

GESTIÓN DIRECTA Y DESCENTRALIZADA DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: ENCARGO A MEDIO PROPIO O TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS¹

ESTEBAN ARIMANY LAMOGLIA
Universidad de Granada

Cómo citar/Citation

Arimany Lamoglia, E. (2020).
Gestión directa y descentralizada de servicios públicos locales:
encargo a medio propio o transferencia de competencias.
Revista de Administración Pública, 213, 141-178.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.07>

Resumen

En el marco del debate relativo a la calificación jurídica de la gestión directa de los servicios públicos locales de carácter económico, a través de entidad pública empresarial o de sociedad mercantil local, bien como cooperación vertical, bien como transferencia de competencias, el autor aboga por la existencia de cooperación vertical.

Palabras clave

Formas de gestión de los servicios públicos locales; gestión directa descentralizada; contratación pública; cooperación vertical; transferencias de competencias.

¹ Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía: Medio ambiente, ordenación del territorio y energía (SEJ 459). Investigador principal: Estanislao Arana García.

Abstract

In the context of the debate regarding the legal qualification of the direct management of public local services of economic nature through a public sector entity or a local wholly-owned company, either as public-public vertical cooperation or as a transfer of powers, the author advocates for the existence of a public-public vertical cooperation.

Keywords

Management methods of public local services; decentralised direct management; public procurement; public-public vertical cooperation; transfer of powers.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS VISTA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UE: DOCUMENTO DE LA COMISIÓN DE 2011, DIRECTIVAS DE 2014 Y SENTENCIA REMONDIS DE 2016, SEGUIDA POR LA SENTENCIA PORI DE 2020: 1. El Documento de la Comisión de 2011. 2. El reconocimiento normativo expreso de la transferencia de competencias como operación no concernida por la normativa de contratación pública en las directivas de 2014. 3. Los perfiles de la transferencia de competencias en la sentencia *Remondis*, seguida por la sentencia *Pori*: 3.1. *Los antecedentes del pronunciamiento Remondis*. 3.2. *La disyuntiva entre contrato público y transferencia de competencias*. 3.3. *Los elementos de ponderación, en positivo y en negativo, para identificar una operación de transferencia de competencias*. 3.4. *Breve referencia al asunto ciudad de Pori*. III. LAS APORTACIONES DOCTRINALES Y LA EXISTENCIA DE ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN FAVOR DE LA TESIS DE LA GESTIÓN DIRECTA MEDIANTE ENTE INSTRUMENTAL COMO TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS: 1. Las aportaciones doctrinales de referencia. 2. Algunos pronunciamientos administrativos relevantes en favor de la transferencia de competencias. IV. LAS APORTACIONES EN FAVOR DE LA TESIS DEL MEDIO PROPIO Y LOS TRABAJOS CONSIDERANDO LOS ARGUMENTOS EN FAVOR DE UNA Y OTRA TESIS. V. CONSIDERACIONES QUE ABUNDAN EN LA EQUIPARACIÓN SUSTANCIAL DE LA GESTIÓN DIRECTA DESCENTRALIZADA CON EL ENCARGO A MEDIO PROPIO: 1. La actividad de gestión del servicio público local se identifica con una prestación contractual típica: está en el mercado de la contratación pública y no fuera del comercio de los hombres. 2. El gestor directo descentralizado del servicio público local ni recibe la autoridad oficial ni actúa con autonomía decisoria y financiera: 2.1. *Consideración preliminar: la calificación de una operación, y de la relación resultante, como transferencia de competencias o como encargo a medio propio debe realizarse casuísticamente y sin ignorar el derecho comunitario. Resulta inapropiada la mera invocación de conceptos generales de derecho interno*. 2.2. *El municipio es el titular de la competencia y conserva las potestades que son corolario de la misma, incluida la potestad de dirección y control del gestor del servicio*. 2.3. *El gestor directo instrumental no recibe las potestades públicas municipales corolario de la competencia sobre el servicio, ni actúa con suficiente autonomía decisoria y financiera*. VI. LA ATRIBUCIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO LOCAL A ENTES PÚBLICOS ASOCIATIVOS Y OTRAS OPERACIONES COMPLEJAS.

I. PLANTEAMIENTO

Dentro del conjunto de relaciones jurídicas entre poderes adjudicadores que, sin ser contratos públicos en sentido estricto, tienen relevancia desde la perspectiva de la normativa de contratación pública, por incluir actividades idénticas a las comprendidas en las prestaciones contractuales o próximas a ellas, destacan la cooperación, sea horizontal o vertical, y la transferencia de competencias².

El abogado general M. Campos Sánchez-Bordona, en sus conclusiones presentadas, en enero de 2020, en el marco del asunto C-796/18, lo expresa del siguiente modo:

44. A partir de esta premisa, el artículo 12 de la Directiva 2014/24 contempla dos tipos de situaciones para las que la acepción usual de «contrato público» posiblemente no sea muy adecuada, porque son, más bien, alternativas a dicha categoría.

45. Por un lado, admite la «cooperación vertical» (apartados primero, segundo y tercero del precepto), en la que, como ya he señalado en otro lugar», bajo el régimen in-house la entidad adjudicadora no contrata, desde una perspectiva funcional, con otra entidad distinta, sino que lo hace, en realidad, consigo misma, dada la vinculación que mantiene con la entidad formalmente diferente. En puridad, no puede hablarse de adjudicación de un contrato, sino de un mero encargo o encomienda, no rechazable por la otra «parte», sea cual sea la fórmula en la que uno u otra se traduzcan.

46. Por otro lado, admite asimismo la «cooperación horizontal», esto es, la existente entre poderes adjudicadores que acuden a la forma contractual para estructurarla, con el propósito de que la prestación de servicios públicos que les competen se oriente a la realización de un objetivo común, en un marco guiado solo por el interés público, y dentro del respeto de la libre competencia (artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24).

47. Por supuesto, también queda fuera de la Directiva 2014/24, aunque no lo mencione de un modo expreso en su articulado, otro tipo de relaciones interadministrativas, como son las derivadas de una transferencia o delegación de competencias, incluso con la creación de un consorcio de entidades con personalidad jurídica de derecho público. Estas situaciones se reputan, por principio, «ajenas al derecho en materia de contratación pública»³.

² Por supuesto, también pueden darse relaciones contractuales públicas entre poderes adjudicadores, como lo demuestra la lectura del art. 6.2 LCSP 2017, en redacción tributaria de los pronunciamientos de la Sentencia del TJUE, de 13 de enero de 2005, C-84/03, *Comisión contra España*.

³ Las conclusiones del abogado general se emiten en el marco de una petición de decisión prejudicial planteada ante el TJUE por un tribunal alemán en el seno de un litigio promovido por una sociedad de servicios informáticos que impugnaba los acuerdos celebrados entre la ciudad de Colonia y el *Land* de Berlín, en cuya virtud este últi-

Como es bien conocido, la LCSP 2017 contiene una previsión general de los sistemas de cooperación vertical y horizontal en su art. 31 y regula la primera, o, lo que es lo mismo, los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados en su art. 32⁴.

Por su parte, el art. 85 de la LBRL 1985 contempla las distintas formas de gestión de los servicios públicos locales y distingue entre gestión directa e indirecta. Solo para esta última se establece expresamente, en dicho precepto, una conexión normativa con la legislación de contratación pública. En cuanto a la gestión directa, puede ser centralizada, por la propia entidad local, o descentralizada, a través de organismo autónomo local, entidad pública empresarial local (EPEL) o sociedad mercantil local, cuyo capital social es de titularidad pública (SML). A pesar de ser la EPEL ente público y la SML ente privado del sector público, ambas se han categorizado como «formas privadas de gestión» —por ejemplo, a la hora de calificar la naturaleza jurídica de las tarifas que perciben por la prestación del servicio— teniendo en cuenta sin duda su alto (EPEL) o casi total (SML) grado de sujeción al derecho privado.

mo cedía, gratuita e indefinidamente, a la primera un programa informático para la gestión de las intervenciones de su cuerpo de bomberos y aquella se comprometía a poner a disposición del *Land*, también gratuitamente, cualesquiera nuevos desarrollos futuros que se realizaran en dicho programa. En el marco de la dicotomía entre contrato público y cooperación horizontal, el abogado general concluye en favor de esta última. La Sentencia del TJUE, de 28 de mayo de 2020, C796/18, confirmó las conclusiones del Abogado General. La posterior Sentencia del TJUE, de 4 de junio de 2020, C-429/19, *Remondis 2*, en el marco de una nueva dicotomía entre contrato público y cooperación horizontal rechaza la existencia de esta última. Un brillante comentario de ambas sentencias en A. Huergo Lora (2020), *Observatorio de Contratación Pública*, 12 de junio. Un reciente análisis sobre la cooperación horizontal, en especial sobre el requisito exigible de ausencia de vocación de mercado, puede encontrarse en el Informe 7/2020, de 17 de junio, de la Junta Consultiva de contratación administrativa de la Generalitat de Cataluña.

⁴ En cambio, la LCSP 2017 no contiene ninguna referencia a la transferencia de competencias. Para un análisis en profundidad de la LCSP 2017 sobre la cooperación horizontal y vertical, pueden verse las aportaciones de M. Vilalta (2018), «Los convenios administrativos a la luz de la nueva Ley de contratos del sector público», y de CA Amoedo-Souto (2018), «Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?», ambos en JM Gimeno Feliu (coord.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, págs. 325 a 368 y 369 a 410, respectivamente. Así mismo, D. Santiago Iglesias (2018), «Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos», y B. Noguera de la Muela (2018), «Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos», en E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (coords.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 618 a 664 y 665 a 711, respectivamente.

Pues bien, a la hora de abordar la calificación jurídica de las relaciones entre el ente local, señaladamente el municipio, y el ente instrumental de gestión directa descentralizada de actividades económicas constitutivas de servicio público local, EPEL o SML, se viene observando una creciente tendencia a la equiparación entre gestión directa y delegación o transferencia de competencias, hasta el punto de que, en ocasiones, se establece una distinción, cercana al dogma, entre la SML gestora directa y la SML destinataria de encargo a medio propio, sin mayor justificación o dando por sentado la corrección de dicha distinción⁵. En las líneas que siguen, tras intentar determinar qué debe entenderse por transferencia o delegación de competencias en el contexto que vengo describiendo y recordar las tesis más relevantes, en uno u otro sentido, de las que tengo conocimiento, procuraré ofrecer una serie de consideraciones que, a mi juicio, abogan más bien por la equiparación de la gestión directa descentralizada con la cooperación vertical⁶.

Como no se le escapa al lector, la calificación jurídica, en una u otra dirección, no está exenta de relevancia. Transferencia de competencias, por una parte, y encargo a medio propio, por otra, responden a presupuestos fácticos, condicionantes y consecuencias de un régimen jurídico muy diverso. Así, por señalar aspectos significativos, al medio propio se le exige, para serlo, además de una acentuada sujeción a control, una drástica limitación de actividad en el mercado, extremo este último que, como veremos, no es forzoso predicar de un ente cesionario de competencias. El encargo a medio propio sin observar los requisitos legales es anulable (art. 40.c) LCSP 2017) y susceptible de recurso especial en materia de contratación (art. 44.2.e) LCSP 2017), mientras que la ilegalidad de una transferencia de competencias real no puede hacerse valer a través de tal medio de impugnación.

⁵ Posiblemente entendiendo que la distinción, por sobradamente conocida y contrastada, no precisa de mayor aclaración. Un ejemplo: L. E. Flores Domínguez (2019), «Las sociedades de capital íntegramente local», en J. M. Martínez Fernández (coord.), *La gestión de los servicios públicos locales*, El Consultor de los Ayuntamientos, capítulo IV.5.1. Este autor, para fundar la distinción, alude, de pasada, al art. 32.7 LCSP 2017, precepto y apartado este al que se aludirá posteriormente.

⁶ Nótese que no contrastamos la transferencia de competencias con la cooperación horizontal, porque, aunque la primera también puede ser vertical u horizontal —veremos posteriormente un supuesto de transferencia horizontal al hilo de la sentencia *Remondís*— cuando nos quedamos en el estricto y eventualmente único escalón de la cooperación horizontal, mediante convenio, ni se transfieren las competencias de los poderes adjudicadores que cooperan entre sí, ni estos realizan ningún encargo a medio propio. Por supuesto, existiendo una actividad potencialmente subsumible en una prestación contractual que no encaje en los supuestos de cooperación o de transferencia, estaremos ante un contrato público entre poderes adjudicadores plenamente sujeto a la LCSP 2017.

II. LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS VISTA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UE: DOCUMENTO DE LA COMISIÓN DE 2011, DIRECTIVAS DE 2014 Y SENTENCIA REMONDIS DE 2016, SEGUIDA POR LA SENTENCIA PORI DE 2020

1. EL DOCUMENTO DE LA COMISIÓN DE 2011

En 2011, la Comisión Europea emitió el «Documento de trabajo de los servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación dentro del sector público)» (Documento 2011). El Documento 2011 resulta de mucha utilidad porque, según se indica expresamente en el mismo, recopila y resume la jurisprudencia del TJUE sobre dicha materia hasta la fecha de su emisión.

Por lo que se refiere a las formas de cooperación, las mismas se identifican con la ejecución de una prestación equiparable a la contractual, utilizando *los propios recursos* de los poderes adjudicadores que se acogen a ellas, bien sin crear una estructura específica —mediante convenio de cooperación— bien encargando la ejecución de la prestación a una estructura específica o entidad interna, que proporcionará al poder o poderes adjudicadores que la controlan prestaciones propias de los contratos públicos. Concretamente, en este último escenario de contratación *in house*, se indica que, de acuerdo con la facultad de autoorganización de los poderes públicos, la normativa de contratación pública no es aplicable cuando, como es el caso, un poder adjudicador celebra un contrato con una *entidad aparte* que, aunque formalmente independiente de él, en sustancia no lo es, puesto que depende organizativa y económicamente del poder adjudicador, o de varios conjuntamente.

En cambio, según el Documento 2011, en las transferencias de competencias las correspondientes tareas públicas se consideran desempeñadas mediante *recursos externos* a la entidad inicialmente competente. La competencia de una autoridad pública para la realización de una tarea de interés público —se dice— se cede a otra *autoridad pública*, de modo que, como resultado, se produce una redistribución de competencias entre autoridades públicas, que necesariamente incluye, entre otros extremos, la cesión de la denominada *autoridad oficial* necesaria para establecer el marco reglamentario que disciplinará la realización de la tarea en cuestión y determinará su forma de gestión, bien por el propio poder adjudicador cesionario, bien por un tercero mandatado por éste⁷.

⁷ En el Documento 2011 se insiste en la necesidad de una cesión plena, que ha de incluir la autoridad oficial y las posibles actividades económicas conexas, y se pone el siguiente ejemplo: «[...] en el caso de la gestión de residuos, ceder todas las competencias supondrá ceder el derecho a fijar las tarifas, a establecer las normas de recogida, clasificación, almacenamiento y tratamiento de los residuos, así como el derecho a gestionar esa tarea,

La transferencia de competencias, siempre según el Documento 2011, forma parte de la configuración de la organización administrativa nacional, un asunto interno de cada Estado miembro, ajeno a las competencias de la Unión Europea y sobre el que no se proyecta la normativa comunitaria de contratación pública.

2. EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO EXPRESO DE LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS COMO OPERACIÓN NO CONCERNIDA POR LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LAS DIRECTIVAS DE 2014

Las Directivas 23 y 24 de 2014⁸ regulan distintos aspectos de los supuestos de cooperación entre entidades del sector público y aluden ya expresamente a la transferencia de competencias.

En efecto, por una parte, las directivas —art. 17 de la D. 23 y art. 12 de la D. 24— delimitan sus respectivos ámbitos de aplicación y *excluyen* de dichos ámbitos, siempre que se cumplan determinadas condiciones, a los que denominan *contratos y concesiones entre entidades del sector público*, refiriéndose, bajo tal concepto, a los sistemas de cooperación vertical y horizontal, cuyas características básicas ya nos constan a raíz de lo expuesto en las líneas anteriores.

Por otra parte, con carácter previo a las exclusiones y ya en el primer precepto de ambas directivas (art. 1.4 Directiva 23 y 1.6 Directiva 24), dedicados a su objeto y ámbito de aplicación, se encuentra una referencia expresa a los instrumentos de transferencias de competencias como *supuestos no afectados* por las directivas:

Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desem-

y, finalmente, ejecutarla de acuerdo con esas normas. El conjunto de estos derechos conforma la autoridad oficial». En el momento de la emisión del Documento 2011 tan sólo existía una sentencia del TJUE, dictada en el asunto C-264/03, *Comisión/Francia*, que se había ocupado frontalmente de la transferencia de competencias, con el resultado de negar su concurrencia y afirmar la de un contrato público de servicios. Solo años más tarde, en 2016, la Sentencia *Remondis*, de la que me ocuparé en breve en el texto, dio respuesta positiva a la existencia de aquella técnica en el caso que enjuiciaba y acabó de perfilar sus contornos, en gran parte adelantados —justo es decirlo— por el Documento 2011. La Sentencia *Remondis* ha servido después de guía para confirmar otro supuesto de transferencia de competencias, a través de la sentencia *Pori*, a la que también me referiré en una nota posterior.

⁸ Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, relativas a la adjudicación de contratos de concesión y a la contratación pública, respectivamente.

peñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva [es el texto de la Directiva 24, con la que coincide sustancialmente el de la Directiva 23].

Como puede observarse, las directivas subrayan un aspecto esencial en la materia que nos ocupa: la cooperación vertical, canalizada a través de una operación *in house* o encargo a medio propio, se regula desde la perspectiva de los contratos o concesiones (prestaciones contractuales) que, si se cumplen determinadas condiciones, se excluyen de la aplicación de las directivas. Dicho de otro modo, las directivas solo aplican a los sistemas de cooperación vertical —igual que sucede con la horizontal— en la medida que los definen y determinan las condiciones de exclusión. Las transferencias de competencias, en cambio, no constituyen un contrato ni contienen una prestación contractual y, en ese sentido, ni siquiera se ven afectadas por las directivas, que se limitan a realizar una descripción un tanto lacónica de dichas transferencias para enfatizar que quedan extramuros de las directivas. Ahora bien, precisamente por la parquedad de las directivas sobre esta última técnica de relación interadministrativa, cobra especial importancia la concreción de sus contornos, que ya adelantó el Documento de 2011 y constituye parte esencial de la Sentencia Remondis de 2016.

3. LOS PERFILES DE LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS EN LA SENTENCIA REMONDIS, SEGUIDA POR LA SENTENCIA PORI

3.1. LOS ANTECEDENTES DEL PRONUNCIAMIENTO REMONDIS

La Sentencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2016, dictada en el asunto C-51/15, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por un tribunal alemán en el proceso que enfrentaba a la sociedad Remondis contra la región de Hannover (la Región). En dicho proceso se enjuiciaba la legalidad de una transferencia efectuada por la Región, de las funciones de recogida y tratamiento de residuos que le correspondían, a un consorcio de entidades para la gestión de residuos de la región de Hannover, que había constituido esta última con la ciudad del mismo nombre. Precede a la Sentencia *Remondis* un interesante Informe del abogado general, señor Mengozzi, de fecha 30 de junio de 2016, cuyas conclusiones son asumidas por el TJUE.

Tanto el informe del abogado general como la Sentencia Remondis contemplan un caso al que resulta de aplicación la Directiva 2004/18 —en la que no se encontraba referencia expresa sobre la transferencia de competencias— pero al emitirse ambos en 2016, tienen también en cuenta las directivas 2014 y asumen que, en esencia, la técnica y lógica de la transferencia de competencias era la

misma en 2004 que en 2014 y que, por la misma razón, ni antes ni ahora resulta concernida por las directivas, siempre, claro está, que nos encontremos ante una transferencia real, aspecto este que, al fin y al cabo, es el que permite clarificar la Sentencia Remondis.

Como aspectos y antecedentes relevantes a tener en cuenta, deben tenerse en cuenta los siguientes:

- Con arreglo al ordenamiento interno, alemán, se constata un alto grado de equiparación entre la titularidad y ejercicio de las competencias que correspondían a los entes territoriales fundadores del consorcio y las que recibe este último en virtud de la transferencia o cesión, en especial, se destaca que el Consorcio tiene la potestad de regular el servicio y de imponer tasas.
- Se aportan al consorcio los medios necesarios, antes poseídos por los entes fundadores, para el ejercicio de las competencias transferidas, incluyendo las sociedades de gestión de que disponían los entes territoriales cedentes, quienes, por otra parte, otorgan una garantía de cobertura anual de los eventuales déficits de explotación del consorcio.
- La junta general del consorcio está integrada por representantes de las entidades territoriales fundadoras que siguen las instrucciones de estas últimas. Se desprende del relato del abogado general y de la propia sentencia que la junta general designa a su presidente y al responsable de la gestión, es competente para modificar los estatutos del consorcio y decide sobre aspectos relativos a la aplicación del Código Municipal de Baja Sajonia (sin mayor concreción).
- Un porcentaje relevante de los ingresos del consorcio procede de actividades realizadas, en el mercado, con terceros, de modo que difícilmente puede cumplir el consorcio uno de los requisitos que la normativa exige para recibir la consideración de medio propio.

3.2. *La disyuntiva entre contrato público y transferencia de competencias*

Mediante la cuestión prejudicial planteada por el tribunal alemán se trataba básicamente de determinar si se había trabado una relación contractual entre los entes consorciados, por un lado, y el consorcio, por otro, que pudiera calificarse como contrato público de servicios conforme al derecho comunitario de contratación pública⁹.

⁹ Ni la sentencia ni el abogado general llegan a contemplar el asunto objeto de la cuestión prejudicial como un supuesto de cooperación, sea horizontal o vertical. El Abogado General resalta que también las transferencias de competencias pueden ser de carácter vertical (como la del Estado a un ente territorial inferior) o de carácter horizontal (como se planteaba en el caso: varios entes territoriales crean una estructura común a la que le atribuyen

Así las cosas, podemos preguntarnos: ¿por qué se planteaba que, en el supuesto enjuiciado, pudiera haberse adjudicado directamente un contrato público de servicios? Según se va razonando en la sentencia, porque, *prima facie*, podría vislumbrarse un acuerdo de voluntades entre personas independientes, propio de un contrato sinalagmático, en cuya virtud la Región recibiría la prestación del servicio del consorcio, a modo de operador económico, y este último recibiría, como contraprestación, los medios para prestarlo y la garantía de cobertura del eventual déficit de explotación, todo ello en una visión amplia y comunitaria del concepto onerosidad y sin perder de vista la existencia de gasto público.

Todavía otra pregunta: ¿por qué se excluye en el caso la existencia de un contrato público de servicios? Siguiendo nuevamente, aunque no literalmente, con el razonamiento de la sentencia, porque, a pesar de observarse un objeto cercano a la prestación de servicios y disposición de medios públicos, y, por tanto, no poder descartarse de antemano la existencia de una relación contractual, en realidad:

- Por lo que se refiere a las partes, ninguna de las involucradas actúa, en la relación interadministrativa de que se trata, como operador económico.
- Por lo que se refiere al objeto, no existe una prestación que satisfaga un interés económico directo de la Región, puesto que esta se ha liberado del contenido de su competencia y el interés en recibir una prestación para desarrollarla desaparece. Y, aunque haya una reasignación de medios y el otorgamiento de garantía de cobertura del déficit, lo primero no es sino consecuencia necesaria de la propia transferencia de competencia, que debe ir acompañada de los medios necesarios para su desempeño, y lo segundo supone, según la sentencia, una garantía frente a terceros, derivada de un principio propio de la organización interna de los Estados miembros, en el sentido de que una *autoridad pública* no puede ser objeto de un procedimiento de insolvencia.
- Finalmente, por lo que se refiere a la causa, no es para cada parte la prestación que recibe de la otra, sino que la constituye la reorganización o transferencia total de competencias que se produce.

3.3. *Los elementos de ponderación, en positivo y en negativo, para identificar una operación de transferencia de competencias*

Dicho lo anterior, debe insistirse en que, para tratarla como tal, la transferencia de competencias ha de ser real y, para constatar este extremo, la sentencia se detiene en el análisis de determinados elementos de ponderación, positivos los unos y negativos los otros, que se describen acto seguido:

sus competencias en el sentido que se va relatando en el informe del abogado general y en la sentencia), lo que no significa que podamos confundir cooperación horizontal con transferencia de competencias horizontal.

- La transferencia, para serlo, debe ser global. Implica la cesión de competencias, con todos los derechos y facultades, las obligaciones y responsabilidades necesarias para desarrollar las funciones públicas comprendidas en aquellas y todos los poderes o potestades que son corolario de las mismas. Implica, pues, también la cesión de la autoridad oficial. En particular, el cesionario de la transferencia recibe la función de dictar el marco normativo y las modalidades de ejecución de las tareas transferidas, así como la de imponer tarifas o tasas y recaudar su importe.
- La cesión tiene que abarcar todo lo anterior, con un efecto sustitutorio. Tiene un efecto liberatorio para quien cede —de modo que no es posible si la normativa nacional no lo permite— y un efecto atributivo para el cesionario. El cedente no conserva la responsabilidad principal de lo transferido y el cesionario recibe la obligación y el derecho exclusivo de realizar la tarea transferida mediante los propios medios o recurriendo a entidades externas. La transferencia no es irreversible, pues caben reordenaciones sucesivas de competencias, pero se observa con reticencia una devolución de la competencia transferida derivada de un control sobre la correcta ejecución y, correlativamente, de una facultad de resolución unilateral por ejecución inadecuada, facultad esta última más propia de la institución contractual.
- Se exige autonomía decisoria. Como resultado de la transferencia, el cesionario adquiere el ejercicio autónomo de las tareas transferidas y las desarrolla con independencia y bajo su propia responsabilidad. El cedente ya no es competente, y, por ello, no puede interferir el desempeño del cesionario, ni puede inmiscuirse en la forma concreta de ejecución de las funciones comprendidas en la competencia transferida. En especial, el cedente no conserva la facultad de aprobar las decisiones del cesionario. También es cierto que no es exigible que el ente territorial cedente tenga que perder toda relación con el cesionario, ni siquiera que no pueda conservar un cierto grado de influencia. Así, por ejemplo, puede conservar ciertos derechos de información o supervisión de las funciones derivadas del servicio transferido, sin caer en las interferencias no permitidas, y designar a sus representantes en los órganos de gobierno del cesionario.
- En relación con este último aspecto —y ante las reticencias expresadas por algunas de las partes comparecidas en el proceso sobre el mantenimiento de la necesaria autonomía del ente cesionario, en una situación en la que el ente cedente pudiera ejercer control sobre la actividad y las decisiones de aquel a través de la designación de representantes del cedente en la junta general del ente destinatario de las competencias— el abogado general y, en la misma línea, el TJUE, se esfuerzan en señalar que, en el supuesto enjuiciado, se trata de un control más político que operativo. Las competencias de la junta, se dice, no versan sobre la prestación concreta del servicio público, sino que se limitan a cuestiones de carácter institucional o vinculadas al cumplimiento de las leyes. El ente cedente no retiene, ni directa ni indirectamente,

- influencia sobre los objetivos estratégicos ni sobre las decisiones importantes del cesionario en el desempeño de las funciones de servicio público de su competencia.
- Se exige también autonomía financiera y el suficiente margen de maniobra al respecto por parte del cesionario. Se excluye el control financiero y que la financiación de las funciones transferidas dependa de las decisiones del cedente. Debe quedar garantizada la financiación de las funciones transferidas. Como ya se ha indicado, no perturba la necesaria autonomía financiera, ni se califica como prestación contractual, el hecho de que, como ocurría en el supuesto enjuiciado, el cedente transfiera al cesionario los medios necesarios para ejercer la competencia transferida, pues tal extremo no solo es consustancial a la cesión, sino que, además, es la mejor prueba de la necesaria inhibición del cedente respecto de la competencia que se transfiere. Tampoco pone en cuestión la autonomía financiera ni supone prestación contractual, como hemos visto, el otorgamiento de una garantía de cobertura anual de los posibles déficits que evite la insolvencia del cesionario.
 - En la transferencia de competencias, el ente cesionario puede desarrollar en favor de terceros cometidos distintos a los propios de las funciones públicas comprendidas en la competencia transferida, o prestaciones de mercado, si así lo permite el derecho interno y en los términos del mismo.
 - Por lo demás, la transferencia de competencias puede ser voluntaria o impuesta por la normativa y se aprecia mejor, como tal transferencia, si el cometido transferido no consiste en una mera tarea puntual o de carácter material.

Pues bien, teniendo en cuenta todo lo expuesto, la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial planteada es la siguiente:

El artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no constituye un contrato público un acuerdo entre dos entidades territoriales, como el controvertido en el litigio principal, sobre la base del cual éstas adoptan un estatuto por el que se crea un consorcio de entidades, con personalidad jurídica de Derecho público, y por el que se transfiere a esa nueva entidad pública determinadas competencias de las que disfrutaban esas entidades hasta entonces y que en adelante corresponderán al consorcio de entidades.

No obstante, tal transferencia de competencias relativa al desempeño de funciones públicas solo existe si se refiere a la vez a las responsabilidades derivadas de la competencia transferida y a los poderes que son el corolario de esta, de modo que la autoridad pública que es ahora competente dispone de autonomía decisoria y financiera, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

3.4. Breve referencia al asunto ciudad de Pori

Como se ha adelantado, las consideraciones y conclusiones formuladas en la sentencia Remondis se han traído nuevamente a colación por el TJUE en su sentencia de 18 de junio de 2020 (C 328/99) —asunto ciudad de Pori— para confirmar un nuevo caso de transferencia de competencias.

La singularidad del asunto Pori reside, a grandes rasgos, en la implantación de una figura legal finlandesa —la del denominado «municipio responsable»— en virtud de la cual, en el contexto de uno o varios convenios celebrados entre diversos entes territoriales locales, se atribuye a dicho «municipio responsable» una función o servicio (en el caso, un servicio de transporte público, por un lado, y un servicio social y sanitario, por otro) que, en origen, corresponde a los entes otorgantes en sus respectivos territorios. Al «municipio responsable» se le suele adscribir un denominado «organismo común» en el que los demás firmantes del convenio pueden elegir parte de sus miembros. La financiación del servicio sigue, en última instancia, a cargo de los municipios firmantes del convenio en función de factores tales como la población servida de cada uno de ellos.

En la sentencia ciudad de Pori, una vez confirmada, con los argumentos de la sentencia Remondis, una transferencia de competencias de la que es destinatario el «municipio responsable» al que se adscribe el «organismo común», se plantea, como cuestión adicional, si el «municipio responsable» puede gestionar la competencia que le ha sido transferida, mediante una operación, *in house*, a través de una sociedad cuyo capital pertenece única e íntegramente a dicho municipio. El TJUE concluye, a este último efecto, en sentido positivo, identificando al «municipio responsable» como poder adjudicador y relativizando una eventual necesidad de que todos los firmantes del convenio tuviesen que ostentar una participación en el capital de la sociedad medio propio de la ciudad de Pori, sociedad que, por otra parte, también se entendía que realizaba esencialmente su actividad fuera del mercado.

Sin duda, la sentencia ciudad de Pori será objeto, en un futuro inmediato, de análisis doctrinales cualificados y detallados¹⁰, pero, a efectos de este trabajo, quisiera subrayar en este momento que, a mi juicio, el hecho de que en ella se asuma la existencia de un «municipio responsable» (cesionario de una transferencia de competencias real, según los mecanismos del derecho finlandés) que gestiona su responsabilidad a través de una operación *in house* o, lo que es lo mismo, propia de la cooperación vertical, no hace sino confirmar que la gestión de un servicio público por parte de un municipio a través de un ente instrumental suyo, como es el caso de una EPEL o de una SML, no transforma al gestor directo

¹⁰ Hasta donde conozco, en el momento de finalizar este trabajo, la sentencia ciudad de Pori ha sido ya objeto de unos interesantes y breves comentarios por parte de F. Sosa Wagner, en el blog *espúblico*, de 26 de junio de 2020, y de F. Lorenzo Hernández, en *Observatorio de Contratación Pública*, de 25 de junio de 2020.

instrumental local en un verdadero cesionario de las competencias municipales. En esto se insistirá en las líneas posteriores.

III. LAS APORTACIONES DOCTRINALES Y LA EXISTENCIA DE ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN FAVOR DE LA TESIS DE LA GESTIÓN DIRECTA MEDIANTE ENTE INSTRUMENTAL COMO TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS

1. LAS APORTACIONES DOCTRINALES DE REFERENCIA

El autor que, en la actualidad, se ha constituido en referente de la defensa de la asimilación entre gestión directa descentralizada y transferencia de competencias es Marc Vilalta, prestigioso especialista, como es notorio, en las materias relativas a la conexión entre relaciones interadministrativas y contratación pública¹¹.

M. Vilalta reconoce, justo es decirlo, que la cuestión objeto de nuestra atención no está exenta de complejidad ni de dudas y que hay que estar vigilantes a cada caso concreto, pero se inclina claramente, al analizarla con carácter general, por distanciarla del art. 32 de la LCSP 2017 (encargos de poderes adjudicadores a medios propios) y, en cambio, por acercarla a las previsiones del art. 1.6 Directiva 24 y 1.4 de la 23 (transferencias de competencias). En tal sentido, el autor no solo no desconoce, sino que busca apoyo en la doctrina Remondis y destaca que, conforme a la misma y a las previsiones de las directivas, no nos hallamos ante un supuesto de exclusión —siempre que se cumplan determinados requisitos— del ámbito de aplicación de la legislación de contratación pública, sino, más drásticamente, ante un supuesto que escapa al ámbito de aplicación de dicha legislación, o, lo que es lo mismo, que no está concernido por la misma.

En clave de derecho interno, M. Vilalta pone énfasis en la legislación de régimen local, que, tradicionalmente, ha desvinculado la gestión directa a través de ente instrumental del ámbito de la contratación pública. Así se desprendería también en la actualidad del art. 85.2 de la LBRL. Por otra parte, siempre según dicho autor, la LCSP de 2007 y el TRLCSP 2011, siguiendo la estela de normas de contratación pública anteriores, confirmarían esta línea interpretativa a través de la previsión de sus respectivos arts. 8.2, a cuyo tenor:

¹¹ Sin resultar ahora necesario traer a colación las numerosas aportaciones del citado autor sobre las relaciones jurídicas entre entes del sector público, interesa destacar, a efectos de este trabajo, M. Vilalta (2018), «De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencia de competencias entre entidades públicas», *Revista Galega de Administración Pública*, 56, págs. 284 y siguientes. Y del mismo autor, «Encargos a medios propios personificados vs. transferencias de competencias entre entidades públicas», entrada en *Observatorio de Contratación Pública*, de fecha 18 de febrero de 2019.

Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato (se refiere al, entonces, *contrato de gestión de servicios públicos*) no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Se admite por M. Vilalta que la vigente LCSP de 2017 no contiene una referencia expresa a las transferencias de competencias y que, en esta última norma, ha desaparecido una previsión similar a la del art. 8.2 del TRLCSP 2011 que acaba de transcribirse, si bien, a su juicio, podría encontrarse un reflejo de dicha previsión en el vigente art. 32.7 de LCSP, cuando, en sede de excepciones a los límites impuestos a la subcontratación por parte de los medios propios, dispone:

No será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. Igualmente, no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

La segunda parte de este art. 32.7 de la LCSP de 2017 permitiría, según M. Vilalta, dos posibles interpretaciones. Una, literal y sistemática, en cuya virtud el medio propio que recibe un encargo puede, a efectos de llevarlo a cabo, crear entes instrumentales, y otra más finalista que permitiría entender, en línea con nuestra tradición normativa, que cualquier poder adjudicador puede decidir prestar los servicios de su competencia a través de entes instrumentales sin sujeción a la normativa de contratación pública¹². No obstante, el propio autor se muestra escéptico ante la posibilidad de que una eventual regla en este último sentido se encuentre sistemáticamente ubicada entre las reglas que excepcionan los límites a la subcontratación a los medios propios.

En definitiva, para M. Vilalta, la gestión directa por parte de un ente instrumental, de naturaleza pública o privada, sería un supuesto de descentralización funcional con resultado de redistribución competencial dentro de una misma organización administrativa. Una delegación intersubjetiva de competencias. Una Administración pública habría decidido, unilateralmente y de acuerdo con el ordenamiento, transferir o asignar directamente la gestión de un servicio público o de una determinada función a una entidad instrumental suya.

Reconoce el autor y expresa, clara y abiertamente, los principales requisitos que exige la doctrina Remondis para calificar una transferencia real de competencias y los agrupa muy certeramente bajo las rúbricas de «asunción de responsabilidades y autonomía decisoria», por una parte, y «ausencia de retribución y auto-

¹² No puedo estar de acuerdo con ninguna de las dos interpretaciones que ensaya M. Vilalta. Se volverá sobre ello posteriormente.

mía financiera», por otra, si bien subraya los matices, digamos de relajación, que la propia doctrina Remondis introduce a cada grupo de requisitos, según hemos visto con anterioridad (en esencia, no ruptura de toda relación entre cedente y cesionario y asignación de medios para poder desempeñar la competencia transferida). En especial, insiste el autor en la admisión por parte de la sentencia Remondis de un cierto grado de influencia a través de los representantes del ente cedente en los órganos de gobierno del ente cesionario, lo que, según aquel, habilita al primero para influir en la toma de las decisiones estratégicas y más importantes por parte del segundo. Todo ello permitiría, como se viene indicando, asimilar gestión directa mediante ente instrumental y transferencia real de competencias, en la cualificada voz de M. Vilalta.

2. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS ADMINISTRATIVOS RELEVANTES EN FAVOR DE LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS

El trabajo de M. Vilalta tiene también en cuenta la Resolución 113/2018, de 20 de junio, del Tribunal catalán de Contratos del Sector Público, en la que se inadmite un recurso especial en materia de contratación —interpuesto contra un acuerdo plenario municipal mediante el que se constituye una EPEL local para la gestión directa del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable— precisamente por considerar que no estamos ante un encargo a medio propio. Según la resolución, una cosa es la atribución de la gestión directa de un servicio público a un ente instrumental y otra distinta el encargo de ejecución de actividades materiales singulares vinculadas al servicio. Se trata, siempre según la misma, de negocios jurídicos distintos, el primero de ellos basado en la potestad de autoorganización y de libre elección entre formas de gestión, no afectado, como tal, por la normativa de contratación pública. En este último sentido, la resolución trae a colación lo dispuesto en el art. 1.6 de la Directiva 24 y en el art. 32.7 LCSP 2017, cuyo contenido ya nos consta. Ahora bien, al margen de todo ello, la resolución admite que se da coincidencia con el medio propio en el «esquema formal» de las relaciones y considera que la aplicación de las condiciones in house al supuesto de que se trata puede resultar «baladí», ya que concurre la dependencia del ente instrumental y la finalidad acotada al servicio público que se gestiona directamente, aspecto este último sobre el que volveré con posterioridad.

La «Instrucción relativa a la descentralización funcional y a los medios propios del Ayuntamiento de Barcelona» (*Gaceta municipal* de 30 de julio de 2018), conecta claramente con la Resolución 113/2018, a la que acabo de referirme, y resalta la necesidad de calificar correctamente las distintas situaciones y de no conceptualizar como encargo a medio propio otras figuras organizativas distintas, como es el caso, según se indica, de la descentralización funcional o de personificación del servicio. Una cosa, se dice, es el desarrollo por el ente instrumental

de su ámbito de actuación propio o habitual (supuesto de transferencia de competencias) y otra cosa distinta el desarrollo por parte de un ente instrumental de encargos puntuales, no habituales, en los que se actúa en virtud de un encargo de gestión con una compensación tarifaria que opera a modo de contraprestación.

En el Informe 1/2019, de 13 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, sobre análisis de los requisitos de los medios propios personificados establecidos en la LCSP 2017, se distingue el supuesto de las empresas municipales que, con ocasión de un encargo, desarrollan servicios dirigidos a los ciudadanos, del supuesto de las empresas municipales, entidades instrumentales, que ejercen las competencias que les atribuye el ente matriz local en el ámbito de la gestión de un servicio público. En ambos casos, se indica, se pueden percibir pagos directos de los ciudadanos y una misma empresa municipal puede desarrollar simultáneamente actividades fruto de una cesión de competencias procedentes del ente local cedente y actividades fruto de encargos a medio propio procedentes del mismo ente local, que, en este último caso, actúa como poder adjudicador. De nuevo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, en sus Informes 5/2019, de 30 de mayo y 9/2019, de 3 de octubre, indica que una cosa es atribuir, a través de una norma o acto de creación, la competencia de gestión de un servicio público y el ejercicio o desarrollo de la competencia atribuida, comprensiva de un conjunto de actuaciones para prestarlo (en tal caso, se dice, la competencia que ya se tiene atribuida de ese modo no precisa de ningún encargo), y otra cosa distinta contratar la gestión y ejecutar un contrato conectado con un encargo de simple prestación de servicio o realización de una actividad económica concreta.

Es importante poner de relieve que, en ninguno de los pronunciamientos administrativos que acaban de citarse, se observa el más mínimo esfuerzo por contrastar la atribución de la gestión directa y descentralizada del servicio público local con lo que nos enseña sobre los contornos de la transferencia de competencias la sentencia Remondís.

IV. LAS APORTACIONES EN FAVOR DE LA TESIS DEL MEDIO PROPIO Y LOS TRABAJOS CONSIDERANDO LOS ARGUMENTOS EN FAVOR DE UNA Y OTRA TESIS

El profesor Antonio Ezquerro, en una breve pero relevante aportación sobre la materia que nos ocupa, y a efectos de defender la pertinencia del REMC contra atribuciones de gestión directa instrumental que no reúnan los requisitos del medio propio, ha puesto énfasis en que la vertiente organizativa de la legislación de régimen local debe aplicarse coordinadamente con las previsiones sobre la cooperación vertical que contiene la LCSP de 2017 y ha llamado la atención sobre la, a su juicio, correcta interpretación del art. 32.7 de la misma, coincidente, por

otra parte, con la que realizan los autores a los que me refiero acto seguido y que también se suscribe en el presente trabajo¹³.

Recientemente, la cuestión que nos ocupa ha sido directa y profundamente abordada en el interesante trabajo de Amoedo-Souto y Cutrín Domínguez¹⁴, en el que, a partir de un determinado entendimiento de la legislación anterior a la LCSP de 2017, se exponen argumentos tanto en favor de la tesis del medio propio como en favor de la tesis de la transferencia de competencias.

En una apretada síntesis por mi parte, Amoedo-Souto y Cutrín Domínguez se mueven a través de las siguientes líneas maestras:

- Antes de la entrada en vigor de la LCSP, el art. 8.2 TRLCSP 2011, como era ya tradicional, constituía una suerte de «aguja ferroviaria» que desviaba la gestión directa mediante ente instrumental desde la legislación de contratación pública hacia la concepción puramente organizativa de la legislación de régimen local.
- Pero es el caso que, con aquella entrada en vigor, el art. 8.2 desaparece («lost in translation» en gráfica expresión de los autores), y el único «vestigio arqueológico» de tal precepto lo constituye hoy el art. 32.7 de la LCSP 2017 (cuyo contenido ya conocemos) que, al introducir una excepción, en línea de mayor permisividad, a los límites de subcontratación impuestos por el art. 32 a los medios propios cuando de gestión directa instrumental se trata, no hace más que añadir una especialidad a la disciplina del medio propio en estos últimos supuestos (que serían supuestos de medio propio, en todo caso).
- Por lo tanto, con aquella desaparición del art. 8.2 TRLCSP 2011 y esta previsión del art. 32.7 LCSP: «Siguiendo el viejo criterio hermenéutico del “legislador racional”, podríamos interpretar que el legislador básico de contratos ha tenido razones para no considerar oportuna la reproducción en la LCSP del contenido del art. 8.2 TRLCSP. Al respecto, no es inútil ensayar la siguiente hipótesis explicativa [...]: la voluntad del legislador de otorgar a la LCSP —cuyas novedades en este ámbito exponen los autores— el papel de cabecera de la regulación de la gestión directa e indirecta de los servicios públicos, incluidos los locales».
- Ahora bien, como se ha anticipado, Amoedo-Souto y Cutrín Domínguez, también consideran consistente la propuesta interpretativa de Marc Vilalta que, traducida por aquellos: «De conformidad con esta propuesta interpre-

¹³ A. Ezquerro Huerva, «La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos», entrada en *Observatorio de Contratación Pública* de fecha 30 de septiembre de 2018.

¹⁴ Cfr. «El impacto de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios», *Revista de Administración Pública*, 210, págs. 393 y siguientes.

tativa, el papel de las agujas ferroviarias que conforme al art. 8.2 TRLCSP desviaban el tráfico de la gestión directa a la LBRL, extramuros del ámbito contractual, sería ahora desempeñado por estos preceptos de las directivas (art. 1.4 Directiva 23 y art. 1.6 Directiva 24) —centro de atención en Remondis— que se refieren explícitamente tanto a instrumentos jurídicos bilaterales (“acuerdos” que podemos equiparar a nuestros convenios) como unilaterales (“decisiones”, que podemos equiparar a nuestros actos administrativos).

- Aunque, finalmente, en su opinión: «Con toda probabilidad, esta cuestión, tan mal resuelta por las normas en vigor, seguirá siendo en el futuro objeto de inseguridad y controversia jurídica, mientras el legislador básico no asuma la conveniencia —afirmada por los autores y con la que cabe estar de acuerdo— de una ley especial sobre autoprovisión administrativa, que regule todas sus dimensiones constitutivas».

V. CONSIDERACIONES QUE ABUNDAN EN LA EQUIPARACIÓN SUSTANCIAL DE LA GESTIÓN DIRECTA DESCENTRALIZADA CON EL ENCARGO A MEDIO PROPIO

A continuación, expondré un grupo de consideraciones que, adicionalmente a algunas de las ya expresadas, me llevan a abogar por la existencia de un encargo obligatorio a medio propio.

A tal efecto, resulta clave comprobar si la actividad de gestión cuyo desarrollo se atribuye al ente instrumental es equiparable a una prestación contractual y si tal atribución va acompañada o no de la transferencia de la autoridad oficial sobre la gestión de que se trate. El grado de autonomía con el que el ente instrumental desarrolle su misión será también un elemento determinante para inclinarse por una u otra calificación.

1. LA ACTIVIDAD DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO LOCAL SE IDENTIFICA CON UNA PRESTACIÓN CONTRACTUAL TÍPICA: ESTÁ EN EL MERCADO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y NO FUERA DEL COMERCIO DE LOS HOMBRES

A efectos de la identificación a la que se refiere este apartado, conviene constatar que la gestión de un servicio público local constituye una materia susceptible de integrar una prestación contractual, pues, de otro modo, no podríamos plantearnos hablar de encargo a medio propio. Y, en tal sentido, a nadie se le escapa que la gestión de un servicio público ha sido tradicionalmente, y continúa siendo en la actualidad, el objeto de un contrato bien conocido y de gran relevancia.

En el TRLCSP 2011, y en la normativa precedente, se contemplaba como un contrato típico cuya modalidad más relevante era la concesión de servicios públicos, en aquel momento no armonizada, si bien su armonización no tardó en llegar tras la entrada en vigor de la Directiva 23/2014. En la actualidad, como es bien conocido, la prestación contractual consistente en la gestión de un servicio público puede canalizarse a través de la concesión de servicio (arts. 15 y 284 y siguientes LCSP 2017) o a través del contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía (art. 312 LCSP), según concurra o no en el contrato el traslado del denominado riesgo operacional hacia el contratista.

En el ámbito temporal de aplicación de la LCSP 2007 y del TRLCSP de 2011, la previsión del art. 8, ya tradicional en nuestro derecho, en el sentido de que las disposiciones de la ley referidas al contrato de gestión de servicios públicos no eran aplicables a los supuestos de prestación mediante un ente instrumental en forma pública o privada —nótese que no se decía que no fuese aplicable ninguno de los preceptos de dicha ley— convivía ya con naturalidad y se entendía que debía coordinarse con las reglas de los encargos a medios propios de los arts. 4.1.n) y 24.6 de dichos textos legales, en los que no se aludía expresamente a la concesión de servicios públicos, seguramente por la falta de armonización de este tipo contractual hasta la Directiva 23/2014. Dicha aplicación simultánea y coordinada resultaba, no obstante, obligada por imposición del derecho comunitario y de la interpretación que del mismo realizaba el TJUE, en las sentencias que resolvieron los casos *Parking Brixen*, *Anav* y *Coditel*, entre otras¹⁵.

En este mismo sentido, la distinción que contiene la LBRL entre gestión directa o no contractual e indirecta o contractual, no podía significar ya en aquel momento que la gestión directa descentralizada nada tuviera que ver con la legislación contractual ni con la técnica de los medios propios prevista en la misma. No hay incompatibilidad entre gestión no contractual y encargo a medio propio, toda vez que la regulación de los medios propios tiene únicamente por objeto establecer las condiciones para poder instrumentar una operación *in house*, que, como tal, se excluye de la idea de contrato público (arts. 31.1 y 32.1, último párrafo, LCSP 2017) a pesar de que, en su contenido, aparece una actividad equivalente a una prestación contractual y una compensación económica.

¹⁵ Sentencias de 13 de octubre de 2005, asunto *Parking Brixen* (C458/03); 6 de abril de 2006, asunto *Anav* (C410/04) y 13 de noviembre de 2008, asunto *Coditel* (324/07). Todas ellas dictadas en supuestos de relaciones entre entes del sector público que se calificaron como concesiones de servicio —en aquellos momentos todavía no armonizadas— y en las que se exigían los conocidos requisitos *Teckal* para resultar excluidas de las consecuencias licitatorias derivadas de la aplicación de los principios del Tratado con relevancia en materia de contratación pública. Yo mismo me he ocupado de la primera de las Sentencias citadas en E. Arimany Lamoglia (2005), «Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales. Crónica de la sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005 (asunto C458/03; *Parking Brixen GmbH*)», *Cuadernos de Derecho Local*, 9, págs. 48 y siguientes.

Con carácter general, en nuestra doctrina no se dudaba de la necesidad de aplicación simultánea y coordinada de los preceptos citados (arts. 8.2 y 4.1,n) y 24.6 TRLCSP), como puede constatarse dando una mirada a los manuales generales de la disciplina y a las monografías dedicadas a la gestión de los servicios públicos, a las concesiones o a las sociedades mercantiles locales¹⁶. Por ello no puedo estar de acuerdo con Amoedo-Souto y Cutrín Domínguez cuando indican que, también en el periodo de vigencia de la LCSP 2007 y TRLCSP 2011, el art. 8.2 suponía una suerte de aguja ferroviaria que desviaba totalmente el tráfico desde la legislación contractual hacia la vertiente organizativa de la legislación de régimen local, impidiendo la aplicación de aquella —también de los preceptos dedicados a los encargos a medio propio— a los supuestos de gestión directa descentralizada. Coincido con ellos, claro está, en la aplicabilidad actual de la disciplina del medio propio a la gestión directa descentralizada, pero no por el simple hecho de que en la vigente LCSP 2017 haya desaparecido una previsión como la del art. 8.2 de las anteriores leyes de contratación pública. Tampoco estoy de acuerdo —ya se va desprendiendo de mi exposición— con la afirmación de la eventual inaplicabilidad de dicha disciplina por una suerte de sustitución de aquella previsión, la del art. 8.2, por el contenido de los arts. 1.4 directiva 23/2014 y 1.6 Directiva 24/2014, referidos a las transferencias de competencias, puesto que, a mi juicio, no se puede establecer una equivalencia entre tales previsiones normativas. Las transferencias de competencias quedan al margen de la legislación contractual, con o sin los preceptos señalados de las Directivas, antes y después de su entrada en vigor, siempre que, claro está, se trate de una transferencia real en el sentido Remondis.

Volviendo específicamente al ámbito de la LCSP de 2017, la posibilidad de que la gestión de servicio público local mediante ente instrumental puede canalizarse a través de una operación *in house*, cumpliendo con los requisitos y condiciones que marca el art. 32 de la misma, queda reforzada si se tiene en cuenta que dicho precepto incluye ahora, expresa y adicionalmente, a las concesiones de obra y servicio como objeto de un encargo a medio propio.

Este dato nos puede llevar a considerar que conviene desterrar la tendencia a alejar la gestión de servicios públicos de la técnica del encargo a medio propio y a propugnar su acercamiento a la transferencia de competencias, sobre la base de señalar que los encargos a medio propio solo albergarían prestaciones de carácter concreto, puntual o meramente material, puesto que en poco o nada se diferencia

¹⁶ Baste citar ahora: J. A. Santamaría Pastor (2016), *Principios de Derecho Administrativo General*, Vol. II, Madrid: Lustel, págs. 370 y siguientes; F. Sosa Wagner (2008), *La gestión de los servicios públicos locales*, Madrid: Thomson Civitas, págs. 191 y siguientes; D. Blanquer Criado (2012), *La concesión de servicio público*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 510 y siguientes, y D. Ballina Díaz (2015), *Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal. Instrumentos públicos entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, Madrid: INAP, págs. 183 y siguientes.

la tarea a desarrollar por un concesionario de la que pueda atribuirse, mediante encargo, a un ente instrumental que reúna las características de medio propio, salvo por el dato de la obligatoria temporalidad de la concesión que, no obstante, suele ser un contrato de larga duración.

Que un encargo a medio propio pueda canalizar una concesión no significa que tal encargo constituya un verdadero contrato público —ya se ha dicho— ni que, por tanto, deba sujetarse a reglas distintas de las que, dentro de la normativa contractual, se ciñen a regular lo que hoy se conoce como cooperación vertical. Es por ello que, como explican acertadamente Amoedo-Souto y Cutrín Domínguez, la aplicación de la LCSP 2017 a aquellas concesiones de servicio o a los contratos de servicio con prestaciones directas a la ciudadanía que sean objeto de encargo a un medio propio se ciñe a las previsiones del propio art. 32 y a las de preceptos determinados relacionados con el mismo, como es el caso de la previsión de anulabilidad en caso de su vulneración y de la regulación del REMC. De ese modo, el contenido del encargo a medio propio, tipo concesión o prestación de servicios, salvadas las exigencias del art. 32, viene revestido de un alto grado de libertad de configuración por parte del poder adjudicador que ordena los pormenores del encargo.

La vinculación entre encargo a medio propio, regulado en el art. 32 LCSP 2017 cuando de poderes adjudicadores se trata, y gestión directa y descentralizada de servicios públicos se pone en evidencia en el apdo. 7 de dicho precepto —ya citado en varias ocasiones, con sus diversas interpretaciones— cuando excepciona de los límites impuestos a la subcontratación de los medios propios los supuestos en los que la gestión del servicio se encargue a un ente instrumental en forma pública o privada. Esta previsión constituye, pues, una especialidad de los encargos a medio propio que coinciden con la atribución de la gestión directa a ente instrumental, y no, como apunta Marc Vilalta —aunque ciertamente con mucha prevención—, una previsión que viniera a sustituir al ya desaparecido art. 8.2 TRLCSP, interpretado este último como una desviación absoluta de la gestión directa descentralizada desde la normativa contractual hacia las normas organizativas de la legislación de régimen local. Si se indica, como así es, en el apdo. 7 del art. 32 LCSP, que lo dispuesto anteriormente sobre los límites de subcontratación impuestos a los medios propios no se aplica en los supuestos de gestión de servicios públicos descentralizada, lo que quiere decirse, en buena lógica, es que esta última gestión es sinónima de encargo a medio propio. No parece que pueda acogerse una interpretación, ni literal ni sistemática, conforme a la cual un precepto destinado a regular el medio propio y sus requisitos, incluyendo una especialidad o excepción en un caso concreto —el de la gestión directa descentralizada de servicios públicos—, quiera, en realidad, haber querido decir que los límites a la subcontratación del medio propio no se aplican en los supuestos de gestión directa mediante ente instrumental, precisamente por el hecho de que tal gestión directa no es un supuesto de encargo a medio propio.

Por lo demás, encontramos otros puntos de conexión evidentes entre gestión directa descentralizada y prestación contractual susceptible de incorporarse a un

contrato público y, por tanto, también a un encargo a medio propio del tipo Epel o SML. Gestión directa e indirecta se plantean como alternativas para llegar a un mismo resultado, esto es, a la gestión del servicio público. Tras recorrer un mismo procedimiento e integrar un expediente idéntico, el ente local decidirá qué tipo de gestión establece, en el bien entendido de que, en la actualidad, de acuerdo con la LBRL, debe decantarse por aquella forma de gestión que, siguiendo los parámetros que determina dicha ley, se manifieste como más sostenible y eficiente. La LRJSP, por su parte, exige también la acreditación de una mayor sostenibilidad y eficiencia para utilizar la técnica del medio propio como alternativa a la externalización mediante contrato público¹⁷. Parece, pues, que esa comparación se traduce en la aplicación de una metodología que permite determinar qué fórmula resulta más adecuada para llevar a cabo una misma prestación contractual (el contrato público o el encargo a medio propio) y no conducente a decidir si resulta más adecuada la gestión de un servicio público a través de una prestación contractual (externalizada o *in house*) o a través de una transferencia de competencias. Si nos decantáramos por esto último, parece que estaríamos comparando y mezclando «peras con manzanas». Todavía desde otro punto de vista, tanto la gestión indirecta como la directa a través de una Epel o de una SML se consideran supuestos de prestación en forma privada compensada mediante una tarifa que, en ambos casos, se califica como prestación patrimonial pública no tributaria¹⁸.

Al hilo de la cuestión que nos venimos planteando, los partidarios de la tesis de la equiparación en todo caso de la gestión directa descentralizada y la transferencia de competencias buscan encontrar apoyo a dicha tesis en el ámbito de aquellos supuestos en los que pueda concurrir en un mismo ente instrumental el ejercicio de una función pública y un encargo a medio propio para desarrollar *in house* una prestación contractual. De forma más concreta, dicho apoyo podría encontrarse en el seno del debate sobre la forma de computar el 80% de actividad con destino al ente de control que se exige como requisito necesario para realizar un encargo a medio propio (art. 32.2.b) LCSP 2017).

Los partidarios de la transferencia de competencias distinguen, a tal efecto, tres grupos de actividades que, en su caso, puede desarrollar simultáneamente el ente instrumental, esto es, la actividad constitutiva de la función pública que le ha sido atribuida, dentro de la cual situarían aquellos la misión de gestionar el servi-

¹⁷ En la LRJSP su art. 86 exige, para que una entidad integrante del sector público institucional estatal pueda ser considerada medio propio, la acreditación de que se trate de una «opción más eficiente que la contratación pública y resulte más sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica». Exigencias como la que acaba de citarse se han entendido perfectamente compatibles con el derecho comunitario en la STJUE de fecha 3 de octubre de 2019 (C285/18), asunto *Kauno-Lituania*. Puede verse un comentario sobre dicha sentencia realizado por J. Tejedor Bielsa en *El blog de es público*, entrada de 11 de octubre de 2019.

¹⁸ Disposición adicional cuadragésima tercera, disposición final undécima y disposición final duodécima de la LCSP 2017.

cio público (buscando justificación en la doctrina Remondis); la actividad derivada de encargos a medio propio y la actividad de mercado o para terceros. Y, a la hora de realizar el cómputo para justificar la caracterización del ente instrumental como medio propio, suman la actividad de gestión de servicio público con la actividad realizada como medio propio, excluyendo únicamente del cómputo la actividad de mercado. Con ello se acercan a lo mejor de dos mundos distintos, pues, a pesar de que, según esa forma de ver las cosas, se niega que la gestión de servicio público se considere encargo a medio propio —pues afirman se trata de una transferencia de competencias—, no pierden, sin embargo, la oportunidad de, mediante la suma mencionada, seguir categorizando al ente instrumental como medio propio a efecto de recibir encargos como tal¹⁹.

La división en tres grupos de actividades aparece también reflejada en la Circular conjunta de la Abogacía General del Estado y de la IGAE, de 22 de marzo de 2019, dedicada a esta cuestión, si bien dicha Circular incluye para el cómputo del 80% la actividad derivada exclusivamente de encargos a medio propio, y excluye del cómputo la actividad que se corresponde con la función pública legalmente atribuida y la actividad de mercado del ente instrumental, lo que genera el rechazo doctrinal de los defensores de la gestión del servicio público como transferencia de competencias, al llevar el criterio de la Circular conjunta al resultado de adelgazar las posibilidades de utilización del ente instrumental como medio propio.

Ahora bien, debe señalarse que, con independencia de su rango jurídico y de su mayor o menor acierto, no está claro que la Circular conjunta sitúe la gestión de servicios públicos dentro del grupo de actividad consistente en la función pública legalmente atribuida, o, al menos, no está claro que lo haga en todo caso. Más bien da la impresión de que dicha Circular sitúa la actividad de gestión indirecta e instrumental de servicios públicos dentro del grupo de la actividad derivada del encargo a medio propio²⁰ dando a la función pública un sentido mucho más restrictivo o acercando dicha función a los supuestos en que los organismos públicos estatales reciban una transferencia de competencias real. La distinción entre misión de función pública legalmente atribuida y encargo de gestión de servicios públicos, cuyo ejercicio simultáneo por un mismo ente instrumental encuentra sustento en la LRJSP (art. 86) para el sector público ins-

¹⁹ Una crítica a la circular conjunta puede verse en J. Tejedor Bielsa (2019), «Sobre entidades instrumentales, medios propios y el ochenta por ciento...», *Blog*, entrada de 15 de noviembre de 2019. También aluden a esta cuestión S. Díez Sastre y E. Marcos Peña (2019), en su muy interesante estudio «La reestructuración del sector público a partir de la normativa de contratación pública y disciplina presupuestaria», *Revista CEF Legal*, 223-224, págs. 75-112.

²⁰ En la nota 1 de la circular conjunta se cita la sentencia *Parking Brixen*, en la que, como sabemos, se analiza el encaje de la atribución de la gestión de un aparcamiento municipal a una sociedad mercantil local dentro de la técnica del medio propio.

titucional estatal, es perfectamente posible si se repara en la existencia de una o varias funciones públicas que, acaso atribuidas con carácter principal al ente instrumental, no puedan identificarse con una prestación contractual como es la propia de la gestión de servicios públicos, o que, si se acercan a dicha prestación, se instrumenten como transferencia real de competencias. Claro está que ello nos lleva a otra cuestión adicional, consistente en determinar si un organismo público al que se le atribuye el desarrollo de funciones públicas no contractuales puede presentar, al mismo tiempo, la característica de estar sujeto a un control del tipo que se exige para ser medio propio, pero esta es una cuestión en la que ahora no podemos profundizar.

2. EL GESTOR DIRECTO DESCENTRALIZADO DEL SERVICIO PÚBLICO LOCAL NI RECIBE LA AUTORIDAD OFICIAL NI ACTÚA CON AUTONOMÍA DECISORIA Y FINANCIERA

2.1. Consideración preliminar: la calificación de una operación, y de la relación resultante, como transferencia de competencias o como encargo a medio propio debe realizarse casuísticamente y sin ignorar el derecho comunitario. Resulta inapropiada la mera invocación de conceptos generales de derecho interno

Para iniciar este apartado conviene indicar, con carácter preliminar, que la calificación de una operación y de la relación resultante como transferencia de competencias o como encargo a medio propio debe abordarse de conformidad con el derecho comunitario —muy especialmente el derecho comunitario de la contratación pública— y con la aplicación que, del mismo, realiza el TJUE, siendo especialmente relevante desde el punto de vista de la transferencia de competencias la interpretación que realiza la sentencia Remondis. Lógicamente debe cumplirse también el derecho interno compatible con las pautas normativas de la UE, y, específicamente, la disciplina interna de la gestión directa local a través de ente instrumental, pero siempre sin perder de vista el derecho comunitario.

Por lo tanto, para afirmar la existencia de una transferencia de competencias o de un encargo a medio propio, no resulta suficiente una mera apelación a conceptos acuñados por la normativa interna de carácter general, tales como descentralización funcional o por servicios; instrumentalidad del ente que forma parte del sector público institucional; competencia, o transferencia o delegación como mecanismos de alteración subjetiva de la misma, conceptos todos ellos que, por otra parte, encierran una diversidad de realidades no unívocas que no cabe ignorar.

Dicho en términos más concretos: no es suficiente apelar a la descentralización funcional para afirmar un resultado de transferencia de competencias o de delegación subjetiva. Ciertamente, este de la descentralización funcional, es un concepto que evoca un cierto desplazamiento competencial, pero los supuestos

que pueden integrarse en el mismo no tienen porque cubrir necesariamente los requisitos que derivan de la doctrina *Remondis*. Tampoco es suficiente, aunque invita a ello, aludir al carácter instrumental del ente gestor para inclinar definitivamente la balanza hacia la existencia de control y de encargo al medio propio. Baste recordar, para aseverar esta última afirmación, que en la sentencia *Remondis* se confirma la existencia de una transferencia de competencias en favor de un consorcio, figura de la que también se predica la instrumentalidad, aunque, si se quiere, algo atenuada, como se insistirá posteriormente.

2.2. *El municipio es el titular de la competencia y conserva las potestades que son corolario de la misma, incluida la potestad de dirección y control del gestor del servicio*

En el ámbito concreto de los servicios públicos locales de carácter económico —municipales, para evitar ahora mayor dispersión—, el municipio es titular de la competencia para su prestación y ostenta las potestades asociadas a dicha titularidad²¹. Concretamente, el municipio, siempre subordinado a una previa regulación heterónoma con rango de ley:

- Asume el servicio y su prestación, como algo propio; en su caso obligatoriamente, si se trata de los denominados servicios mínimos, e incluso con titularidad exclusiva de la actividad prestacional, si se trata de un servicio esencial y reservado y decide asumirlo en régimen de monopolio.
- Reglamenta y ordena el servicio público y determina las contraprestaciones que, en su caso, satisfarán los usuarios.
- Determina el régimen y la forma y modalidad de gestión, en el contexto de un necesario análisis comparativo para concluir cuál, de entre las diversas posibles, es la forma y modalidad más sostenible y eficiente (art. 85 LBRL).
- En todo caso, ejerce potestades de dirección (esto es, potestad de dictar instrucciones y órdenes singulares) y de fiscalización y control (inspección de todo lo necesario para asegurar la buena marcha del servicio) sobre el gestor del servicio.

²¹ En la LBRL, el art. 25 se identifica como un reconocimiento de capacidad general del municipio para ser destinatario de competencias, en las materias que enumera, según determine la legislación sectorial. El art. 26 establece los servicios de prestación obligatoria, y, en tal sentido, se entiende ya atributivo de competencia. Y el art. 86 enumera los servicios esenciales reservados, respecto de los cuales el municipio, tras el correspondiente procedimiento, puede asumir la titularidad plena de la correspondiente actividad, en régimen de monopolio y, por tanto, excluyendo la concurrencia de operadores distintos del concesionario de servicio público local o de la empresa pública gestora directa.

Conviene detenerse un momento en este último aspecto, muy relevante desde el punto de vista del grado de autonomía o de sujeción a control que se predique del gestor directo instrumental. La potestad de dirección y control se ha analizado especialmente cuando el ente local la ejerce sobre la actividad del concesionario, pero es indiscutible que la ostenta también, e incluso con mayor razón y menor limitación, cuando quien gestiona el servicio es un ente instrumental del municipio²².

En ese sentido, cuando el art. 127.1 RSCL se refiere a las potestades de dirección y control de la corporación concedente indica expresamente que la misma las ostenta *como podría disponer si gestionare directamente el servicio*, con lo que se está indicando que dichas potestades también están presentes en la gestión directa, sea centralizada o descentralizada. En normas como el ROAS esta misma idea aparece con reiteración: su art. 189.2 se refiere a ello frontalmente cuando señala que *en cualquier caso, en los supuestos de prestación directa, por sí misma o mediante entes dependientes, la entidad local asumirá el servicio y ejercerá de forma exclusiva la potestad de dirección y de gestión sobre el servicio*; el art. 211, específico de la sociedad mercantil local, establece que actúa conforme al derecho mercantil, sin perjuicio, entre otras, de las materias referentes a las funciones de *dirección y vigilancia* que ejerza la entidad local sobre aquella; y el art. 229, en sede ahora de gestión indirecta, recuerda que las potestades de dirección y control no dependen de su reconocimiento en el contrato, sino que *derivan directamente de la reglamentación del servicio*, lógicamente aplicable a cualquier gestor²³.

Nótese bien que nuestra legislación interna impone que el municipio retenga todas las potestades que acaban de enunciarse y que, por tanto, el ente local no se inhiba o libere de ellas, de modo que, a mi juicio, puede afirmarse con un alto grado de seguridad que, en los supuestos de gestión directa instrumental, no se cede la autoridad oficial. Se trata de un aspecto sobre el que no se ha puesto suficiente énfasis por parte de la doctrina que se ha ocupado de este tema y que,

²² Son muy gráficas las palabras de Albi (1960), *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Madrid: Aguilar, cuando, al tratar de la empresa municipal o provincial como forma de gestión, pág. 356, indica: «En la misma encontramos una sociedad mercantil tanto en la forma como en la gestión, pero en dicha sociedad no actúa más que una voluntad exclusiva: la de la entidad municipal o provincial», aunque también reconoce, en una conjunción de ideas, que en un terreno estrictamente legal estamos ante una persona jurídica dotada de autonomía patrimonial y funcional.

²³ Este dato no ha pasado inadvertido a los autores. En tal sentido, la profesora L. López de Castro (2017), «Formas de gestión de los servicios públicos locales», en F. Velasco Caballero, (dir.), *Tratado de Derecho económico local*, Madrid: Marcial Pons, pág. 123, se refiere a las previsiones de los arts. 30 y 33 del RSCL y a la expresiva STS de 20 de junio de 1986 (RJ 1986/4743), y nos recuerda que se ha llegado incluso a negar la pertenencia de la gestión directa instrumental al ámbito de la descentralización funcional, precisamente por estar el gestor *bajo la dependencia y control público del órgano de adscripción del ente local titular del servicio público*.

en cambio, adquiere gran relevancia, como ya hemos visto, en el Documento de 2011 y en la sentencia *Remondis*. Esta última, dictada, además, a la vista ya de las directivas 2014 y de la referencia expresa a la transferencia de competencias que contienen las mismas.

2.3. *El gestor directo instrumental no recibe las potestades públicas municipales corolario de la competencia sobre el servicio, ni actúa con suficiente autonomía decisoria y financiera*

Si ponemos ahora el foco en el gestor instrumental empresarial —sea Epel local o SML—, resulta obvio que la SML no puede ejercer, de ordinario, potestades públicas²⁴ y, por lo que se refiere a la Epel, su carácter de ente público —organismo público vinculado y dependiente del ente local— sí permite que pueda ejercerlas, aunque solamente aquellas que le sean atribuidas por sus estatutos (85 bis LBRL), en los que cabe dudar que pueda cobijarse una amplia potestad reglamentaria, más allá de la *potestad reglamentaria para regular aspectos secundarios del servicio*, como prevé, para los organismos públicos estatales, el art. 89.2 LRJSP. Por otra parte, tanto la Epel como la SML, gestoras directas de servicios públicos locales, son, ellas mismas, por decisión del municipio, meros entes gestores, sin que, al margen de sus facultades de subcontratación, puedan determinar —al revés de lo que tradicionalmente se ha previsto para los consorcios— si la prestación del servicio público se realizará en forma directa o mediante externalización. En cualquier caso, como se decía anteriormente, la legislación de régimen local no permite que el municipio titular de la competencia sobre el servicio público se desprenda de las potestades corolario de la misma.

Tampoco se aprecia autonomía decisoria y financiera en el ente instrumental:

Sobre este aspecto, conviene recordar que estamos ante entes instrumentales y, si se quiere, ante el fenómeno de la descentralización funcional (esto último, incluso se pone en duda, cfr. nota 21), y que, por tanto, los conceptos de autonomía o independencia de actuación, o, por el contrario, de dependencia y sujeción a control, se afirman todos ellos simultáneamente cuando de este tipo de entes se trata. Basta observar, para aseverar este extremo, la supervisión continua que predica el art. 81.2 LRJSP para cualquier entidad dependiente o instrumental del sector público y, aunque se refieran a entes instrumentales del sector público estatal, también encontramos afirmación simultánea de aquellos conceptos en los arts. 85 (control de eficacia y supervisión continua); 88 (definición de organismo público); 103 (definición de Epel) y 111 (sociedad estatal, cuya primera nota definitoria es, precisamente, la sujeción a control), todos ellos de la LRJSP.

Con ello no quiero decir que, por existir cualquier tipo de control o influencia, debamos descartar ya la transferencia de competencias, igual que tampoco

²⁴ Extensamente, cfr. Amoedo-Souto y Domínguez Cutrín (2019: 419 y siguientes).

podemos descartar que estemos ante un encargo a medio propio por el hecho de que, al ser este último un ente instrumental, se predique genéricamente del mismo la independencia o autonomía de gestión. En consecuencia, debo insistir nuevamente en que para calificar un supuesto dentro de una técnica u otra no valen meras invocaciones teóricas a categorías preestablecidas, sino que hay que atender también a la realidad de las cosas, o, si se quiere, al grado de autonomía o de sujeción a control que se observe en el supuesto concreto de que se trate.

Por lo que se refiere a la *autonomía decisoria* exigida para la transferencia de competencias, hemos de volver a la sentencia *Remondis* para recordar que se exige, en sentido positivo, el ejercicio de la función pública con autonomía e independencia «plenas» y bajo la propia responsabilidad, y, en sentido negativo, la ausencia de interferencias, por parte de la entidad cedente, en la ejecución de la función transferida. Se admite, es verdad, un cierto grado de influencia, que, por pura lógica, no puede destruir las exigencias que acaban de mencionarse, pero la influencia se constriñe cuando se ponen ejemplos concretos, a «ciertos» derechos de supervisión y a «ciertos» derechos de información, y se aborda de manera extraordinariamente cauta cuando se trata de la que se ejerce a través de la representación del ente originariamente competente en los máximos órganos de decisión del ente eventualmente cesionario. Así, se indica que el control admitido en tal caso es más bien un control de tipo político, limitado a cuestiones de tipo institucional (nombramientos, modificaciones estatutarias) o al cumplimiento de las leyes (refiriéndose al Código municipal de Baja Sajonia). El abogado general, en observación que comparte la Sentencia *Remondis*, indica que se está más ante un tipo de control político que ante el «ejercicio de una influencia en los objetivos estratégicos o en las decisiones importantes del Consorcio en el desempeño de las funciones de servicio público de su competencia», siendo este último tipo de influencia el que se ejerce, precisamente, sobre el medio propio. Parece, pues, indicarse que el control admitido para calificar una operación como de transferencia de competencias es un control más difuso que el que se exige para la calificación como medio propio.

Por ello, me cuesta entender que M. Vilalta pueda admitir con naturalidad la existencia de una transferencia de competencias al tiempo que afirma que las facultades de intervención del ente local en el máximo órgano del ente gestor directo «deberían permitirle también influir en la toma de decisiones estratégicas y más importantes», y que, en la Resolución 113/2018 antes citada se indique, también con naturalidad —fundamento quinto—, que la aplicación en los supuestos de reinternalización de servicios a través de una Epel de los requisitos establecidos para los encargos a medios propios «puede llegar a ser baladí, ya que concurre la dependencia de la nueva entidad respecto de la Administración que la crea, y, además, su finalidad es acotada al servicio público» objeto de la reinternalización. Esto es, si no he entendido mal, dicha resolución afirma que, desde el punto de vista del gestor instrumental, existe dependencia del ente local y actividad predominante o exclusivamente para este último —precisamente aquello que

caracteriza al medio propio— y, al mismo tiempo, que estamos ante un supuesto de transferencia de competencias.

Creo que esta supuesta compatibilidad de un control general o análogo al que se ejerce sobre los propios servicios y la figura de la transferencia de competencias merecerá ser objeto de mayor atención en el futuro. Junto a todo ello, la existencia de las potestades de dirección y de fiscalización de las que, como hemos visto, no se desprende el municipio, conduce a serias reservas sobre la existencia de una autonomía decisoria como la que exige la sentencia *Remondis*.

En cuanto a la necesaria *autonomía financiera*, recordemos que, en *Remondis*, era el cesionario de competencias quien, en base a la autoridad oficial que le había sido transferida y a su fisonomía autónoma, reglamentaba el servicio y fijaba y recaudaba las tarifas derivadas de su prestación.

En el supuesto de gestión directa de servicio público local mediante ente instrumental en forma privada o empresarial (Epel o SML), el gestor directo presta el servicio (actividad propia de una prestación contractual típica) y recibe, por ello, una compensación económica (que no debe verse como parte del objeto y causa de un contrato sinalagmático), bien procedente del ente local que atribuye la gestión, bien procedente de los usuarios del servicio con los que se relaciona el ente instrumental al serle atribuida la misma (medio de compensación este último no incompatible con la técnica del medio propio). Ahora bien, en cualquiera de ambos escenarios de compensación económica existe una dependencia evidente del gestor directo instrumental respecto del ente local competente, pues es este último, como ya sabemos, quien ostenta la potestad reglamentaria y la tarifaria. Es el ente local competente quien ordena y fija las tarifas a percibir, tarifas estas que, en la actualidad, tanto para el contratista como para los gestores directos en forma privada, tipo Epel o SML, se califican de prestaciones patrimoniales de carácter público y se regulan a través de la correspondiente ordenanza municipal (art 20.6 TRLHL, tras su modificación por la LCSP 2017).

VI. LA ATRIBUCIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO LOCAL A ENTES PÚBLICOS ASOCIATIVOS Y OTRAS OPERACIONES COMPLEJAS

Junto a las atribuciones de gestión de estructura simple —un ente territorial matriz originariamente competente y un ente instrumental gestor— que centra la atención preferente de este trabajo, aparecen estructuras complejas y multilaterales, a las que conviene hacer referencia. A nuestros efectos, serían estructuras complejas aquellas que, de un modo u otro, involucran a varios entes territoriales competentes y, por ende, a varios servicios públicos y a ámbitos territoriales diversos.

Se comprende enseguida que, en tales supuestos, existe una mayor potencialidad de restricción del mercado de contratación pública y del ámbito de las

licitaciones periódicas de la prestación de servicios públicos locales. Ningún inconveniente hay, desde el punto de vista de la apelación a las facultades de autoorganización y a la no obligatoriedad de externalización, para la admisión de tal restricción bajo técnicas lícitas y variadas. Ahora bien, también es cierto que, en ocasiones, tales técnicas se emplean inadecuadamente, sea o no de forma consciente, con un resultado restrictivo del mercado carente de licitud. En este sentido, un empleo meramente nominal de la técnica de la transferencia de competencias puede estar detrás de una vulneración de los requisitos legales de la cooperación horizontal y vertical, cuando no directamente de los requisitos de adjudicación de los contratos públicos.

El supuesto clásico de estructura compleja lo constituye la prestación de servicios públicos mediante entes asociativos, sea en forma pública, como las mancomunidades y los consorcios, o privada, como las sociedades participadas íntegramente por varios entes locales. Centrándonos ahora en el consorcio —el predominantemente local— nos encontramos ante un ente público asociativo, para la prestación agrupada de los servicios públicos de competencia originaria de los entes públicos consorciados, que, ciertamente, reúne unas características que permiten un mayor acercamiento a la figura del cesionario de competencias locales.

Así, desde la perspectiva del derecho nacional, tras haberse negado su carácter de ente local, el consorcio no ha perdido su naturaleza asociativa por el hecho de haberse acentuado su instrumentalidad y dependencia respecto del ente público al que necesariamente debe estar hoy adscrito. En la LRJSP el consorcio no aparece mencionado dentro de la categoría de los organismos públicos vinculados o dependientes, sino que merece mención aparte. El control al que se somete el consorcio, como todo ente instrumental, tiende a difuminarse o a hacerse menos evidente por su carácter colectivo. Aunque todo se debate en torno al consorcio, se ha afirmado tradicionalmente que no estamos ante una forma de gestión, precisamente porque es el propio consorcio quien, una vez se le atribuye su misión, determina la forma de gestión del servicio que le ha sido atribuido (art. 110.5 TRRL), razón por la cual, sin perjuicio de su íntima conexión con el desarrollo de actividades y servicios públicos locales, no aparece mencionado en el listado de las formas de gestión, directa e indirecta, que contiene la legislación de régimen local²⁵. Por lo demás, las peculiaridades del funcionamiento y régimen jurídico

²⁵ Como indica Sosa Wagner (2008), los consorcios no pueden ser una simple forma de gestión si ellos mismos pueden utilizar las formas de gestión. El mismo autor cita el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, de 5 de marzo de 2001, que, en esta misma línea, indica que «cada ayuntamiento consorciado, mientras que lo esté, ya no puede decidir directamente sobre la gestión del servicio, ya que éste corresponde al consorcio ni, por tanto, adjudicarlo directamente a la sociedad gestora del servicio constituida por el consorcio y de capital a él perteneciente en su totalidad, supuesto en el que no existe contrato de gestión de servicio público ni por ello adjudicación directa alguna». Para M. Sánchez Morón (2017), *Derecho Administrativo. Parte General*,

del consorcio quedan, en gran parte, remitidas a las previsiones de sus estatutos, en cuyo contenido se perfilan las potestades públicas que puede ejercer, como ente público asociativo que es, admitiéndose tradicionalmente —aunque hoy pueda resultar discutible— la potestad reglamentaria y la tributaria o tarifaria.

Desde luego, lo que queda fuera de toda duda es que si, con estos mimbres, puede acabar alumbrándose —como lo permitía el derecho alemán— un supuesto como el del consorcio contemplado en la sentencia *Remondis*, podríamos estar ante una transferencia de competencias real, y así se confirmaba en dicha sentencia. Ahora bien, como se viene advirtiendo, tampoco en este punto caben meras invocaciones genéricas a la naturaleza del consorcio, ya que la experiencia comunitaria también nos demuestra que existen casos de entidades asociativas destinatarias de encargos a medio propio y contratos públicos²⁶.

Como supuesto de cooperación vertical entre un conjunto de entidades locales y una asociación constituida por ellas, podemos citar el caso que resolvió la Sentencia TJUE, de 13 de noviembre de 2008 (C324/07), asunto *Coditel*: en ella, a pesar de mediar una asociación intermunicipal dotada de personalidad jurídica, una mancomunidad, se confirmó la atribución a esta por parte de sus miembros asociados de un encargo directo de una concesión de servicio público para la gestión de una red municipal de teledistribución. Supuesto, pues, de cooperación

Madrid: Tecnos, pág. 809, los consorcios son «*otras formas de gestión mediante entidad pública, aunque no dependiente de la administración titular*», como también sucede con las mancomunidades. De modo que, se considere o no que estamos ante una forma de gestión, la prestación del servicio atribuida al consorcio reviste características peculiares que no aparecen en la gestión directa atribuida a una Epel o a una SML.

²⁶ En principio, los consorcios, aunque presentan rasgos de horizontalidad en el acuerdo que los alumbraba, no son una manifestación de la denominada cooperación horizontal mediante convenio, precisamente porque se trataría de un convenio que daría lugar a una nueva persona jurídica (resultado institucionalizado) y, con ello, se superaría dicha técnica. Esto no supone negar el origen cooperativo del que deriva voluntariamente el consorcio, ni que, por la misma razón, no quepa encuadrar al consorcio, llegado el caso, como supuesto de transferencia de competencias horizontal, como resaltó el abogado general en el caso *Remondis*. Tampoco se pueden descartar supuestos de consorcios que traben, como entes competentes, relaciones de cooperación horizontal con otros entes igualmente competentes, incluso con uno o varios de los entes consorciados para el desarrollo de determinadas tareas. El supuesto clásico de cooperación horizontal, sin ignorar el más reciente citado al principio de este trabajo, es el que dio lugar a la Sentencia TJUE, de fecha 9 de junio de 2009 (480/06), que resolvió el denominado caso *Hamburgo*: se trataba de la articulación de una cooperación entre varios entes públicos cooperantes —confirmada judicialmente como tal— para la gestión en común de los respectivos servicios de residuos, sin dar lugar a una nueva persona jurídica fruto de la cooperación ni a ninguna transferencia de competencias —que retenían los cooperantes— y esto sin perjuicio de que se reconociera que cada cooperante, para la realización de aquello que le correspondía dentro de la tarea puesta en común, pudiera acudir a la técnica del medio propio o a la externalización.

vertical con medio propio de control conjunto, a pesar de que se observaron algunos rasgos de autonomía en la actuación del consejo rector de la asociación.

Como supuestos de contratos públicos adjudicados a entes asociativos por parte de sus entes miembros, encontramos casos como los contemplados en las Sentencias TJUE de 18 de noviembre de 1999 (C107/98), asunto *Teckal* y de 13 de junio de 2013 (C386/11, asunto *Piepenbrock*. En la conocida sentencia *Teckal* se confirma la existencia de un contrato público de suministro de productos y de prestación de servicios adjudicado a una mancomunidad que no cumplía con los requisitos de control análogo que exigió y perfiló dicha sentencia como necesarios para la existencia de encargo a medio propio. En la sentencia *Piepenbrock*, a pesar del empleo del término delegación y al no concurrir los requisitos posteriormente enfatizados por la sentencia *Remondis*, se confirmó la existencia de la adjudicación al ente asociativo de un contrato de servicios para la limpieza de los edificios de uno de los entes asociados. Tanto en *Teckal* como en *Piepenbrock* la prestación atribuida al ente asociativo estaba alejada de la propia de una gestión de servicio público en sentido estricto, de modo que difícilmente hubiese encajado en la técnica de la transferencia de competencias.

Por lo tanto, y a la vista de casos como *Coditel*, *Teckal* y *Piepenbrock*, cabe insistir nuevamente en que habrá que estar al análisis de cada caso en concreto para poder determinar si estamos o no ante una transferencia real de competencias, y ello incluso en el supuesto de atribución de tareas a los entes públicos asociativos, que son más propensos a ser cesionarios de una transferencia de tal tipo. Si tal transferencia no se da y se observa el desarrollo de una actividad susceptible de ser contratada, estaremos en el terreno de la cooperación vertical o en el de los contratos públicos no excluidos.

Por lo demás, la interposición de un consorcio entre los entes consorciados y las empresas públicas constituidas por el consorcio nos arroja líneas adicionales de reflexión sobre el tema que venimos analizando.

En los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, el rol del consorcio se acerca al de un ente público destinatario de una transferencia de competencias. Recuérdese, a tal efecto, el informe de 2001 que citaba en su obra Sosa Wagner. Posteriormente, ya en el contexto de la LCSP 2007, el Informe 10/10, de 23 de julio de 2010, se detiene sobre la atribución de la gestión del servicio público municipal de recogida de residuos a un consorcio, si bien se indica que, en la consulta formulada, no se deja claro si la atribución lo es al consorcio o a una empresa pública del mismo. En el plano de las relaciones consorcio-entes consorciados se subraya que, una vez constituido el consorcio e integrados en el mismo los entes consorciados al amparo del diseño legal de esta figura, el consorcio desarrolla su misión en virtud de la atribución al mismo de las competencias municipales, sin que, en tal caso, resulte necesario un negocio jurídico específico de atribución. En el plano consorcio-empresa pública del consorcio no se duda sobre el carácter de la última como medio propio del consorcio (en relación, pues, de cooperación vertical). Y en el plano de la relación entes con-

sorciados-medio propio del consorcio, se indica que para que el medio propio lo sea también de los entes consorciados deberían cumplirse las exigencias que establece al respecto la LCSP, en especial la exigencia de control análogo por parte de aquellos, extremo que no concurre en el supuesto contemplado, precisamente por la interposición del consorcio destinatario de las competencias municipales.

En la Sentencia 114/2020, de 4 de marzo de 2020, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se anula la resolución 75/2017, de 4 de julio de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón, dictada tras la interposición de un recurso especial en materia de contratación contra una decisión del pleno del Ayuntamiento de Huesca que aprobó la encomienda de gestión de su servicio de limpieza viaria a un consorcio del que dicho ayuntamiento forma parte, a través de una empresa pública medio propio del consorcio en cuestión. Para la Sala, la relación entre el Ayuntamiento de Huesca y el consorcio es de cooperación horizontal. No se plantea en el litigio si dicha relación podía incardinarse dentro de la técnica de la transferencia de competencias. Ahora bien, una vez reconocido, eso sí, que el consorcio ostentaba competencias para gestionar el servicio de limpieza viaria, la Sala no duda al afirmar que la relación que se establece entre el consorcio y su empresa pública para desarrollar dicha gestión es la propia de una relación de cooperación vertical.

Resulta pertinente extraer algunas conclusiones de lo expuesto en las líneas anteriores. En primer lugar, como se viene repitiendo, no basta una mera invocación formal —en este caso de la especial naturaleza del consorcio— para entender producida una transferencia de competencias cuando un ente local atribuye la gestión de un servicio público a un ente instrumental, puesto que, para ello, deben concurrir los requisitos señalados en la sentencia *Remondis*, y, entre ellos, la transferencia de la autoridad oficial sobre el servicio público en cuestión. En segundo lugar, cuando no hay transferencia de competencias real en el sentido *Remondis*, lo procedente es girar la vista con naturalidad hacia el encargo a medio propio o, incluso, hacia un contrato público no excluido si tampoco concurren los requisitos exigidos para la técnica de la cooperación vertical. En tercer y último lugar que, ya dentro del ámbito temporal de la LCSP 2007 y sin perjuicio de la previsión de su art. 8.2, la gestión directa a través de ente instrumental ha encontrado su encaje más común y admitido en la figura del encargo a medio propio. Así pues, gestión directa descentralizada no es asimilable, sin más, a la transferencia de competencias.

Ante la evidencia de que la sola interposición de un consorcio, y menos aún la de un simple convenio entre entes locales, no puede producir el efecto de transformar en medio propio del ente consorciado o de una de las partes del convenio, a un ente instrumental que, legalmente, solo puede serlo del consorcio o de otra parte del convenio, y con el propósito de evitar una eventual declaración de ilegalidad del encargo realizado, en ese escenario, a dicho ente instrumental, se ha tratado de apelar a otras técnicas, cuyos requisitos legales tampoco se cumplen,

como es el caso de la cooperación horizontal. Negada también la existencia de esta última, cabe razonablemente prever que se pretenda presentar como transferencia de competencias supuestos en los que no concurren los requisitos Remondis.

Una muestra de lo primero lo encontramos en el supuesto contemplado en el Dictamen 29/2020, de 30 de enero, de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya (caso *Calaf-Manresa*). En junio de 2011 se había celebrado un convenio de cooperación intermunicipal con la finalidad de que el servicio público del ciclo integral del agua del municipio de Calaf se gestionase a través de la sociedad pública local del Ayuntamiento de Manresa, esto es por Aguas de Manresa, SA. La relación jurídica entre el Ayuntamiento de Calaf y esta última se articuló a través de un contrato programa suscrito por ambas entidades en 2013. En 2017, el Ayuntamiento de Calaf inició un procedimiento de revisión de oficio de los acuerdos por los que se había aprobado el convenio y el contrato programa invocando su nulidad de pleno derecho por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, tanto en la legislación de régimen local como en la de contratación pública. El asunto se sometió, como es preceptivo, a dictamen de la Comisión Jurídica Asesora y ésta, en el marco del TRLCSP de 2011, pero teniendo ya en cuenta las directivas de 2014 y la LCSP de 2017, informó favorablemente la procedencia de la revisión de oficio. A los efectos que ahora nos interesan, la Comisión Jurídica Asesora constató que Aguas de Manresa era medio propio (no cesionario de competencias) del ayuntamiento de Manresa y que Aguas de Manresa, a pesar de lo que indicaban sus estatutos al respecto, no podía ser medio propio de otros ayuntamientos, salvo que se estuviera en un supuesto de control conjunto, extremo que tampoco se acreditaba. Finalmente, y ante el desplazamiento de los argumentos de defensa de la operación hacia el terreno de la cooperación horizontal entre municipios con utilización del medio propio de uno de ellos, la Comisión Jurídica Asesora negó también la existencia de un escenario de tal tipo:

En este caso, resulta evidente que no se cumplen estos requisitos. El convenio de cooperación entre los dos ayuntamientos no pretende satisfacer un servicio común de los dos municipios, sino que tiene por objeto que una entidad privada que es medio propio del Ayuntamiento de Manresa preste un servicio al Ayuntamiento de Calaf, favoreciendo a este prestador privado respecto de sus eventuales competidores. Por otra parte, las cláusulas del contrato programa [...] así como la documentación aportada por la mercantil respecto de la deuda del Ayuntamiento de Calaf ponen de relieve la naturaleza contractual de la relación establecida, y se desmiente la naturaleza cooperativa real y efectiva del negocio jurídico suscrito. Por tanto, no se dan en este caso los requisitos previstos en el artículo 4.1.c) de la LCSP de 2007 y del TRLCSP para justificar la exclusión de la normativa de contratación pública.

La sociedad Aguas de Manresa —la tomamos ahora, y visto el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, como ejemplo de las reflexiones que se vienen realizando en este trabajo, sin intentar ofrecer juicios de licitud o ilicitud— presta

el servicio público del ciclo integral del agua, además de para Manresa, como medio propio que es del Ayuntamiento de dicha población, para otros muchos entes locales. Resulta curioso que la cobertura de este último fenómeno se ha querido encontrar, sucesivamente, en técnicas distintas y hasta presuntamente complementarias. Hemos visto que tanto la técnica de convenio de colaboración intermunicipal para utilizar Aguas de Manresa como medio propio de otros municipios y la de cooperación horizontal se ha encontrado con el rechazo de la Comisión Jurídica Asesora. Pero es el caso que Aguas de Manresa presta también estos servicios extramuros de Manresa a través de su configuración remozada como medio propio de control conjunto y a través de su inserción en el que podemos denominar sistema Congiac-Giaca.

En cuanto a su configuración como medio propio de control conjunto, podemos ver noticias de prensa, de marzo de 2020, según las cuales el Ayuntamiento de Manresa, a pesar de detentar el 99% del capital social de Aguas de Manresa (el 1% restante estaría en mano de otros entes locales en los que aquella presta servicio) limitará su derecho de voto a un máximo del 50% y, al mismo tiempo, se compromete a que las decisiones más importantes de Aguas de Manresa deban adoptarse con el voto favorable de dos tercios del total a emitir. Todo ello tras la emisión del Informe 5/2019, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, solicitado por el propio Ayuntamiento de Manresa, en el que se dudaba de que, en las circunstancias existentes en el momento de dicha emisión, pudiera hablarse de un verdadero control conjunto. Cuando se implementen las modificaciones tendentes a poder afirmar este tipo de control será el momento de opinar sobre si se ha podido cumplir el objetivo deseado. Nótese que, en todo caso, Aguas de Manresa no deja de autocalificarse como medio propio, pues tal es la calificación que corresponde también al medio propio de control conjunto.

Por lo que se refiere a la integración de Aguas de Manresa en el sistema Congiac-Giaca (en abreviatura), la situación es más compleja. Congiac es un consorcio de entes locales —entre ellos el ayuntamiento de Manresa— para la prestación de servicios públicos en el ámbito del ciclo del agua, que se ha calificado como medio propio de los entes consorciados y Giaca es una mercantil cuyo capital social se reparte entre el Congiac y distintas sociedades públicas locales, medios propios de diversos ayuntamientos fundadores de Congiac, entre ellas Aguas de Manresa. Giaca también se proclama como medio propio de los ayuntamientos que paulatinamente, distintos de los fundadores y normalmente de menor población, se van adhiriendo al Congiac²⁷. En un primer momento,

²⁷ Sin embargo, la Sentencia 257/2019, de 8 de noviembre de 2019, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 4 de Barcelona, ha anulado los acuerdos del Ayuntamiento de Olost por los que se atribuía directamente a Giaca la ejecución de determinadas obras, al entender dicha sentencia que esta mercantil no puede considerarse medio propio de aquel ayuntamiento ni de los demás ayuntamientos consorciados en Congiac.

los ayuntamientos consorciados canalizaban directamente encargos hacia Giacsa, si bien, en una fase más reciente, se observa la migración hacia una delegación de competencias de los ayuntamientos consorciados al consorcio para que sea este último quien realice encargos a su medio propio Giacsa. El caso es que, tanto en uno como en otro escenario, la prestación material del servicio acaba realizándose, en función de criterios de reparto que desconozco, por parte de las sociedades mercantiles locales de los ayuntamientos fundadores, también, pues, por Aguas de Manresa en caso de que el reparto le favorezca.

No se trata ahora de profundizar en la gestión, a buen seguro encomiable, de Aguas de Manresa, ni en la calificación jurídica de cada uno de los títulos de gestión genéricamente descritos. Voces más autorizadas y trabajos posteriores podrán ahondar en este o en supuestos parecidos. Pero lo que parece evidente es que cuanto se acaba de exponer constituye un buen ejemplo de lo que se anunciaba en líneas anteriores: la apelación a distintas técnicas, incluida una creciente llamada a la transferencia de competencias, que produce como resultado una restricción del mercado de la contratación pública en el ámbito de los servicios públicos locales, restricción que solo puede estar sustentada mediante una debida aplicación del derecho rector de tal contratación.

La jurisprudencia y, quizá, el legislador básico, irán poniendo cada cosa en su lugar.

De momento, propongo desterrar la tendencia a identificar, sin más, gestión directa descentralizada de servicios públicos locales con transferencia de competencias no concernida por la LCSP de 2017.