Saturday, 21 July de 2018

La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta

¿Una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos?

ANTONIO EZQUERRA HUERVA

El art. 85 LRBRL dispone que la prestación directa de servicios locales podrá llevarse a cabo a través de las formas siguientes: a) gestión por la propia Entidad Local, b) organismo autónomo local, c) entidad pública empresarial local, y d) sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Desde la perspectiva del Derecho de la contratación del sector público, la gestión directa por la propia Entidad local no plantea interrogantes ni debe ser vista con prevención alguna. Después de todo, a efectos contractuales, el ente local tiene la consideración de Administración pública, de modo que en su actividad contractual opera con sometimiento a la LCSP en su máxima intensidad.

No puede decirse lo mismo, sin embargo, en relación con la gestión directa de los servicios locales a través de organismos públicos, entidades públicas empresariales locales y sociedades mercantiles de capital local. Por el contrario, desde el punto de vista del Derecho de los contratos del sector público, la gestión directa de los servicios locales por parte de dichas personificaciones interpuestas plantea, entre otros, un interrogante clave, a saber: si la asignación de la gestión de los servicios a las mismas deber respetar la legislación de contratos públicos, en particular, en lo que concierne a las exigencias establecidas para los encargos a los medios propios o *in house providing*.

Son al menos dos las circunstancias que concurren en relación con la prestación de servicios mediante dichas personificaciones interpuestas que conducen a plantearse dicha cuestión. Por un lado, y a mi modo de ver de manera principal, hay que tener en cuenta que en todos los casos opera una adjudicación directa de la gestión del servicio a una persona o instancia interpuesta sin haberse celebrado procedimiento alguno de selección, licitación o adjudicación. Es decir, tanto en el caso de prestación a través de organismo autónomo como de EPEL o de sociedad mercantil de capital local se excepcionan los principios de igualdad de trato, no discriminación y libre competencia; principios éstos que como bien se sabe han presidido en todo momento el Derecho de la Unión Europea -recogidos actualmente en los arts. 18, 49, 56 y 106 TFUE- y que por supuesto presiden el régimen jurídico europeo de la contratación del sector público -arts. 3 de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014; y 18 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Y por otro lado, y en relación específicamente con las EPELs y las sociedades mercantiles de capital público -no así por lo que se refiere a los organismos autónomos- no hay que olvidar que ambas modalidades de personas jurídicas actúan, al menos parcialmente, con sujeción al Derecho privado. En concreto, y en lo que atañe a la contratación, de conformidad con el art. 3.3.d) LCSP merecen la consideración de poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administración pública (PANAP), por lo que su sujeción a la propia LCSP es de grado intermedio, en los términos que derivan del Título I del Libro Tercero de la LCSP, arts. 316 a 320. Su sometimiento a la LCSP es, en definitiva, de intensidad inferior a la de las Administraciones públicas pero superior a la de los entes del sector público que no son poderes adjudicadores, cuyo régimen de contratación aparece diseñado en el Título II del mismo Libro Tercero LCSP, esto es, en los arts. 321 y 322.

No debe caber duda de que la elección de la concreta forma de gestión directa de los servicios locales forma parte de la potestad organizativa de cada administración local; potestad que por supuesto no es susceptible de ser ejercida de manera libérrima, sino siempre dentro del marco y de las condiciones definidas en el propio art. 85 LRBRL. Es decir, la libertad de opción que parece reconocerse al ente local queda supeditada, en esencia, a la demostración por parte del propio Ente local de que la gestión directa resulta más sostenible y eficiente que la gestión indirecta y, a su vez, que la gestión directa mediante EPEL o sociedad mercantil resulta más sostenible y eficiente que la gestión directa por la propia Administración o a través de un organismo autónomo.

En el escenario descrito, y por las razones que han quedado apuntadas, se plantea el interrogante acerca de si la indicada potestad de organización concerniente a la elección de la forma de gestión directa con arreglo al art. 85 LRBRL se desenvuelve al margen de la legislación de contratos del sector público o, por el contrario, ha de acomodarse a los designios de la misma. En los términos que ya he anticipado, la principal duda que se plantea es si, en la medida en que la asignación de la gestión del servicio local a un organismo autónomo, a una EPEL o a una empresa pública se lleva a cabo sin concurrencia competitiva, ha de ajustarse al régimen jurídico de los encargos a medios propios o *in house providing*.

La cuestión planteada reviste a mi juicio un indudable interés sobre todo en tiempos como los de ahora, en que tanto en el entorno internacional como en el contexto español soplan con fuerza los vientos de la llamada remunicipalización de servicios, concepto éste con el que se hace referencia a la asunción de la gestión directa de servicios por parte de no pocos Municipios. Se da la circunstancia, bastante generalizada, de que dicha recuperación de la gestión directa acostumbra a concretarse en la creación de EPELs y, aunque en menor medida, en la constitución de sociedades mercantiles de capital íntegramente local, con lo que ello supone de prestación de servicios a través de una persona interpuesta -sin perjuicio de que se considere una forma de gestión directa- seleccionada de espaldas a los principios de libre igualdad de trato, no discriminación y libre concurrencia que presiden el derecho de la contratación del sector público.

En mi opinión, el interrogante que acaba de quedar planteado aparece resuelto en la vigente LCSP de forma tácita pero no por ello menos clara, en sentido afirmativo a la exigencia de cumplir con los requisitos de los encargos a los medios propios. Son dos los aspectos de la vigente Ley que conducen a dicha conclusión.

- Por un lado, conviene subrayar que, salvo error por mi parte, la LCSP no recoge ninguna previsión normativa en el sentido de la que lucía en el art. 8.2 del TRLCSP, ya derogado. Dicho precepto, cuyo objeto era definir el contrato de gestión de servicios públicos, establecía literalmente lo siguiente: "*Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato 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*".

En esta previsión normativa subyacía, en definitiva, la consideración legal de que la opción de las Administraciones públicas por la gestión directa de sus servicios a través de una personificación interpuesta formaba parte exclusivamente de su potestad de organización, la cual se desarrollaba en este punto al margen de la legislación de contratos del sector público. Así las cosas, era innecesario que la Administración tuviese que justificar la no apertura de la atribución de la gestión del servicio a concurrencia competitiva y, del mismo modo, no resultaba de aplicación las condiciones legales de los encargos a medios propios.

La vigente LCSP no ha recogido ninguna previsión similar en relación con el contrato de concesión de servicios lo que conduce a pensar que, sin negar que la elección de la gestión directa como forma de gestión de sus servicios integra la potestad organizativa de la Administración, cuando la gestión se realice mediante la creación de un organismo autónomo, una EPE o una sociedad mercantil de capital íntegramente público es preciso dar cumplimiento a los requerimientos jurídicos de los encargos a los medios propios.

- Por otro lado, el sometimiento de la prestación de los servicios locales a través de personificaciones interpuestas deriva, en mi opinión de manera particularmente clara, del párrafo segundo del art. 32.7.b)

LCSP. Como bien se sabe, el muy extenso y laberíntico art. 32 LCSP regula los "encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados". En su primer párrafo, el apartado 7.b) del aludido precepto dispone que "*el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo*". Y en su párrafo segundo establece textualmente lo siguiente: "*[n]o será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les 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*".

Una elemental interpretación *a contrario sensu* de la disposición transcrita conduce a la conclusión de que la gestión directa de servicios públicos a través de persona jurídica interpuesta debe respetar el régimen de los encargos a medios propios o *in house providing*, excepto en el concreto aspecto del porcentaje del encargo que el medio propio de que se trate pueda contratar con terceros.

Creo, por otro lado, que el indicado planteamiento en el sentido de que la gestión de servicios locales a través de personificaciones interpuestas requiere de la formalización del correspondiente encargo a medio propio viene impuesto por el Derecho de la Unión Europea, tal como se ha ocupado de afirmar la jurisprudencia del TJUE.

Al respecto, es menester parar mientes en la muy comentada STJUE de 13 de octubre de 2005 (asunto C-458/03, *Parking Brixen GmbH y Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*). En aras a la brevedad, y para evitar una transcripción excesiva de los Fundamentos de la aludida STJUE, sirva traer tan sólo los muy significativos y concluyentes apartados 51, 52, 61 y 62

"51. Además, el artículo 86 CE, apartado 1, establece que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 CE y 81 CE a 89 CE, ambos inclusive.

52. De lo anterior se desprende que **los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación**, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 CE o 49 CE, o vulnera los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

.../...

61. No obstante, debe señalarse que dichas consideraciones pueden trasponerse a las disposiciones del Tratado y principios relativos a las concesiones de servicios públicos excluidas del ámbito de aplicación de las directivas sobre contratación pública. En efecto, **en el ámbito de la contratación pública y de las concesiones de servicios públicos**, el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y los artículos 43 CE y 49 CE, son aplicables en el **supuesto de que una autoridad pública encomiende la prestación de actividades económicas a un tercero**. En cambio, no procederá aplicar las normas comunitarias en materia de contratación pública o de concesiones de servicios públicos en caso de que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin recurrir a entidades externas (véase en este sentido la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 48).

62. Por consiguiente, en el ámbito de las concesiones de servicios públicos estará excluida la aplicación de lo dispuesto en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como de los principios generales cuya expresión específica constituyen dichos artículos, en el supuesto de que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad a que pertenece".

La STJUE parece taxativa, por tanto, en el sentido de que las Administraciones públicas únicamente pueden asignar directamente la gestión de los servicios de su competencia a personificaciones interpuestas cuando éstas tengan la condición de medio propio y con sujeción a las exigencias jurídicas de los encargos *in house providing*. Debe destacarse, por otro lado, que dicha consideración del Tribunal Europeo se sustenta directamente en el Derecho comunitario originario, por lo que su alcance es absoluto, más allá de las previsiones de las propias Directivas sobre contratación y de la transposición que de las mismas puedan hacer los Estados miembros en sus respectivas legislaciones internas.

Finalmente, no está de más observar que la exigencia de que la gestión de servicios locales mediante organismo autónomo, EPEL o sociedad mercantil de titularidad pública se sujete al marco de los encargos a medios propios resulta plenamente coherente o lógica. Y es que, de no ser así se estaría abriendo la puerta a una tan intensa como manifiesta relajación del régimen de contratación o, dicho de otra manera, una palmaria huida del Derecho de la contratación del sector público en la materia. En efecto, se estaría reconociendo a favor de los entes locales, un poderoso cauce para eludir el corsé del Derecho de la contratación pública mediante el simple expediente de crear un ente interpuesto al que asignarle la prestación directa de sus servicios.

Por poner tan solo algún ejemplo especialmente significativo, el organismo autónomo, la EPEL y la sociedad mercantil constituidas podrían: *a)* con la excepción de los organismos autónomos, que tienen la consideración de Administración a efectos de contratación, podrían contratar con terceros como cualquier poder adjudicador que no sea Administración Pública (arts. 316 y ss LCSP); *b)* concurrir a los procedimientos de licitación de la propia Administración local matriz, cosa que no pueden hacer los medios propios; o *c)* prestar para la Administración local matriz menos del 80 por 100 de su actividad, límite éste que resulta infranqueable para los medios propios.

En definitiva, a mi juicio cabe concluir que la elección de la forma de gestión de los servicios de su competencia por parte de los Municipios es sin duda una manifestación de su potestad de organizativa. Ahora bien, dicha potestad de autoorganización no desplaza ni anula la vigencia y el deber jurídico de cumplir con la normativa sobre contratación pública, según la cual, para que la Administración pueda encargar el objeto propio de un contrato a un tercero, dicho tercero ha de tener la consideración de medio propio en los términos que en la actualidad derivan del art. 32 LCSP.

Sirva, en fin, esta breve contribución acerca de una cuestión que está viva y de plena actualidad, sobre todo, como señalaba en párrafos anteriores, al hilo del fenómeno de la remunicipalización de servicios, que tan rico debate está generando en los últimos años y seguramente seguirá ocasionando en los venideros inmediatos. Un debate en el que, a la luz de cuanto acabo de exponer, se van a ver necesariamente implicados los diversos Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, dada la ampliación legal expresa del objeto de dichos recursos a "la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales" [art. 44.2.e) LCSP].

En efecto, la nueva articulación del recurso especial en materia de contratos incorpora a los conflictos sobre reinternalización de servicios locales una dimensión adicional a la conocida hasta ahora. En concreto, se abre de par en par la puerta a impugnar las decisiones reinternalizadoras a través del recurso especial, en caso de que la gestión del servicio se asigne a una personificación interpuesta (organismo autónomo, EPEL o sociedad mercantil de capital local) sin cumplir con el régimen jurídico de los encargos a medios propios. Impugnación ante los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales que por supuesto implica que la resolución remunicipalizadora sea objeto de una primera fiscalización con arreglo a los parámetros de dicho recurso

especial. No es procedente que me demore en la explicación de los parámetros en cuestión, cuyo examen es ajeno al objeto de estas líneas. Ello no obstante, estimo oportuno apuntar tan solo un interrogante que a mi juicio se suscita al hilo de la nueva regulación. Me refiero a la cuestión de si la interposición del recurso especial tiene o no efectos suspensivos automáticos cuando el mismo tiene por objeto un encargo a medio propio. Bien es cierto que la letra de la LCSP sólo vincula dicho efecto suspensivo al recurso interpuesto contra el acuerdo de adjudicación (art. 53 LCSP). Sin embargo, y dado que en el fondo el encargo a medio propio sin cumplir los requisitos legales pertinentes no deja de implicar una adjudicación contractual contraria a Derecho, creo que concurren méritos interpretativos para sostener la suspensión automática de dichos encargos a medios propios. Es ésta, en todo caso, una cuestión que merece mayores disquisiciones de las que el presente trabajo permite.