desaparece la mayoría de los incentivos para crear entes instrumentales con regímenes jurídicos más flexibles y favorables. Las mismas normas se aplican a una Administración definida funcionalmente y en oposición al mercado y sus lógicas típicas de funcionamiento.

Ahora bien, la convergencia entre los conceptos de medio propio y sector Administraciones públicas SEC no es plena. No todos los entes considerados medios propios se clasifican junto a sus entes de control a efectos de cumplimiento de la disciplina presupuestaria. Pueden formularse varias salvedades a esa correspondencia entre los dos conceptos, que surgen del análisis combinado de sus criterios de aplicación.

En primer lugar, la interpretación restrictiva de la IGAE sobre el cómputo del porcentaje del 80 % de actividad limita la existencia de medios propios, cuya actividad fundamental no se articula a través de encargos, y potencia la capacidad de licitación de los entes instrumentales. Esto puede facilitar su exclusión del sector Administraciones públicas SEC. En segundo lugar, el SEC-2010 considera ventas a los pagos hechos por la transferencia en la medida en que sean por actividad y no por un pago global para cubrir el déficit de la entidad; de modo que las tarifas abonadas a los medios propios pueden considerarse ventas a efectos del SEC-2010. En tercer lugar, las tasas, si bien se consideran producción no de mercado, sí se integran en el concepto de ventas en términos de SEC-2010, a efectos de dar cumplimiento del test del 50 %. Por último, hay que tener en cuenta que puede desdoblarse la persona que encarga una actividad (entidad matriz) y la que compra (usuario), de modo que es posible entender que una entidad es medio propio, pero no consolida en el SEC-2010.

Tanto el legislador como la Administración, que son conscientes de la trascendencia que tienen sus decisiones tanto desde la perspectiva de las normas de contratación pública como de disciplina presupuestaria, deben intentar que la aplicación de cada una de estas normativas no incida o genere efectos indeseados en la otra –como se ha explicado a lo largo de este trabajo–. Solo de ese modo será posible reestructurar y diseñar un sector público de mercado productivo y eficiente, capaz de satisfacer las exigencias europeas y de salvaguardar el necesario espacio de autoorganización administrativa que ha de garantizarse a los Estados miembros –especialmente en el caso de los Estados con una fuerte descentralización del poder, que exige una colaboración más estrecha e intensa entre distintos niveles de Administración–.

Referencias bibliográficas

- Amoedo Souto, C. (2018). Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo? En J. M. Gimeno Feliú (Dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 388 y ss.). Cizur Menor: Thomson-Reuters, Aranzadi.
- Ballarín España, M. (2014). Estabilidad presupuestaria y sociedades mercantiles locales. *Presupuesto y Gasto Público*, 77, 135-150.
- Baño León, J. M. (2018). La Ley de Contratos del Sector Público y gestión de lo público. *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XVIII, 11-19.
- Burgi, M. (2016). *Vergaberecht. Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung*. München: C. H. Beck.
- Chinchilla Marín, C. (2016). El Derecho de la Unión Europea como freno a la huida del Derecho administrativo. *RAP*, 200, 361-383.
- Chinchilla Marín, C. (2017). Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica *privada* y su personalidad jurídica *diferenciada*. ¿Realidad o ficción? *RAP*, 203, 17-56.
- De Koninck, C., Ronse, T. y Timmermans, W. (2015). *European Public Procurement Law*. Croydon: Wolters Kluwer.
- Díez Sastre, S. (2015). Formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos en el Mercado Interior europeo (pp. 55-82). En J. M. Gimeno Feliú (Dir.), *OBCP 2014*.
- Díez Sastre, S. (2018). *La formación de conceptos en el Derecho público*. Madrid: Marcial Pons.
- Esteve Pardo, J. (2012). La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria. *RAP*, 189, 11-40.
- Eurostat, European Investment Bank y EPEC (2016). *A Guide to the Statistical Treatment of PPPs*.
- Gallego Córcoles, M. I. (2015). Los encargos a medios propios y a servicios técnicos en la jurisprudencia del TJUE. *Contratación Administrativa Práctica*, 140, 70-77.
- Gimeno Feliú, J. M. (2013). La contratación conjunta y las fórmulas de cooperación como mecanismo de gestión eficiente de la organización en el modelo local (pp. 45 y ss.). En *OBCP 2012*.
- López de Castro García-Morato, L. (2017). La gestión de los servicios públicos locales. En F. Velasco Caballero (Dir.), *Tratado de Derecho Económico Local* (pp. 105-152). Madrid: Marcial Pons.
- Macho Pérez, A. B. y Marco Peña, E. (2014). El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: análisis de los criterios de Eurostat. *RAP*, 124, 437-474.
- Martínez Calvo, J. (2005). Hacia la construcción de un «Derecho Administrativo Financiable». *RAP*, 167, 369-402.
- Martínez Manzanedo, R. (2016). La empresa pública y su consideración como Administración pública a efectos de contabilidad nacional. *Presupuesto y Gasto público*, 83, 47-56.
- Noguera de la Muela, B. (2018). Cooperación vertical: Los encargos a medios propios o servicios técnicos. En E. Gamero Casado y M. I. Gallego Córcoles (Dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. I (pp. 665-713). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pünder, H. y Schellenberg, M. (2011). *Vergaberecht*. Baden-Baden: Nomos.
- Sánchez Morón, M. (2018). El retorno del Derecho administrativo. *RAP*, 206, 37-66.

- Semple, A. (2015). *A Practical Guide to Public Procurement*. Oxford: Oxford University Press.
- Tena Piazuelo, V. (2018). ¿El recurso a los medios propios personificados como alternativa? La llamada cooperación vertical entre entidades del sector público. *RArAP* (núm. monográfico), 297-324.
- Torres Morales, C y Cots, R. (2018). La contratación administrativa y sus límites en relación con el derecho privado. Especial referencia a la idoneidad de los medios propios. *La Ley*, 13.723, 1-8.
- Vilalta Reixach, M. (2014). Los llamados contratos de auto-provisión (o «contratos in house providing»). En M. Yzquierdo Tolsada (Dir.), *Contratos*, t. XIV, *Los contratos públicos* (pp. 941-992). Cizur Menor: Aranzadi.
- Vilalta Reixach, M. (2018). De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de Contratos del Sector Público: Encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas. *RGAP*, 56, pp. 261-295.
- Villar Rojas, F. J. (2018). El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales. *Anuario de Derecho Municipal 2017* (pp. 75-101). Madrid: IDL-UAM, Marcial Pons.
- Zamora Santa Brígida, I. (2018). Los encargos a medios propios en la nueva Ley de Contratos del Sector Público (pp. 497-518). En J. M. Gimeno Feliú (Dir.), *OBCP 2017*.

Anexo

Clasificación en el SEC y como medio propio de los entes instrumentales de los Ayuntamientos de Madrid y Barcelona

Ayuntamiento de Madrid			
Denominación	Tipo de ente	Clasificación SEC	Medio propio
Madrid Destino Cultura, Turismo y Negocio, SA	Soc. Merc.	S. 1313: AAPP	SÍ
Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, SA (EMVS)	Soc. Merc.	S. 1313: AAPP	SÍ
Empresa Municipal de Transportes de Madrid (EMT)	Soc. Merc.	S. 11001: Sociedades no financieras públicas	NO
Madrid Calle 30, SA	Soc. Merc.	S. 1313: AAPP	NO
Empresa Mixta de Mercados Centrales de Abastecimiento de Madrid, SA (MERCAMADRID)	Soc. Merc.	S. 11001: Sociedades no financieras públicas	NO
Empresa Municipal de Servicios Funerarios y Cementerios de Madrid, SA (EMSF)	Soc. Merc.	S. 11001: Sociedades no financieras públicas	NO
Club de Campo Villa de Madrid, SA	Soc. Merc.	S. 11001: Sociedades no financieras públicas	NO
Organismo Autónomo Madrid Salud	OA	S. 1313: AAPP	NO
Organismo Autónomo Informática del Ayuntamiento de Madrid	OA	S. 1313: AAPP	NO
Organismo Autónomo Agencia Tributaria Madrid	OA	S. 1313: AAPP	NO
Organismo Autónomo Agencia para el Empleo de Madrid	OA	S. 1313: AAPP	NO
Organismo Autónomo Agencia de Actividades	OA	S. 1313: AAPP	NO

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos disponibles en INVENTE y en los respectivos estatutos de cada una de las entidades (última actualización: 26 de abril de 2019).

Ayuntamiento de Barcelona

Denominación	Tipo de ente	Clasificación SEC	Medio propio
Instituto Municipal Barcelona Deportes	OA	S. 1313: AAPP	NO
Instituto Municipal de Hacienda	OA	S. 1313: AAPP	NO
Instituto Municipal de Informática de Barcelona	OA	S. 1313: AAPP	NO
Instituto Municipal de Educación de Barcelona	OA	S. 1313: AAPP	NO
Instituto Municipal de Mercados de Barcelona	OA	S. 1313: AAPP	NO
Instituto Municipal del Paisaje Urbano y Calidad de Vida	OA	S. 1313: AAPP	NO
Instituto Municipal de Personas con Discapacidad	OA	S. 1313: AAPP	NO
Instituto Municipal de Servicios Sociales de Barcelona	OA	S. 1313: AAPP	SÍ
Instituto Municipal de Cultura de Barcelona	EPE	S. 1313: AAPP	NO
Instituto Municipal Fundación Mies van der Rohe	EPE	S. 1313: AAPP	SÍ
Instituto Municipal de Parques y Jardines	EPE	S. 1313: AAPP	NO
Instituto Municipal de la Vivienda y Rehabilitación	EPE	S. 11001: Sociedades no financieras públicas	NO
Instituto Municipal de Urbanismo	EPE	S. 1313: AAPP	SÍ
Barcelona Ciclo del Agua, SA	Soc. Merc.	S. 1313: AAPP	SÍ
Información y Comunicación de Barcelona, SA	Soc. Merc.	S. 1313: AAPP	SÍ
Barcelona Activa SAU SPM	Soc. Merc.	S. 1313: AAPP	SÍ
Barcelona Gestión Urbanística, SA	Soc. Merc.	S. 1313: AAPP	
Barcelona Infraestructuras Municipales, SA	Soc. Merc.	S. 1313: AAPP	NO
Fomento de Ciudad, SA	Soc. Merc.	S. 1313: AAPP	SÍ
Barcelona de Servicios Municipales, SA	Soc. Merc.	S. 11001: Sociedades no financieras públicas	SÍ



Ayuntamiento de Barcelona

Denominación	Tipo de ente	Clasificación SEC	Medio propio
▶ Parque de Atracciones Tibidabo, SA	Soc. Merc.	S. 11001: Sociedades no financieras públicas	NO
Cementeríos de Barcelona, SA	Soc. Merc.	S. 1313: AAPP	NO
Tratamiento y Selección de Residuos, SA (58,64% Ayto.)	Soc. Merc.	S. 1313: AAPP	SÍ
Selectivas Metropolitanas, SA	Soc. Merc.	S. 1313: AAPP	NO
Soluciones Integrales para los Residuos, SA	Soc. Merc.	S. 1313: AAPP	NO
Mercados de Abastos de Barcelona, SA (50,69% Ayto.)	Soc. Merc.	S. 11001: Sociedades no financieras públicas	SÍ
Fundación Barcelona Cultura	Fund. pbca.	S. 1313: AAPP	NO
Fundación Navegación Oceánica de Barcelona	Fund. pbca.	S. 1313: AAPP	NO
Fundación Carles Pi i Sunyer de Estudios Autonómicos y Locales	Fund. pbca.	S. 1313: AAPP	NO
Fundación Privada Julio Muñoz Ramonet	Fund. pbca.	S. 1313: AAPP	NO
Fundación Barcelona Mobile World Capital Foundation	Fund. pbca.	S. 1313: AAPP	NO
Fundación Museu Picasso de Barcelona	Fund. pbca.	Pendiente de clasificación	SÍ
Fundación Barcelona Institute of Technology for the Habitat	Fund. pbca.	S. 1313: AAPP	NO
Fundación Casa Àmerica Catalunya	Fund. pbca.	S. 1313: AAPP	

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos disponibles en INVENTE y en los respectivos estatutos de cada una de las entidades (última actualización: 26 de abril de 2019).