

B. Modalidades y régimen jurídico del gestor público de vivienda

Enrique Bueso Gómez

Abogado. Especialista en Derecho Administrativo, Contratación Pública y Urbanismo

Ana Silvestre Navarro

Técnica Jurídica y Coordinadora Grupos de Trabajo de AVS. Máster en Urbanismo y Ordenación del Territorio de la Universidad Politécnica de Valencia

Enrique Bueso Guirao

Asesor jurídico de la Asociación Española de Gestores Públicos de Vivienda y Suelo (AVS). Abogado. Máster en Urbanismo y Ordenación del Territorio y Doctor en Derecho por el Departamento de Derecho administrativo, Urbanismo y Ordenación del Territorio de la Universidad Politécnica de Valencia

Resumen: *En el presente capítulo, «Modalidades y régimen jurídico del gestor público de vivienda», desde un punto de vista jurídico, se analizarán las diferentes formas o modos que la normativa ofrece a las Administraciones Públicas para la gestión de los servicios públicos o el ejercicio de*



actividades económicas relativas a la promoción de suelo y vivienda. Además, se analizarán específicamente las relaciones jurídicas entre los entes Instrumentales públicos internas o «ad intra» con su administración titular que como se ha apuntado ha sido una cuestión fundamental y que ha planteado muchas dudas y dispares interpretaciones en orden a determinar en qué tipo de institución jurídica se encuadran, analizando las diversas figuras jurídicas, la esencial y habitual, como un modo de gestión directa del servicio público dentro de la facultad de autoorganización de la administración, bien mediante el encargo a medio propio como forma excepcional de atribuir una actividad concreta y determinada al ente instrumental. Este estudio se basará en los distintos escritos, propuestas normativas y artículos que en los últimos años se han venido realizando por miembros de AVS Gestores Públicos ante las administraciones competentes y en las revistas especializadas durante los complicados años subsiguientes a la crisis económica, poniendo de manifiesto que la legislación surgida al amparo y fundamento en la misma es una normativa enormemente restrictiva y limitadora de sus posibilidades actuación. Dicha legislación, que actualmente se mantiene en gran medida, pudo tener sentido en esa grave situación económica, pero en la actualidad, no solo no tiene justificación quince años después, sino que hace difícil que el sector público de vivienda y suelo pueda desplegar su tradicional y eficaz actuación de promoción ante la gravísima situación de necesidad de vivienda, impidiendo a los poderes públicos garantizar el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada a las capas más desfavorecidas de la sociedad.

Palabras clave: *Entes instrumentales públicos, Sociedades Urbanísticas, Gestión servicios públicos, Gestión pública de vivienda, Atribución de funciones, Encargo de gestión.*

Abstract: *This chapter, 'Modalities and legal regime of the public housing manager', will analyse from a legal point of view the different forms or modalities that legislation offer Public Administrations for the management of public services or the exercise of economic activities related to the promotion of land and housing. In addition, will be specifically analysed the legal relations between the internal or 'ad intra' public instrumental entities with their titular administration. As has been pointed out, this has been a fundamental issue and has raised many doubts and different interpretations in order to establish what type of legal institution they fit into, analysing the different legal figures, the essential and usual one, as a way of direct management of the public service within the administration's power of self-organisation, or through the assignment of its own means as an exceptional way of assigning a specific and specific activity to the instrumental entity. This study will be based on the various writings, regulatory proposals and articles that in recent years have been written by members of AVS Gestores Públicos to all the administrations and in specialised journals during the complicated years following the economic crisis, showing that the legislation*



that emerged under the protection and on the basis of the same is an enormously restrictive and limiting regulation of its possibilities for action. This legislation, which is still in place to a large extent today, may have made sense in that serious economic situation, but today, not only does it have no justification fifteen years later; but it also makes it difficult for the public housing and land sector to carry out its traditional and effective promotional activities in this extremely serious situation of housing need, preventing the public authorities from guaranteeing the constitutional right to decent and adequate housing for the most disadvantaged sectors of society.

Keywords: *Public instrumental entities, Management of public services, Public housing management, Urban Planning Societies, Assignment of functions, Management assignment.*

Sumario: 1. Fundamento y modalidades del Gestor Público. 1.1 Situación actual. 1.2 Modalidades: La sociedad urbanística. 2. Relaciones jurídicas entre Administraciones Públicas y entes instrumentales. 2.1 Introducción y problemática. 2.1.1 Tipos de relaciones. 2.1.2 Problemática de las relaciones internas. 2.2 La atribución de competencias/Gestión directa. 2.2.1 Introducción: La gestión de servicios. 2.2.2 Gestión directa por ente instrumental o atribución de competencias. 2.3 El encargo a medio propio. 2.3.1 Concepto de medio propio. 2.3.2 Requisitos del medio propio. 2.3.3 El requisito de la idoneidad.

1. FUNDAMENTO Y MODALIDADES DEL GESTOR PÚBLICO

1.1 Situación actual

Desde un punto de vista formal las distintas administraciones territoriales de forma tradicional han utilizado entes instrumentales especializados y con autonomía de gestión y financiera para la realización de actividades y gestión de servicios que requerían una especialización concreta y una gestión que les permitiese la suficiente autonomía de gestión y financiera por tener una reglas especiales que se lo permitiesen.

Esto ha sido evidente en sectores muy especializados y específicos como el de la defensa, naval, sector energético, infraestructuras, transportes, hidrocarburos etc. Ello se debe a que la gestión directa e indiferenciada

por la propia administración es perfectamente adecuada para realizar las tradicionales funciones de fomento y de policía, pero para la gestión de muchos servicios y actividades económicas la propia administración no está estructuralmente capacitada, sino que se requiere gestiones especializadas con medios específicos y con actuaciones y estructuras similares al del sector privado. Así, en base al principio de que la función determina el órgano, la gestión pública en estos sectores indicados se ha realizado mediante entes instrumentales públicos.

En nuestro sector de desarrollo y promoción de vivienda y suelo, esta ha sido la norma y, como se ha adelantado en el apartado anterior, esta promoción de forma significativa únicamente se ha realizado a través de dichos entes instrumentales. En el ámbito local, el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, al regular los Órganos desconcentrados y descentralizados para la gestión de los servicios públicos, establece la razón última y fundamental de la creación de estos entes instrumentales, que no es otro que un principio de eficacia, al indicar que: «... *el Pleno podrá acordar el establecimiento de entes descentralizados con personalidad jurídica propia, cuando así lo aconseje la necesidad de una mayor eficacia en la gestión, la complejidad de la misma, la agilización de los procedimientos, la expectativa de aumentar o mejorar la financiación o la conveniencia de obtener un mayor grado de participación ciudadana en la actividad de prestación de los servicios*».

La Doctrina administrativa ha analizado ampliamente esta preferencia, sus causas y efectos. No es lugar para hacer un estudio exhaustivo de la misma pero se puede sintetizar en distintos aspectos que actualmente han sufrido ciertas adaptaciones, matizaciones y modificaciones legislativas producidas fundamentalmente debido a la aplicación de la normativa de contratación/mercado interior de la Unión Europea⁽¹⁾. No obstante ello, citaremos a Estanislao Arana⁽²⁾, en un profundo estudio sobre las sociedades municipales de Gestión urbanística, considera que, en primer lugar, *«es el deseo y la confianza en que la utilización de las técnicas propias del Derecho privado agilice y consiga mayores dosis de eficacia en el ámbito de la gestión urbanística la que, en principio y formalmente, guía a la administración municipal a crear sociedades*

(1) Estudio en profundidad de los argumentos y criterios doctrinales que fundamentan la actuación en materia de urbanismo y vivienda se encuentra en Capítulo VII.º- Análisis de la legislación aplicable a la sociedad urbanística de la tesis de BUESO GUIRAO, E., «Las sociedades urbanísticas locales como instrumento de gestión de servicios y para el desarrollo de actividades económicas». el Departamento de Urbanismo de la Cátedra de Urbanística, Ordenación del Territorio y Derecho Administrativo de la Universidad Politécnica de Valencia, 2016.

(2) ARANA GARCÍA, E., «Las Sociedades Municipales de Gestión Urbanística», Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 58-59.



municipales de gestión urbanística», indicando que de las muchas formas posibles de instrumentos jurídicos que podría utilizarse para esta agilización de la actuación urbanística «son las fórmulas societarias las que ofrecen mayor capacidad operativa, sobre todo por la no utilización del rígido y garantista Derecho público, en favor de un Derecho mucho más flexible o dúctil como es el privado». En segundo lugar, el citado autor considera que la gestión sometida al Derecho privado tiene además otras finalidades que benefician al poder municipal, en concreto, «la evasión de las técnicas rígidas del presupuesto; la superación de los trámites de la contratación administrativa; la evasión de la observancia de los trámites administrativos propios para la selección del personal, así como también de las engorrosas intervenciones de carácter tutelar y de las presiones políticas».

Es interesante la reflexión que, sobre el fundamento de la constitución de este tipo de sociedad, realiza Carlos de la Guardia Pérez-Hernández, indicando que en aquellos supuestos en los que la actuación municipal pretenda intervenir activamente en el urbanismo y no limitarse a meras actuaciones de policía, debe acudir a este tipo de sociedades. Así claramente manifiesta que *«el Ayuntamiento que se plantee su actuación urbanística fundamentalmente como una labor de policía, basada en la aprobación de planes parciales, proyectos de urbanización, estudios de detalle y la concesión de licencias, puede probablemente funcionar con una estructura totalmente tradicional, pero cuando la Corporación se plantee intervenir más activamente, negociando con los particulares, aplicando figuras de gestión innovadoras, tomando la iniciativa en la realización de actividades, pronto se dará cuenta de que el corsé de la estructura burocrática resulta demasiado estrecho, porque las decisiones son demasiado lentas, el diálogo con los particulares no llega a cuajar, etc. [...] y deberá plantearse la necesidad de dotarse de una estructura organizativa distinta»*⁽³⁾.

El Tribunal de Cuentas, en su Informe 1.003, analiza el objetivo de la Administración Pública con la actuación mediante estos entes instrumentales, en base a dos aspectos fundamentales, por un lado la autonomía económica y por otro la mayor flexibilidad de actuación, al indicar que *«frente a la gestión mediante servicios administrativos, servidos por personal funcionario o laboral de plantilla y sin presupuesto diferenciado en la gestión mediante entes instrumentales, dotados de personalidad propia, se dota a estos, en primer lugar, de autonomía*

(3) GUARDIA PÉREZ-HERNÁNDEZ, C. de la, «Criterios para la elección de modalidad gestora del urbanismo. Planeamiento General», en Encuentros de Gerencias Municipales de Urbanismo, Gerencia Municipal de Urbanismo de Madrid, Madrid, 1994, p. 47.

financiera. Tienen un presupuesto propio y diferenciado que se gestiona por los propios responsables del ente y que, en el caso de las compañías mercantiles y de las fundaciones del sector público, pertenece a los llamados presupuestos de explotación y capital, lo que no implica que no es vinculante, como los presupuestos administrativos, sino estimativo, ni está sometido al control administrativo de legalidad, es decir al control interventor. En segundo lugar, en el plano de la gestión, se les otorga una mayor flexibilidad, que en el caso de que sean organismos públicos, responderá a la fórmula de la descentralización funcional o por servicios, y en el caso de que sean sociedades y fundaciones, suponen la adopción de modelos de gestión privada, al estar sujetas al derecho privado y no ser funcionario su personal, sino laboral»⁽⁴⁾.

De todo lo expuesto podemos concluir que los entes instrumentales para la gestión del urbanismo y la vivienda se han constituido fundamentalmente con la finalidad de lograr una mayor eficacia de la actuación administrativa de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución, permitiendo mediante esta forma de actuación la gestión de un servicio público o la iniciativa económica municipal con sometimiento en su prestación al derecho privado, frente al rígido procedimiento administrativo.

La tipología y el régimen jurídico de dichos entes instrumentales ha evolucionado en función de las circunstancias históricas, la pertenencia a la Unión Europea e, incluso de las tendencias de la doctrina.

La evolución de sus modalidades íntimamente ligadas a la forma jurídica que en cada caso ha sido predominante, es la siguiente a grandes rasgos:

1.º *Preferencia por entes sometidos al Derecho Público*

En principio durante los dos primeros tercios del siglo xx la fórmula elegida era la de entes instrumentales sometidos al derecho público pero con autonomía operativa y de gestión. Esencialmente a través de organismos autónomos, bajo las denominaciones de Patronatos e Institutos de Vivienda y/o Urbanismo.

Ya se han indicado la «Obra Sindical del hogar» (OHS) el «Instituto para la Promoción Pública de Vivienda» (IPPV) o el «Instituto Nacional de Vivienda» (INV), constituidos todos ellos por el Estado o el Patronato de La Vivienda de Barcelona, sometidos en su actuación al Derecho Público.

(4) Tribunal de Cuentas Informe 1.003, «Informe sobre fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del Área Político-Administrativa del Estado. Ejercicios 2008-2012», p. 15. Publicado en diciembre de 2013.



2.º *Preferencia por entes sometidos al Derecho Privado*

Posteriormente se considera más adecuada la gestión empresarial bajo la forma de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, especialmente las Sociedades Anónimas. Esta evolución se inicia con la publicación de las sucesivas leyes del suelo, primero tímidamente con la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana y, decididamente la del Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, su texto refundido del 76 y con sus Reglamentos de desarrollo de 1978, del que hay que destacar el Reglamento de Gestión Urbanística y en desarrollo de éste en relación a las sociedades urbanísticas el Real Decreto 116/78 de creación de sociedades urbanísticas. En este momento su régimen jurídico es esencialmente el sometimiento en su actuación al derecho privado, mercantil y civil.

No obstante lo indicado, hay que precisar que este sometimiento al derecho privado no ha sido nunca absoluto, pues siempre se le ha aplicado las normativa administrativa en aspectos concretos. Así y sin ánimo de exhaustividad se puede destacar que se sigue el procedimiento administrativo para su constitución o la actuación de su Junta General, que por ser el Ayuntamiento Pleno en las empresas, su convocatoria, actuación y régimen de sesiones y votaciones se rigen las normas administrativas aplicables al Pleno.

Posteriormente tras la entrada de nuestro país de la Unión Europea la aplicación de la normativa de Derecho público se ha visto cualitativamente ampliada por el hecho de considerar a nuestras sociedades como «Poderes Adjudicadores», lo que implica la aplicación de la normativa de Mercado Interior en su contratación y la consiguiente inclusión de las mismas en la normativa de Contratación Pública, como posteriormente se verá.

3.º *Cierta tendencia de nuevo por entes sometidos al derecho Público*

Tras la crisis económica se inició una tendencia en la normativa como se verá a potenciar los entes instrumentales sometidos al Derecho Público e incluso contraria a la gestión mediante este tipo de entes ordenando el cierre de muchos.

El mejor ejemplo de esta normativa restrictiva de la gestión directa por entes instrumentales y que potencia el sector instrumental sometido al Derecho público la tenemos en la normativa de régimen local. En concreto:



La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en materia de prestación de servicios, en su artículo 85.2, modificado por la LRSAL, indica lo siguiente:

«2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa:

- a) Gestión por la propia entidad local.*
- b) Organismo autónomo local.*
- c) Entidad pública empresarial local.*
- d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.*

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera».

Esta tendencia que se basa en criterios de rentabilidad exclusivamente económica dejando de lado los aspectos sociales y en base a una creencia errónea de que los entes instrumentales sometidos al derecho Público son más fáciles de controlar que los sometidos al Privado. Criterio no muy adecuado y que en todo caso pudo tener algo de sentido en el momento de la crisis económica con un criterio exclusivamente económico de carácter transitorio, pero no casi quince años después. Consecuencia de ello es que en nuestro sector en los último quince años no se ha promovido apenas vivienda pública para los más desfavorecidos y que ante una profunda crisis de vivienda se pretende acudir a los gestores públicos, que siempre han actuado con prontitud, pero éstos se encuentran con una capacidad de reacción y unos medios muy limitados debido a una normativa que les limita enormemente la capacidad de actuación, que debe modificarse pues se basa en unas condiciones económicas que ya se han superado.

Indicado ello, hay que señalar que esta cierta tendencia a preferir los entes sometidos al Derecho Público, los Organismos Autónomos, se ha seguido muy parcialmente especialmente por algunas CC. AA. que han convertido sus Sociedades Públicas de Vivienda en Agencias. Así la Empresa Pública de Suelo de Andalucía por la Ley 4/2013 de 1 de octubre, se transformó en la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía, el Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA) se transforma en el Organismo Autónomo Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid en virtud del Decreto 72/2015, de 7 de julio, del Consejo de Gobierno (BOCM núm. 160 de 8 de julio de 2015 o el Instituto Valenciana de Vivienda S. A, tras distintas fusiones y cambios de denominación se transforma finalmente en la Entidad Valenciana de Vivienda y Suelo (EVHA).

No obstante ello, como se ha indicado esta tendencia no se ha seguido por la mayoría de los Gestores Públicos la mayor parte de ellos, especialmente las administraciones locales han seguido utilizando y constituyendo sociedades mercantiles.

1.2 Modalidades: La sociedad urbanística

Ya se hay visto en el capítulo anterior que existen distintas modalidades de gestores público, distinguiéndose esencialmente entre los que someten su actuación al Derecho público, los tradicionales organismos autónomos, como los institutos o patronatos y los sometidos en su actuación al Derecho privado, fundamentalmente, las actuales entidades empresariales y las tradicionales y más numerosas sociedades públicas, entre estas destacan las «Sociedades Urbanísticas».

Las «Sociedades Urbanísticas» son la tipología más habitual de los gestores públicos de vivienda y suelo, y es la figura que se recomienda desde AVS cuando durante estos años de existencia se ha solicitado consejo por parte de algún Alcalde, Concejales de Urbanismo, secretario o interventor municipal. La razón de ello es que son entes perfectamente regulados tanto por la normativa estatal que aún se encuentra vigente, como por la prolija regulación que sobre las mismas se ha venido realizando por las Comunidades Autónomas que son las competentes en materia de Urbanismo y ser éstas un instrumento previsto esencialmente para la gestión del suelo y de la promoción y gestión de los equipamientos y de parte de las viviendas que resultan del desarrollo de aquél.

Son esencialmente sociedades mercantiles dependientes de las distintas administraciones locales, que en su capacidad de autoorganización han

constituido un ente con personalidad jurídica diferenciada con el objeto de desarrollar su política de suelo y de vivienda de dichas administraciones⁽⁵⁾.

Es una figura suficientemente asentada y acreditada en nuestra normativa pues de ellas se han validado las distintas administraciones territoriales para el desarrollo de dicha política desde la segunda mitad del siglo xx, aun cuando ya existen antecedentes de ellas en los primeros años del referido siglo.

Estas sociedades debido al papel relevante que han tenido en la segunda mitad del siglo xx, como elementos fundamentales para el desarrollo urbanístico y la promoción de viviendas, han sido objeto de regulación más específica y completa que el resto de sociedades públicas. Por ello, su concepto y régimen jurídico no solo está mucho más definido que el de cualquier otro tipo de sociedades públicas, sino que han servido de modelo y pauta a seguir para la regulación o constitución de todo tipo de estos entes instrumentales.

Previamente a la Constitución de 1978 el Estado era el único competente para legislar en materia de urbanismo. Por ello su regulación de forma específica se inicia en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 como aquellas sociedades públicas mercantiles constituidas para la ejecución y gestión del planeamiento. Posteriormente esta regulación se desarrolla por el Reglamento de Gestión Urbanística de 1978 y, especialmente, el Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre «Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales», que reguló específicamente y de forma amplia y profunda las sociedades urbanísticas. Dicho Decreto que se encuentra actualmente en vigor ha servido de referencia y modelo de muchas regulaciones autonómicas como la asturiana, la valenciana o la castellano-manchega⁽⁶⁾. Decreto que ante la falta de regulación de las sociedades urbanísticas o su realización de forma incompleta por las CC. AA., se aplica actualmente como supletorio por reiterada Jurisprudencia.

Esta amplia regulación y extenso objeto de dichas sociedades, el urbanismo y la vivienda y la prestación de servicios y actividades relativas al mismo, así como la gestión de los equipamientos provenientes de dichas

(5) En la exposición de las sociedades Urbanísticas se seguirá el estudio que sobre las mismas se realiza en el artículo de BUESO GUIRAO, E., *La sociedad urbanística local como medio propio para la promoción de vivienda*. Revista Práctica Urbanística, núm. 151, Sección Estudios, pp. 25-38 Marzo-Abril 2018, Editorial WoltersKluwer.

(6) Al igual que en la nota 7, para un desarrollo más completo de a normativa de las distintas CCAA que la regulan nos remitimos al Capítulo VII.º – Análisis de la legislación aplicable a la sociedad urbanística de la tesis de BUESO GUIRAO, E., *«Las sociedades urbanísticas locales como instrumento de gestión de servicios y para el desarrollo de actividades económicas»*. El Departamento de Urbanismo de la Cátedra de Urbanística, Ordenación del Territorio y Derecho Administrativo de la Universidad Politécnica de Valencia, 2016.

actividades, ha dado lugar a que, ante la necesidad de constituir una sociedad pública, especialmente en el ámbito local, se acudiese a esta tipología y se recomendase buscando la gran seguridad jurídica que otorga un régimen jurídico perfectamente consolidado. Por ello, desde AVS, se ha recomendado esta tipología cuando se nos ha consultado sobre la constitución de un ente instrumental.

De forma amplia y descriptiva se puede definir la Sociedad Urbanística como: *«la sociedad mercantil cuyo capital pertenece total o parcialmente a la administración pública u otro organismo de la misma, cuyo objeto y finalidad es la actividad urbanística, especialmente la promoción, tenencia, gestión y administración de suelo, vivienda y equipamientos urbanísticos, ya sea por cuenta propia o mediante delegación o encargo de su administración titular al ser habitualmente medio propia de la misma, cuya actuación se encuentra sometida en gran medida al ordenamiento jurídico privado y ha sido constituida de acuerdo con el procedimiento administrativo establecido por la normativa de derecho público y con las formalidades de elevación a escritura pública e inscripción en el Registro exigidas por la legislación Mercantil».*

La capacidad de actuación de las sociedades públicas en general y especialmente las urbanísticas es muy amplia, si bien ésta debe estar establecida en el objeto social fijado en los estatutos de las mismas. Esto es necesario pues, de acuerdo con la normativa mercantil, es el objeto el que determina la capacidad de actuación de la misma y, desde el punto de vista administrativo, al ser aprobado por la administración titular de las mismas, determina el alcance concreto de la actuación del nuevo órgano, creado en virtud de su potestad de autogobierno.

Con carácter previo se puede indicar que el objeto social de estas sociedades suele concretarse fundamentalmente en los siguientes aspectos concretos:

– El urbanismo: comprende una amplia actividad que no se circunscribe exclusivamente a la gestión, sino que se extiende a actividades de redacción de planeamiento y a la promoción de equipamientos.

– La vivienda: contempla no solo la promoción de vivienda de nueva planta sino la de rehabilitación y remodelación urbana, así como la administración del patrimonio edificado.

– La gestión de equipamientos públicos: a tal efecto las sociedades suelen gestionar, administrar y conservar equipamientos o dotaciones públicas propiedad de la administración, que se le encarguen o encomienden.



– La gestión de equipamientos servicios públicos locales: de esta forma puede realizar todo tipo de contratos y actividades tendentes a que los servicios públicos sean prestados de una manera íntegra y suficiente.

– La administración del Patrimonio Municipal de Suelo y patrimonio ordinario: las Sociedades Urbanísticas suelen administrar todo tipo de patrimonio de la administración titular que se le encomiende.

El citado Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre «Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales» (RSU), dictado en desarrollo del ya referido artículo 115 del Texto refundido de 1976, en el artículo 1.1.º establece que: *«El Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, para la ejecución del planeamiento urbanístico. [...] También podrán adquirir acciones de estas Sociedades que se hallen constituidas».*

La sociedad urbanística puede crearse por la Administración para todos los fines incluidos en el ámbito urbanístico, de acuerdo con la Exposición de motivos del Reglamento de Gestión Urbanística («sin excluir ninguno de los fines comprendidos en el ámbito urbanístico»).

De forma más específica, el artículo 3 del Decreto 1169/78, establece que su objeto social incluirá la realización de alguno o algunos de los fines siguientes:

1. Estudios urbanísticos, incluyendo en ellos la redacción de planes de ordenación y proyectos de urbanización y la iniciativa para su tramitación y aprobación.
2. Actividad urbanizadora que puede alcanzar tanto a la promoción de la preparación de suelo y renovación o remodelación urbana como a la de dotación de servicios, para la ejecución de los planes de ordenación.
3. Gestión y explotación de obras y servicios resultantes de la urbanización, conforme a las normas aplicables en cada caso.

Para la realización de dicho objeto social de la manera más eficaz y menos costosa para la Administración, el Decreto prevé que la Sociedad urbanística podrá:

- a) Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles que autorice el derecho común, en orden a la mejor consecución de la urbanización, edificación y aprovechamiento del área de actuación.
- b) Realizar convenios con los Organismos competentes, que deban coadyuvar, por razón de su competencia, al mejor éxito de la gestión.



B. MODALIDADES Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL GESTOR PÚBLICO DE VIVIENDA

c) Enajenar, incluso anticipadamente, las parcelas que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos previstos.

d) Ejercitar la gestión de los servicios implantados, hasta que sean formalmente asumidos por la Corporación Local u Organismo competente.

La amplitud de competencias ha sido perfectamente corroborada por el Tribunal Supremo, pudiendo destacarse por su claridad las recientes sentencias de la Sala Tercera, de 17 de junio de 1999 y 2 de octubre de 2000, que se refieren a sociedades valencianas, en concreto la del Ayuntamiento de Valencia, AUMSA y la de la Generalitat, el Instituto Valenciano de Vivienda, S. A. Igualmente por los Tribunales Superiores de Justicia, como el de Madrid en su Sentencia de 16 de julio de 2004.

Las CC. AA., en su normativa, han regulado los posibles campos de actuación de las Sociedades Urbanísticas, siguiendo, en su gran mayoría, de forma más o menos literal la legislación estatal, ampliando y adaptando su legislación. A título de ejemplo puede destacarse en el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón que en artículo 9 («*Sociedades urbanísticas*») indica que estas sociedades urbanísticas podrán tener por objeto:

a) La elaboración y redacción de planes y proyectos de interés general de Aragón, propuestas de delimitación y ordenación de sectores concertados de urbanización prioritaria, planeamiento de desarrollo o estudios de detalle, así como de cualesquiera instrumentos de gestión urbanística o informes, estudios o asistencia técnicas en materia urbanística.

b) La promoción, gestión y ejecución de actuaciones de suelo y vivienda sin necesidad de que se transmitan o aporten necesariamente terrenos o aprovechamientos. Si todas o alguna de las entidades asociadas optaran por transmitir o aportar terrenos o aprovechamientos urbanísticos afectados por la actuación encomendada, podrá tener lugar en pleno dominio o limitándose al derecho de superficie o a otro u otros derechos reales existentes o constituidos al efecto.

c) La gestión y promoción de patrimonios públicos de suelo, así como la ejecución de actuaciones sobre los mismos, conforme al destino que le es propio, incluyendo la posibilidad de actuar como beneficiario de la expropiación para la constitución o ampliación de patrimonios públicos en ámbitos de reserva o la adquisición de bienes a través de los derechos de adquisición preferente a favor de la Administración en las áreas de tanteo y retracto reguladas en esta Ley.

d) La conservación y explotación de la urbanización, a costa de los propietarios y bajo la dependencia de la Administración, con los derechos y deberes de las entidades urbanísticas de conservación.



e) La gestión de las expropiaciones para la ejecución de planes y proyectos de interés general de Aragón o planeamiento urbanístico u otras actuaciones determinadas.

Sentado el amplio objeto, al igual que en Decreto estatal, enumera las amplias y distintas actuaciones que para el desarrollo de su objeto pueden realizar las sociedades urbanísticas, en concreto:

a) Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles que autorice el derecho privado, en orden a la mejor consecución de la urbanización, edificación y aprovechamiento del área de actuación.

b) Realizar directamente convenios con los organismos competentes.

c) Enajenar, incluso anticipadamente, las parcelas que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos y en la forma prevista. La misma facultad le asistirá para enajenar los aprovechamientos urbanísticos otorgados por el planeamiento que habrán de materializarse en las parcelas resultantes de la ordenación.

d) Gestionar la urbanización y los servicios implantados, hasta que sean formalmente asumidos por el organismo competente conforme a lo establecido en esta Ley.

e) Actuar como entidad instrumental de las entidades titulares o como entidad privada, cuando proceda, y en concurrencia plena con terceros.

f) Ostentar la condición de beneficiaria de expropiaciones urbanísticas y de los derechos de adquisición preferente conforme a lo establecido en esta Ley.

En similares términos de amplia competencia y actuación se manifiestan muchas legislaciones autonómicas, pudiendo destacarse por su amplia regulación las siguientes:

– El Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunitat valenciana, en su Disposición Adicional Tercera.

– En Asturias el Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo de, en su artículo 13 («Sociedades Urbanísticas»).

– En Castilla-La Mancha el Decreto 29/2011, de 19/04/2011, por el que se aprueba el Reglamento de la Actividad de Ejecución del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística en su artículo 18 («Sociedades Urbanísticas»).



2. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y ENTES INSTRUMENTALES

2.1 **Introducción y problemática**

2.1.1 *Tipos de relaciones*

Los entes instrumentales públicos realizan una compleja actividad en el desarrollo de sus amplios objetos sociales o finalidades para las que ha sido constituidos en la que se producen una multiplicidad de relaciones tanto las que mantienen con sus administraciones titulares, denominadas relaciones internas o «ad intra», y aquellas otras que mantienen con persona ajenas o terceros, externas o «ad extra».

Esta multiplicidad de relaciones parte de la propia administración que en su potestad de autoorganización para realizar el ejercicio de sus competencias y actividades debe adoptar una primera decisión, en la que acuerda realizar dichas actividades por sí misma, a través de sus propios medios, bien de forma indiferenciada o bien mediante sus entes propios, personificados o no, o, por el contrario, decide externalizar la prestación de los mismos valiéndose de empresarios privado, en el primer caso nos encontramos en un supuesto de «gestión directa» y de «gestión indirecta» del servicio en el segundo.

En caso de que esta gestión directa se realice mediante ente instrumental personificado surgen las denominadas «relaciones internas instrumentales o in house». Estas relaciones de naturaleza interna de la administración con el ente del que se vale para la gestión directa son de naturaleza organizativa. En estos casos la administración debe adoptar una segunda decisión, igualmente organizativa, configurándose en un doble plano con distinto alcance en función de que al ente personificado, bien se le deleguen las actividades o funciones con carácter habitual, lo que se suele denominar «atribución de competencias», o bien, le sean delegadas las actividades de forma excepcional o puntual en cuyo caso se han denominado habitualmente «encargo o encomiendas de gestión».

En el caso de la gestión indirecta, las «relaciones externas», que comprenden tanto las denominadas contractuales y las llamadas relaciones de cooperación horizontal. Centrándonos en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP 9/2017) en el artículo 31 de la nueva Ley («Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal) sigue lo anteriormente indicado y establece una distinción previa entre las relaciones horizontales o de cooperación entre distintas administraciones y las cooperación vertical entre la administración y sus entes dependientes.

De una forma esquemática se pueden sintetizar así:

1) RELACIONES INTERNAS, INSTRUMENTALES O «IN HOUSE»

Las relaciones domésticas, internas o «in house» como las denomina la doctrina anglosajona y cuya denominación ha causado estado en el derecho comunitario, no son sino las relaciones de cooperación vertical que tradicionalmente se han denominado instrumentales y que se producen entre una administración y un ente instrumental o medio propio que forma parte de la organización y estructura de la misma. Estas relaciones se encuentran excluidas de la normativa contractual, como ya se ha adelantado se desarrollará posteriormente, al ser relaciones de la administración que en su facultad de organización de sus servicios ha creado un ente instrumental que le pertenece íntegramente para el desarrollo de las actividades específicas para las que ha sido creado.

Se distinguen entre:

a) Atribución de competencias: Tiene lugar cuando una administración en su facultad de autoorganización le adscribe a un ente instrumental para que preste con carácter habitual una serie de actividades que constituirán la actividad propia y ordinaria del ente, debido al hecho de que el ente instrumental se configura como un modo de gestión directa de los servicios. En estos casos con su creación la administración establece que la gestión de determinados servicios públicos se va a prestar y realizar de forma ordinaria y habitual mediante dicho ente instrumental.

b) Actividad «encargada» o «encomendada»: Son las denominadas actualmente «relaciones de cooperación vertical» cuando la administración le confía o encarga con carácter puntual, por contraposición a la delegación de competencias, a un ente que es su medio propio la realización actividades a actuaciones concretas y determinadas en estos casos el encargo o encomienda se realiza mediante dos figuras con tipología y trascendencia distinta, superando la confusión de la igual denominación de encomienda de gestión de legislaciones anteriores:

– Las denominadas «*Encomiendas de Gestión*» que se regula por normativa reguladora del Sector Público (Artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público – LRJSP), Siendo sus características diferenciadoras el hecho de que no se pueden dirigir más que a órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o

de distinta Administración y no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público⁽⁷⁾.

– Los denominados «*Encargos a Medios Propios*», que se regulan por los artículos 32 y 33 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, (Ley 9/2017, LCSP)⁽⁸⁾ que se caracteriza por contraposición a las encomiendas en que son posibles realizarlos a entes sometidos al derecho privado, como las sociedades públicas, y que podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. Figura esencial para la actuación del sector público y que posteriormente se analizará.

En ninguno de los anteriores supuestos se trata de una relación interna instrumental y no de naturaleza contractual y consecuentemente no se encuentran sometidas a las directivas de Mercado Interior de la Unión Europea ni a las de contratación pública nacionales.

2) RELACIONES EXTERNAS

En ellas se distinguen las denominadas relaciones de colaboración interadministrativa y las que son consideradas de partenariado público/privado o contractuales.

a) Relaciones de colaboración interadministrativa: Denominadas también de cooperación horizontal, que son aquellas que se producen entre distintas administraciones que no dependen las unas de las otras, por lo que se trata de relaciones de igual nivel jerárquico y, como se ha indicado, son denominadas de Cooperación horizontal. En estos casos

(7) La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público indica en su artículo 11 «Encomiendas de gestión» párrafo primero:

«1. La realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta».

(8) La denominación oficial es Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

se les aplica la Directiva 2014/24/UE y artículo 6.1 de la nueva LCSP 2017 y se concretan esencialmente en los denominados «*convenios*»⁽⁹⁾.

En la actividad relativa a la promoción y gestión de vivienda y suelo destacan los convenios urbanísticos elemento habitual para las actuaciones de las sociedades urbanísticas.

b) Relaciones contractuales: Se denomina a este tipo como relaciones de colaboración entre el sector público y el privado distinguiendo las que se denominan institucionales de las que no tienen este carácter.

– Las relaciones de colaboración público/privadas institucionales, los denominados por la Unión Europea Partenariados Públicos-Privados Institucionales (PPPI) o Colaboración Publico Privada Institucional (CPPI) en el derecho español, no son sino aquellos supuestos en los que se crea una figura con personalidad jurídica independiente.

En ellas destacan las tradicionalmente llamadas «sociedades mixtas», aquellas en la que, aunque sea pequeña, existe participación del

(9) El Artículo 6 (Convenios y encomiendas de gestión) de la Ley 9/2011. Indica:

«1. *Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales, las entidades con personalidad jurídica pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídica privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador.*

Su exclusión queda condicionada al cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) *Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.*

b) *Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común.*

c) *Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.*

2. *Estarán también excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.*

3. *Asimismo, quedan excluidas del ámbito de la presente Ley las encomiendas de gestión reguladas en la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público».*

sector/capital privado. En este supuesto, las relaciones no se encuentran excluidas de la normativa de mercado interior. y, para su constitución y el encargo de actuaciones o contratos, la administración viene obligada a cumplir los criterios de la normativa de contratación, como ha dejado muy clara la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 12 de abril de 2008 relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada. La LCSP 9/2017, como se ha visto, las regula en como gestión indirecta a Sociedades mixtas en la Disposición Adicional 22.^a

– Las relaciones de colaboración no institucionalizadas son las más habituales, las que se tienen con los contratistas o concesionarios y dan lugar a los distintos supuestos de contratos públicos referidos en la normativa de Contratos de Sector Público (obras, servicios, suministros, concesiones de obra pública, etc.) que no son objeto de este estudio)⁽¹⁰⁾.

2.1.2 *Problemática de las relaciones internas*

Se incluye en el presente estudio la problemática de las relaciones jurídicas internas entre las administraciones y sus entes instrumentales públicos de promoción y gestión de vivienda y suelo pues se busca analizar la situación real del gestor público de vivienda y suelo y, en este tema, la regulación jurídica que realiza en la normativa española con una confusa transposición de la normativa europea, es una de las causas que más han entorpecido la labor de estos entes desde la entrada en vigor de la reciente normativa de contratación pública.

Esta rotunda afirmación parte de la experiencia pues en la asesoría económica y jurídica de AVS que se presta apoyo a los distintos miembros, que como se ha repetido en distintas ocasiones son mayoritariamente entes instrumentales dependientes, las cuestiones relacionadas con estas relaciones internas son las más habituales y recurrentes un año tras otro y que han hecho en muchos casos que las relaciones históricamente tan sencilla, se conviertan de una forma artificial y sin un claro fundamento jurídico, en una verdadera carrera de obstáculos del gestor público.

(10) Un estudio amplio y completo sobre las relaciones internas como las relaciones externas de contratación de los entes instrumentales se realiza en «*La Contratación del Sector Público Instrumental*». Obra colectiva de los siguientes autores: TEJEDOR BIELSA, J.; BUESO GUIRAO, E.; CHINCHILLA PEINADO, J. A.; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.; PÉREZ MIRA, J. M., y ÁVILA CANO, E., ISBN: 978-84-946584-4-0; Edita RDU Editores. Edición: 2019.

Ya se han adelantado y explicado distintos aspectos de la legislación contractual que injustificadamente han supuesto esta situación, las más destacadas son las siguientes:

a) Considerar que las relaciones exclusivamente se pueden llevar a cabo mediante encomiendas o encargos a medios propios cuando que la forma habitual es la atribución de competencias para la gestión directa.

b) La interpretación absolutamente restrictiva del concepto de «medio propio» que hacen que la categorización de un ente como tal, en vez de ser lo natural y hasta lo que debe presuponerse salvo acreditación en contrario, se convierta en una suerte de lotería que en caso de su reconocimiento se celebre como si de un premio se tratase. La base de los problemas se centra en una interpretación restrictiva e injustificada de algunos de los requisitos del medio propio de la norma. Especialmente el criterio de la necesidad de que el 80 por ciento de la actividad del ente instrumental en cometidos confiados por su administración que se restringe exclusivamente a la actividad mediante encargo o encomiendas, cuando que debe referirse a la actividad general y la exigencia formal de reconocimiento en los estatutos cuando que la normativa europea lo basa en el criterio material de la función para su administración.

c) Considerar que nuestras sociedades deben ejecutar más del cincuenta por ciento de los confiados o encargados, con un criterio de idoneidad cualitativo, propio y exclusivo del derecho español ajeno al derecho europeo y que confunde la gestión de una actividad o servicio, con la ejecución material del mismo, exigiéndole algo a los entes instrumentales que no se le exige a la propia administración.

d) Afirmar que cuando los entes instrumentales con los criterios de publicidad, concurrencia y no discriminación impuestos por la normativa europea de mercado interior y la contractual española, están «subcontratando», cuando que son «poderes Adjudicadores» y contratan prima facie como la propia administración⁽¹¹⁾⁽¹²⁾. Subcontrata el contratista seleccionado por el ente instrumental.

e) Se ha afirmado que estas relaciones internas para el encargo entre las administraciones y sus entes se encuentra sometidas a la normativa de contratación, cuando que su exclusión de dicha la ha dejado perfectamente clara. Así la citada Directiva 2014/24/UE en su parte expositiva (considerando 32) indica que «los contratos públicos adjudicados

(11) «La pretendida subcontratación de los medios propios», estudio de BUESO GUIRAO, E., en el Observatorio de la Contratación Pública. <https://www.obgp.es/index.php>. <https://www.obgp.es/articulos/la-pretendida-subcontratacion-de-los-medios-propios-e-bueso-/>.

(12) Artículo «Los medios propios no subcontratan, contratan como poderes adjudicadores que son», por TEJEDOR BIELSA, J., Publicado por EsPúblico, el 12 de diciembre de 2022.

a personas jurídicas controladas no deben estar sometidos a la aplicación de los procedimientos previstos en la presente Directiva si el poder adjudicador ejerce sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que la persona jurídica controlada dedique más del 80% de sus actividades al ejercicio de funciones que le hayan sido asignadas por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, independientemente de quién sea el beneficiario de la ejecución del contrato».

Igualmente el TSJCE, ya en la sentencia de 12 de julio de 2001, la sentencia sobre el «proyecto Scala2000» indicaba que si la «Administración ejecuta las obras por sus medios, utilizando cualesquiera de los procedimientos previstos para la gestión directa de los servicios públicos en la legislación interna, incluida la creación de entes públicos o sociedades, no hay razón para aplicar la directiva citada (Directiva 93/2037) porque no se está actuando mediante contratación con terceros, sino utilizando entes instrumentales propios». Más recientemente en sentencia de 11 de enero de 2005 (asunto C-26/2003, Stadt Halle) afirma que «Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligado a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratación pública»⁽¹³⁾.

2.2 La atribución de competencias/Gestión directa

2.2.1 Introducción: La gestión de servicios

Las distintas administraciones públicas territoriales y en especial los entes locales, de acuerdo con la normativa general (leyes de régimen local) y la normativa especial (urbanística, de vivienda, medioambiental, etc.), tienen una amplia y variada actividad. Entre otras, puede distinguirse la tendente a la prestación de servicios y la relativa al desarrollo de actividades

(13) Véase el artículo «Organización no es contratación». Por TEJEDOR BIELSA, J., 30 de diciembre de 2022. Blog de EsPúblico.

económicas⁽¹⁴⁾. La Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) las ha distinguido tradicionalmente en sus artículos 85 y 86, relacionándolas con el citado artículo 128 de la Constitución, que reconoce la iniciativa de la administración pública en la actividad económica⁽¹⁵⁾. Santiago González-Varas es muy claro al indicar que: «*la Constitución y la legislación local dejan bien clara la libre iniciativa económica local, en virtud del artículo 128.2 de la Constitución, y los artículos 86 de la LRBRL y 96 del Texto Refundido, en consonancia, por otra parte, con el principio de autonomía local. Y esta libre iniciativa económica abarca tanto las actividades prestacionales o serviciales como las propiamente económicas, mercantiles o de carácter meramente industrial*»⁽¹⁶⁾.

Es la actividad de «Gestión de Servicios Públicos» la que tiende a desarrollar por parte de las distintas administraciones una actividad propia de sus competencias establecida en la legislación general o especial (urbanística, de vivienda, etc.) que le sea de aplicación.

Sin ánimo de realizar un estudio profundo sobre el concepto de servicio público hay que indicar que es la actividad de «Gestión de Servicios Públicos» la que tiende a desarrollar por parte de las administraciones, una actividad propia de sus competencias establecida en las leyes que le sean de aplicación.

En la Administración local esta vinculación está perfectamente establecida. Así el párrafo 1.º del artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) es muy claro al indicar que: «*Son servicios locales los que prestan las entidades locales en el ejercicio de sus competencias*». En esta misma línea lo establecido por las distintas CC. AA. en sus normativas de régimen local.

Sobre el alcance del concepto de servicio público en el ámbito local relacionado con el ejercicio de una competencia, el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de octubre de 1986 que indica que se entiende por servicio público «*cualquier actividad que la administración desarrolle para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia*». En la misma línea, la STS de 23 de mayo de 1997 (Ar.1997/4065) se manifestó del siguiente modo: «*El servicio público es*

(14) En este capítulo, seguiremos la Tesis Doctoral «*Las Sociedades Urbanísticas Locales como instrumento de gestión de servicios y de desarrollo de Actividades Económicas*» de Enrique BUESO GUIRAO. Universidad Politécnica de Valencia, diciembre 2015.

(15) El Artículo 128 de la Constitución indica que: «1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

(16) GONZÁLEZ-VARAS, S., «El Levantamiento del velo y el Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local», REALA 274-275 (Mayo-diciembre, 1997), pp. 362-363.



así una actividad de prestación de titularidad estatal reconocida por la ley y que comporta un derecho excluyente a su prestación. Sin embargo, en el ámbito local, existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia en sintonía con lo reiterado en el artículo 85 de la LRBRL, que considera servicios públicos a cuantos tiendan a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales. Este concepto (servicio público) atiende (en el ámbito local) no tanto a la idea de titularidad como a la de competencia...».

Consecuentemente toda actividad desarrollada por las corporaciones locales en el ejercicio de las competencias establecidas como propias será actividad de servicio público. En relación a cuáles son las materias de competencia de los entes locales, es claro que la normativa fundamental es la Legislación de Régimen Local, esencialmente la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), si bien existen otras normativas sectoriales que establecen otras competencias como las normativas urbanísticas o de vivienda en relación con nuestro sector.

El Tribunal Constitucional⁽¹⁷⁾, como se ha visto en el capítulo anterior al analizar la competencia de vivienda de los municipios, ha dejado perfectamente clara la amplitud competencial indicando que la Legislación Básica de régimen local no atribuye competencias sino que introduce condiciones a la legislación que las confiere y que consecuentemente las competencias propias se atribuirán a los municipios de modo específico a través de ley sectorial estatal y de CC. AA. y que dichas leyes pueden atribuir competencias propias en materias distintas de las enumeradas en el artículo 25.2 LRBRL, de acuerdo con lo previsto en los apartados 3, 4 y 5 del mismo.

En conclusión, toda actividad desarrollada por las corporaciones locales en el ejercicio de las competencias establecidas como propias, será actividad de servicio público.

2.2.2 *Gestión directa por ente instrumental o atribución de competencias*

A) DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO, CONTENIDO Y ALCANCE

La gestión directa se produce cuando la propia administración es la que ejecuta el servicio por sus propios medios personificados o no y sometidos en mayor o menor medida al derecho público o privado. Ya se ha visto que

(17) En la ya indicada STC de 3 de marzo de 2016, al resolver un recurso contra la LRSAL formulado por la Asamblea Extremadura.

la normativa administrativa y en especial la de régimen local dejan clara que la gestión por ente instrumental de titularidad pública es un modo de gestión directa. Se ha transcrito el artículo 85.2 de la LRBRL que deja perfectamente claro que tanto el organismo autónomo local como la entidad pública local y las sociedades mercantiles con capital exclusivo público son las formas habituales de gestión directa en el ámbito local.

Los entes instrumentales en general y la sociedad pública en particular, como forma de gestión directa de servicios públicos o del ejercicio de actividades económicas, que son, desarrollan su actividad habitual en base al cumplimiento de la finalidad para la que fue creada, encontrándose plasmada en su objeto social y ocupando su puesto específico dentro de la organización de los distintos servicios o medios de la corporación local.

Esta gestión mediante la creación de un ente con personalidad distinta de la propia administración o ente instrumental se produce tras un largo y complejo procedimiento administrativo interno perfectamente reglado, que en caso de las sociedades debe completarse con otro externo, con la elevación a escritura pública y sus inscripción en el Registro Mercantil⁽¹⁸⁾. El procedimiento tiene una clara finalidad dejar perfectamente claro que se constituye un ente con una serie de atribuciones y finalidades específicas dentro de la organización general de la administración que se concretan y justifican en dicho expediente administrativo y que se plasman en su objeto social y, al que se da una amplia publicidad, tanto en su fase interna administrativa con las preceptivas publicaciones, como en ámbito mercantil en la escritura y mediante la publicidad registral.

Mediante el mismo, la administración en su facultad de autoorganización atribuye unas específicas competencias y las publicita para que quede claro a terceros que desde ese momento el determinada competencia se va a prestar con carácter habitual por el ente instrumental constituido. La decisión se toma específicamente en el expediente de constitución de la sociedad tras acreditar públicamente que dicha forma de gestión es la más eficiente desde el punto de vista económico y más eficaz en relación a la prestación de servicio.

Debido a esta finalidad específica de la administración de que a partir de la constitución de ese ente instrumental determinadas actividades o prestaciones en una clara descentralización funcional⁽¹⁹⁾, se van a realizar por el mismo con carácter habitual y en cierta medida exclusiva, es por lo

(18) El procedimiento de constitución se desarrolla pormenorizadamente en el capítulo VIII.– «Configuración, capacidad y procedimiento constitución», de la citada Tesis Doctoral «Las Sociedades Urbanísticas Locales como instrumento de gestión de servicios y de desarrollo de Actividades Económicas», de BUESO GUIRAO, E., Universidad Politécnica de Valencia, Diciembre 2015.

(19) El Ayuntamiento de Barcelona, titular de distintos entes instrumentales, los trata como instrumentos de la denominada «descentralización funcional».

que tradicionalmente se le denomina «*atribución de competencias*» o «*atribución de funciones*». Así cuando en el ejercicio de la competencia municipal de vivienda o urbanismo surge una necesidad de un específico desarrollo urbanístico o de una promoción de vivienda, es la sociedad la que debe asumir la misma al encontrarse dentro de su objeto social, que establece su ámbito de actuación dentro de la estructura municipal. Consecuentemente con ello será la sociedad la que gestione dicho servicio, como promotora de dichas actuaciones. Igualmente para cualquier otro servicio para el que específicamente se haya cesado una sociedad como mantenimiento de parques y jardines, recogida de residuos sólidos, transporte urbano, etc.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo deja clara la atribución de competencias o funciones de las sociedades públicas en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 de noviembre de 2003, en relación con unas liquidaciones tributarias a la Empresa Municipal de Aparcamientos, S. A. de Cádiz (EMASA), parte del hecho de que: «*La sentencia de instancia ha visto con perspicacia que se trata de un supuesto de autoorganización del Ayuntamiento de Cádiz*», e incluso cita de pasada que «*la encomienda por el Ayuntamiento de Cádiz a la hoy actora de la explotación de los estacionamientos subterráneos, pero, sin embargo, no ha profundizado inteligentemente sobre esta figura novedosa de las “encomiendas de gestión” por las razones que a continuación exponemos*». Concluyendo en el Fundamento de Derecho Cuarto, tras analizar con detalle esta figura de encomienda de gestión, aun siendo posible la encomienda de gestión a una sociedad 100% municipal que: «*... tal proposición no es necesaria, porque el razonamiento que sigue la Sala no pasa indefectiblemente por la existencia de una encomienda de gestión a favor de EMASA, sino por algo más sencillo, cual es que EMASA es un modo de gestión directa de los servicios públicos, contemplado y permitido por el artículo 85.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de donde se deduce que carece de todo sentido que el Ayuntamiento de Cádiz se autorice o licencie a sí mismo, como sería el afirmar que esto ocurre respecto de EMASA, sencillamente porque nos hallamos ante un modo de gestión, o lo que es lo mismo, la atribución de competencias del Municipio a una sociedad municipal, que si prescindimos de entelequias personificadoras, es el propio AYUNTAMIENTO el que, en una huida del Derecho Administrativo, ha creado una sociedad para gestionar el servicio público conforme al Derecho mercantil, pero sin que esto implique la existencia de autorizaciones o licencias, sometidas al ITP*».



Igualmente Julio Tejedor indica en esta línea que *«de la gestión por administración ha de distinguirse nítidamente la tradicional gestión directa mediante sociedad mercantil de capital íntegramente público. En estos supuestos la sociedad mercantil pública actúa desarrollando las tareas y funciones para las que ha sido creada de acuerdo con su norma y, en su caso, estatutos»*⁽²⁰⁾. El autor citado indica que su actuación ha de hacerse *«ordinariamente, de acuerdo con sus programas de actuación, inversiones y financiación, contando con los recursos que genere y con las transferencias presupuestarias que le asigna la entidad pública que la creó y que la controla»* continua indicando que consecuentemente con ello *«no hay, propiamente adjudicación de contrato alguno por parte del poder adjudicador que controla a la sociedad mercantil, poder adjudicador a su vez, en relación con la actividad directamente gestionada»*.

Esta fórmula de actuación el Ayuntamiento de Barcelona⁽²¹⁾, titular de distintos entes instrumentales, como supuestos de «descentralización funcional». En una reciente instrucción clarificadora de sus relaciones sobre dichos entes instrumentales justifica en su preámbulo estos supuestos de descentralización funcional al indicar que:

«El artículo 32.1 LCSP regula la ejecución directa por parte de poderes adjudicadores (caso del Ayuntamiento de Barcelona) de prestaciones propias de contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios a través de medios propios a cambio de una compensación tarifaria.

Sin embargo, esta no es la única forma de autoprovisión de servicios o de ejecución directa de competencias y servicios municipales. Nuestro derecho positivo también regula la transferencia de competencias a entidades instrumentales dependientes o vinculadas al Ayuntamiento que constituyen un supuesto de descentralización funcional, que es una forma de gestión directa de un servicio o ejercicio de una función, a través de una persona jurídica diferenciada creada por decisión unilateral del Ayuntamiento –en nuestro caso–, el ámbito de actuación de la que está determinado por las previsiones de sus estatutos relativas a su objeto social.

En las relaciones entre los diferentes entes que conforman el sector público municipal, por un lado, y la entidad o sociedad insertada también en este sector público y que constituye un supuesto de

(20) TEJEDOR BIELSA, J., en el artículo «Ámbito subjetivo, organización administrativa y gobernanza en la nueva Ley de Contratos». Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública (ISSN 1133-4797, XVIII, Zaragoza 2018, p. 75.

(21) Instrucción relativa a la descentralización funcional y los medios propios del Ayuntamiento de Barcelona. Publicada en la Gaceta Municipal de 30 de julio de 2018.



descentralización funcional, por otro, no existe la onerosidad propia de un contrato sino que nos encontramos ante una decisión voluntaria adoptada por el Consejo Municipal en ejercicio de la potestad de autoorganización y destinada a personificar un servicio o rama de actividad de la Administración.

En virtud de esta decisión, cuando la entidad instrumental, funcionalmente descentralizada, actúa dentro de su objeto social en ejercicio de las facultades conferidas estatutariamente no opera en base al artículo 32 LCSP y como medio propio, sino que asume, a todos los efectos y como propias, las funciones transferidas y la prestación de los servicios asignados. Esta atribución tiene carácter exclusivo e indefinido, aunque no es permanente e inmutable, sino que es susceptible de ser revocada o modificada mediante la modificación estatutaria correspondiente.

Por lo tanto, cada vez que nos encontramos ante una actividad que de manera previa se ha asignado a través de los estatutos a un ente instrumental no podemos hablar de la existencia de un encargo medio propio ni, en consecuencia, elevar propuestas en este sentido a la Comisión de Gobierno.

La decisión organizativa a través de la cual se materializa la descentralización funcional queda excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 / UE que en su artículo 1.4 establece que «[...] la presente Directiva no afectará a la decisión de las autoridades públicas de decidir si desean asumir ellas mismas determinadas funciones públicas, en qué forma y en qué medida, en virtud del artículo 14 del TFUE y del Protocolo núm. 26.»

Tratándose de un servicio público descentralizado para su constitución habrá que acudir a la normativa de régimen jurídico de la administración de que se trate, la normativa local en el caso de entes locales. La cita instrucción del Ayuntamiento de Barcelona, indica que *«sin perjuicio de que los entes descentralizados funcionamiento deben cumplir naturalmente la Ley en tanto que tienen la condición de poderes adjudicatadores, el régimen jurídico de estas relaciones organizativas no lo encontramos en este texto legal, sino en la normativa general de régimen local y en las normas que disciplinan la prestación de servicios públicos y la ejecución de las competencias municipales. En consecuencia, habrá que acudir a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante LRBRL) y al Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña. Ambos textos legales reconocen la facultad de establecer el sistema de gestión de los servicios públicos derivada de la potestad de autoorganización de los entes locales y determinan las formas organizativas*



de gestión directa de manera diferenciada (organismos autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles)».

El alcance de la actividad propia o atribución de competencias o funciones viene establecido en distintos momentos de la vida de la sociedad o ente instrumental:

a) En el momento de su constitución: Inicialmente su ámbito concreto de competencia quedó justificado y definido en el expediente administrativo realizado para su constitución (el expediente de municipalización o denominación similar) y específicamente en su objeto social. Inicialmente se le realiza una atribución de competencias o funciones con carácter general o inicial. En la memoria se realiza una justificación muy completa de la conveniencia de delegación de las funciones en el ente, analizando no solo los aspectos jurídico, económicos, sino también sociales y técnicos de la implantación del servicio.

b) Durante la vida del ente instrumental: De forma periódica se concreta con la aprobación por la administración de los distintos documentos con los que se controla de naturaleza periódica, generalmente anual, la actividad de los mismos. De forma anual, con carácter previo a su actuación, aprueba sus programas de actividades, o planes de empresa o PAIF, que formulados por los entes antes del 15 de octubre de cada año, se aprueban por la administración titular y se incluyen como anexo al presupuesto. A posteriori, una vez finalizado la actividad anual del ente instrumental presenta sus cuentas o resultados al ente local para que los aprueba y los incluya en su Cuenta General. En el caso de una sociedad mercantil pública, ésta fórmula las cuentas por medio de su Consejo de Administración, con el informe favorable de los auditores de cuentas, y son aprobadas por el Pleno de la Corporación, constituido en Junta General. Para la referida aprobación, la intervención las analiza previamente y tras la misma las integra en las Cuentas General de la Corporación y sometidas nuevamente a la probación el Pleno Municipal en su condición de tal. Con una mayor periodicidad, igualmente la actividad del ente se puede establecer en los llamados contratos los llamados «*contratos programas*» que prevén la actuación y financiación del ente para varias anualidades en los supuestos que así se considere conveniente, fundamentalmente en relación a actividades con desarrollo que superan la habitual anualidad.

El contenido de la gestión del servicio es amplio, pues consiste en la actividad de habilitar los medios humanos, jurídicos, técnicos y económicos para que en definitiva dicho servicio se preste. Esta gestión se compone de una amplitud de actuaciones que exceden la mera prestación de un servicio o la realización de una obra. Consiste en una verdadera ges-



B. MODALIDADES Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL GESTOR PÚBLICO DE VIVIENDA

tión, que para que pueda ser llevada a efecto y sin resultados económicos adversos requiere la coordinación de múltiples actividades y una necesaria especialización.

Esta gestión se compone de una amplitud de actuaciones que de forma simplificada, pues se desarrollan en otra parte del estudio, son las siguientes, analizando las actuaciones de distintas empresas de AVS:

a) En relación al suelo, si no se tiene, su búsqueda y su compra tras analizar su idoneidad urbanística, jurídica y económica, teniendo en cuenta que existe un límite máximo de repercusión (del orden del 15/20%). Si ya se tiene o un vez adquirido, la solicitud de las licencias urbanísticas.

b) La urbanización del suelo o su complemento si fuera necesario.

c) La tramitación del complejo expediente de calificación de vivienda protegida, con sus distintas fases de calificación provisional y definitiva.

d) La redacción del proyecto arquitectónico con servicios técnicos propios o su contratación externa y posterior supervisión, en el caso contrario.

e) La contracción de las obras de edificación.

f) La Dirección Facultativa y la dirección de la ejecución de la obra, o en su caso, su contracción externa y su supervisión.

g) La gestión y contratación de todo lo relativo al control de calidad de la obra.

h) La contratación de los distintos seguros de responsabilidad por vicios o defectos constructivos y la realización de todas aquellas actividades previas exigidas por las entidades aseguradoras importantes.

i) El estudio económico *y cash-flow* de la promoción y de su posterior uso, bien sea en alquiler o compraventa.

j) El complejo proceso de adjudicación de las viviendas de acuerdo a la normativa específica de aplicación.

B) ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS VERSUS ENCARGO A MEDIO PROPIO

La gestión directa del servicio mediante entes instrumentales a las que se le han atribuido competencias o funciones supone, en definitiva, que la administración determina con carácter general y habitual que sea la sociedad la que realice el conjunto de las actividades necesarias para que el servicio, en definitiva, se preste; ya se ha visto lo que supone gestionar el servicio de vivienda por parte de una sociedad urbanística, servicio que además se encuentra incluido en el objeto social de la misma. Pero esta actividad habitual es distinta y complementaria del supuesto de cuando,



además de la misma. La administración se realiza un encargo específico y excepcional de una «determinada prestación» al ente instrumental.

Así, hay que precisar que constituido un ente instrumental para gestionar la vivienda y suelo, en su actuación hay que distinguir actividades que es necesario precisar pues son objeto de abundante controversia, como ya se ha adelantado. Por un lado, el desarrollo de la actividad habitual del ente en el cumplimiento de las competencias o actividades que le han sido atribuidas y por otro, el cumplimiento de esos otros encargos de actividades o actuaciones de carácter excepcional que de modo específico, puntual y con la duración temporal que se determine, que se denomina actividad encomendada o encargada y que con la actual legislación se denomina «*Encargo a Medio Propio*».

En esta línea es muy clara la citada instrucción del Ayuntamiento de Barcelona en su preámbulo regula los llamados «encargos de gestión» que no son sino los denominados encargos a medio propio de la LCSP, indicando que: «*Aparte de los supuestos de descentralización funcional, se pueden realizar encargos puntuales de tareas que no forman parte de la actividad habitual que ha motivado la constitución de la entidad instrumental. Estos encargos se pueden añadir, por tanto, a las actividades asumidas como propias por la entidad mediante la que se personifica el servicio y son una fórmula de autoprovisión de servicios que, a pesar de haberse de sujetar al artículo 32 LCSP, no constituyen un ejemplo de contrato regulado por las normas de contratación del sector público.*

Es decir, además del desarrollo del respectivo objeto social, las entidades instrumentales pueden recibir encargos de gestión para llevar a cabo actividades no habituales de colaboración técnica o material, siempre que se cumplan los requisitos que se contemplan en el repetido artículo 32 LCSP».

Como se ha indicado la actuación habitual y ordinaria de los entes instrumentales urbanísticos es el desarrollo de la actividad para la que han sido constituidos y para la que se le han atribuido competencias o funciones en una prestación directa del servicio. No obstante ello, esta actividad no es exclusiva ni la única que puede realizar, pues en casos concretos, la administración titular en su potestad de autoorganización puede, para la realización de actividades específicas y concretas, acudir a la figura del encargo a medio propio por considerarlo más apropiado por razones técnicas o sea más adecuada desde un punto de vista económico. Los gestores públicos suelen acudir a al encargo cuando se trata de actuaciones que vienen financiadas por subvenciones o ayudas económicas de otras administraciones y por ser esta figura más adecuada para la trazabilidad de las cantidades integrantes de dicha financiación. A título



de ejemplo es habitual que una sociedad de vivienda reciba el encargo de su administración local con la fijación de una tarifa en la cuantía de dicha financiación cuando se recibe financiación de la Comunidad Autónoma para la creación de un registro de demandantes de vivienda, la confección de un plan de vivienda municipal o una específica actuación de rehabilitación o revitalización urbana.

Esta diferenciación de la actividad habitual en el ejercicio de funciones o competencias atribuidas y la realización de actividades puntuales y concretas a través de encargos a medio propio y su origen y régimen jurídico diferenciado, lo ha dejado perfectamente clara la normativa urbanística de distintas CC. AA. al regular sus entes y sociedades urbanísticas que son, como hemos visto las que desarrollan el suelo, la vivienda, administran equipamientos y gestionan servicios relativos a dicha actividad. Se verán algunos ejemplos:

1) La Comunidad Valenciana en el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje (LOTUP)⁽²²⁾ que en su Disposición adicional tercera (*Entidades urbanísticas de capital público*) indica en su párrafo primero que las entidades urbanísticas de capital público creadas con finalidades urbanísticas amplias, como se ha visto *«tendrán la consideración de entes instrumentales para la gestión directa de los servicios públicos y actividades para los que ha sido constituida y, en su caso de medio propio de la administración, para la ejecución de actuaciones específicas que se le encarguen o encomienden siendo su régimen el establecido al efecto en la legislación de contratos del sector público y en la legislación de régimen jurídico del sector público»*.

2) Castilla-La Mancha en el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (LOTAU)⁽²³⁾ en su artículo 105 de indica que las distintas administraciones para la gestión directa de la actividad urbanística están facultadas para crear organismos autónomos y entidades mercantiles de capital íntegramente público o mixto, de duración limitada o por tiempo indefinido y con carácter general o solo para determinadas actuaciones y que dichos entes cuando sean de capital íntegramente público y hayan sido creadas específicamente para el desarrollo de actuaciones urbanísticas, utilizando la misma fórmula que la norma valenciana, *«tendrán la consideración de entes instrumentales para*

(22) Aprobado por el Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunitat valenciana.

(23) Aprobado por el Decreto Legislativo 1/2023, de 28 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.



la gestión directa de servicios públicos para los que han sido constituidos y, en su caso, de medio propio de la administración, para la ejecución de actuaciones específicas que se le encarguen siendo su régimen el establecido al efecto en la legislación de contratos del sector público».

3) En Aragón el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón⁽²⁴⁾, en su citado artículo 9 (Sociedades urbanísticas) igualmente contempla que la entidades instrumentales se han constituido para la gestión de las competencias urbanísticas de la incumbencia de las Administraciones que las constituyan, siempre que no implique ejercicio de autoridad, caso de gestión directa, y *que «las sociedades urbanísticas que tengan la condición de medio propio y servicio técnico de entes públicos conforme a la normativa de contratación del sector público, podrán recibir encargos de la Administración titular en las condiciones y supuestos en ella establecidos».*

Igualmente siguen este criterio distintivo diversas circulares, informes e instrucciones de varias administraciones y organismos con competencia en la materia. Se pueden distinguir las siguientes:

1. La Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía Estado / IGAE sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad distingue claramente que los entes instrumentales tienen esta doble actividad principal o de función pública para las que se han constituido y otras complementarias mediante encargo. En concreto indica *que: «En ocasiones, la condición de medio propio concurre en organismos públicos que ejecutan una función o actividad pública cuya realización constituye la razón de su creación (descentralización funcional de servicios) y, en paralelo, pueden recibir encargos para la realización de actividades no integradas en esa función pública que les está atribuida. La actividad principal supone el ejercicio de funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico...»*⁽²⁵⁾.

(24) Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón.

Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado-Dirección del servicio jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la ley 9/2017, de 9 de noviembre, de contratos del sector público en aquellas entidades que sean consideradas medios propios.

(25) Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado-Dirección del servicio jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la ley 9/2017, de 9 de noviembre, de contratos del sector público en aquellas entidades que sean consideradas medios propios.



2. El Informe 1/2019, 13 de marzo de 2019 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya sobre el «Análisis de los requisitos de los medios propios personificados establecidos en la Ley 9/2017»⁽²⁶⁾ establece claramente que hay que distinguir por un lado el supuesto de que se cree una entidad para el ejercicio de una determinada competencia que se le atribuye, caso en el cual la realización de actividades para dicho ejercicio ya no se tiene que vehicular por la vía de encargos como medio propio y por otro lado el caso de que se cree una entidad que, a pesar de tener personificación jurídica diferenciada del ente que la crea y la controla, es un medio propio de este. En el primero de los supuestos expuestos, en el caso de que una entidad creada para el ejercicio de una determinada competencia que se le atribuye se quisiera también configurar como medio propio para encargarle la realización de otros servicios diferentes a aquel que constituye su objeto –que, como se ha dicho, no se tiene que articular por la vía de encargos, sino que se tiene que ejercer como competencia propia que es de la entidad creada.

3. La Instrucción relativa a la descentralización funcional y los medios propios del Ayuntamiento de Barcelona de 30 de julio de 2018⁽²⁷⁾, establece esta distinción al indicar *«El artículo 32.1 LCSP regula la ejecución directa por parte de poderes adjudicadores (caso del Ayuntamiento de Barcelona) de prestaciones propias de contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios a través de medios propios a cambio de una compensación tarifaria. ... Sin embargo, esta no es la única forma de autoprovisión de servicios o de ejecución directa de competencias y servicios municipales. Nuestro derecho positivo también regula la transferencia de competencias a entidades instrumentales dependientes o vinculadas al Ayuntamiento que constituyen un supuesto de descentralización funcional, que es una forma de gestión directa de un servicio o ejercicio de una función, a través de una persona jurídica diferenciada creada por decisión unilateral del Ayuntamiento –en nuestro caso–, el ámbito de actuación de la que está determinado por las previsiones de sus estatutos relativas a su objeto social.../... La decisión organizativa a través de la cual se materializa la descentralización funcional queda excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 / UE que en su artículo 1.4 establece que “[...] la presente Directiva no afectará a la decisión de las autoridades públicas de*

(26) Informe 1/2019, de 13 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente) Asunto: Análisis de los requisitos de los medios propios personificados establecidos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

(27) Instrucción relativa a la descentralización funcional y los medios propios del Ayuntamiento de Barcelona. Publicada en la Gaceta Municipal de 30 de julio de 2018.

decidir si desean asumir ellas mismas determinadas funciones públicas, en qué forma y en qué medida, en virtud del artículo 14 del TFUE y del Protocolo núm. 26.»

2.3 El encargo a medio propio

2.3.1 Concepto de medio propio

La sociedad además de la actividad habitual y propia realiza, como se ha reiterado, una actividad que puede denominarse como «encomendada» o «encargada». Se produce ésta cuando la administración utiliza esta empresa que le es propia para la realización de actuaciones o actividades concretas y determinadas, distintas de las habituales. Para que pueda producirse este encargo, esta específica relación in house, es necesario que la persona jurídica que recibe el encargo tenga la consideración de «medio propio».

A ello se refiere el artículo 32 («Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados») de la LCSP 2017 cuando indica en su párrafo primero que: *«1. Los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. El encargo que cumpla dichos requisitos no tendrá la consideración de contrato».*

El concepto de medio propio es un concepto jurisprudencial, si bien la normativa española, tanto estatal como autonómica, ha establecido sus elementos definidores en la regulación de uno de los supuestos en los que actúa, las encomiendas de gestión.

La Comisión Nacional de la Competencia (CNC) da una definición citándolo a la encomienda de gestión del artículo 24.6 de la LCSP 2011 y que generalizándola puede valer como punto de partida; indica que: *«los medios propios pueden ser definidos como todos aquellos entes instrumentales, vinculados o dependientes de entidades públicas como poderes adjudicadores, a los que, cumpliendo los requisitos normativos*

establecidos al efecto, se puede encargar por parte de éstas la realización de encargos o encomiendas de gestión, es decir, gestión de servicios o realización de obras, suministros o servicios, que de otra manera, se someterían a licitación con arreglo a las normas de contratación pública»⁽²⁸⁾.

Del medio propio, tras lo indicado, puede conceptuarse como el ente instrumental con personalidad jurídica propia y de pertenencia exclusiva de una o varias administraciones públicas que, por reunir unos requisitos legales específicos, puede realizar actividades concretas y específicas por cuenta y encargo de aquellas por haber recibido el encargo de dicha concreta prestación (supuesto de encargo a medio propio) estando excluidas sus relaciones de la normativa de contratación pública, al ser considerada una relación interna o «in house», no así la de éstos con terceros pues en la ejecución de lo encargado o encomendado deben aplicar dicha normativa con el específico régimen legal a ellos asignado.

Es importante destacar en este punto que, siguiendo el criterio amplio establecido por la Jurisprudencia Europea, el medio propio puede pertenecer a varias administraciones, reconociéndose incluso el carácter de medio propio de segundo escalón o nivel, como expresamente reconoce el artículo 32.3 de la LCSP 2017, al indicar que será igualmente considerado medio propio *«en los casos en que la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, realice un encargo al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada, directa o indirectamente, por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se realice el encargo»*.

2.3.2 *Requisitos del medio propio*

En este sentido, resulta clara la parte expositiva de la Directiva 2014/24/UE al señalar que *«los contratos públicos adjudicados a personas jurídicas controladas no deben estar sometidos a la aplicación de los procedimientos previstos en la presente Directiva si el poder adjudicador ejerce sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que la persona jurídica controlada dedique más del 80 % de sus actividades al ejercicio de funciones que le hayan sido asignadas por el poder adjudicador*

(28) Comisión Nacional de la Competencia: Informe sobre «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia», p. 14. Julio de 2013.

que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador; independientemente de quién sea el beneficiario de la ejecución del contrato» (considerando 32).

Los requisitos del medio propio en la normativa española los determina el artículo 32.2.º de la nueva Ley pudiendo sintetizarse en los siguientes:

a) Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas.

b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.

c) Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

d) Como requisito formal, reconocimiento en los estatutos o en los actos de creación del carácter de medio propio.

e) El medio ha de ser idóneo para poder realizar el encargo o encomienda.

En relación a estos requisitos la Ley establece que estos son sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Es evidente que una sociedad pública municipal, de capital íntegro del propio Ayuntamiento y constituida tras el complejo procedimiento administrativo con sus distintos aspectos justificativos en orden a su finalidad, concretada en el objeto social y con todos los requisitos de publicidad administrativa y mercantil, con su elevación a escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, es un medio propio del ayuntamiento para la ejecución por cuenta del mismo de todos aquellos servicios y actividades económicas que se han concretado en su objeto y justificado en su memoria. Lo contrario carece de toda justificación jurídica y respondería a un formalismo absurdo ajeno a los criterios funcionales del Derecho europeo.

Mediante el expediente de constitución se concretan las razones que han llevado a la corporación local a decidir su creación; se ha justificado que el servicio o la actividad no solo es eficiente desde el punto de vista económico y de estabilidad presupuestaria y se han concretado

específicamente las actividades que pueden realizar y en su facultad de autoorganización se ha considerado que dicha actuación instrumental es la forma más eficaz.

Consecuentemente con lo indicado, dicha sociedad es «medio propio» del ayuntamiento y está fuera de toda duda. En este supuesto la delegación permanente de competencia a la sociedad o el «macro encargo de gestión» se produce expresamente en el referido expediente de creación, al que como se ha indicado se le da todo tipo de publicidad administrativa (como si de una ordenanza se tratase) y mercantil.

Seguidamente se analizarán los requisitos necesarios para la consideración de medio propio exigidos por la norma, sin un carácter exhaustivo pues no es objeto del presente estudio y destacaremos algunos de los aspectos de los mismos que no parecen totalmente adecuados a lo que se acaba de indicar.

A) CONTROL ANÁLOGO PROPIOS SERVICIOS

Para poder ser considerado medio propio se exige, en primer lugar, que el control de la administración matriz sea absoluto sobre el ente instrumental, es decir, que ostente sobre el mismo *«que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas»*.

En todo caso, sigue indicando la norma, se entenderá que el poder adjudicador que puede conferirle encargos ostenta sobre el ente destinatario del mismo un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo.

Este requisito no se cumple en el caso de entes con participación privada o empresas de economía mixta, siendo por ello precisa la íntegra o exclusiva titularidad pública del capital social, pues en los supuestos de participación privada la inversión obedece a intereses privados y no se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público.

En esta línea, alguna jurisprudencia ha exigido que este control no sea un control genérico o nominal sino efectivo.

Las sociedades públicas son controladas real y efectivamente por la administración titular, pues la Junta General de la misma suele ser el Pleno Municipal, además sus miembros políticos y técnicos del mismo formar la gran parte o la totalidad del consejo de administración, órganos que deciden la actividad de la empresa de forma ordinaria y prueban anualmente con carácter previo el Plan de empresa y los Programas de Actuaciones Inversiones y Financiación (PAIF), aprueban posteriormente las cuentas y autorizan las operaciones de endeudamiento.

Precisando los aspectos económicos, Julio Tejedor, indica que el control del Ayuntamiento se produce igualmente mediante los *«controles financieros que resulten de aplicación a las sociedades que de ellos dependen conforme a los artículos 220.1 y 223.1 LRHL, relativos al control financiero y al control externo respectivamente. En particular; en la gestión directa mediante sociedad mercantil la corporación municipal se reserva el control de la empresa a través del nombramiento de los administradores, desde la perspectiva orgánica, y mediante la censura de cuentas, desde la funcional y económico-financiera, pues resulta obligatoria la formación de una cuenta general en la que se incluirán las de las sociedades mercantiles de capital íntegramente propiedad» del municipio»*⁽²⁹⁾.

En relación al requisito del control análogo han de contemplarse dos supuestos específicos pero que es necesario destacar:

a) Entre distintos entes de una misma administración: El control análogo se produce también entes instrumentales o medios propios de una misma administración, el control análogo que pudiera definirse como de segundo escalón. En concreto el artículo 32 en su párrafo 3.º indica que este requisito también se cumplirá *«... en los casos en que la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, realice un encargo al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada, directa o indirectamente, por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se realice el encargo»*.

b) Control análogo conjunto: Se produce cuando el ente instrumental es medio propio de varios poderes adjudicadores a la vez. El citado artículo 32 lo contempla en su párrafo 4.º indicando que *«Tendrán la con-*

(29) TEJEDOR BIELSA, J., *«Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación»*. Capítulo 9.º de la obra Observatorio de contratación pública 2013. Obra dirigida por José María Gimeno Feliu y coordinada por Miguel Ángel Bernal Blay. Editorial Aranzadi, SA, 2014, p. 379.



sideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos generales indicados para los supuestos ordinarios siempre que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos ejerzan sobre el ente destinatario del mismo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades. Se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

1. Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos.
2. Que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo.
3. Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.

En relación al mismo hay que indicar que es uno de los aspectos que ha dado lugar a distinta jurisprudencia tanto española como del TJUE precisando que lo esencial es que cuando se trata de varios entes territoriales que controlan la empresa, el requisito relativo a lo esencial de la actividad puede entenderse satisfecho si realiza lo esencial no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en su conjunto. Se pueden destacar la sentencia del TJUE de 12 de mayo de 2022, asunto Iren Spa C- 719/20 y la reciente sentencia del Tribunal Supremo núm. 1205/2024 de 4 de julio⁽³⁰⁾.

B) ACTIVIDAD ESENCIAL CON LA ADMINISTRACIÓN TITULAR

Es necesario que la mayor parte de la actividad de la sociedad se realice para su administración matriz, es decir, en el desarrollo de las prestaciones y actividades que son de propia competencia de su Ayun-

(30) Es muy interesante el estudio que sobre la misma realiza Joaquín Tornos Mas, Catedrático honorífico de la Universidad de Barcelona en su artículo Los encargos a medios propios y el control análogo conjunto. El Tribunal Supremo fija doctrina sobre el alcance de este control en el Acento Local, publicado el 11 de septiembre de 2024. <https://www.gobiernolocal.org/acento-local/los-encargos-a-medios-propios-y-el-control-analogo-conjunto-el-tribunal-supremo-fija-doctrina-sobre-el-alcance-de-este-control/>.

tamiento propietario. Quiere decir ello, que se trate de una sociedad en la que la actividad principal sea la de prestación de servicios para su administración.

Se considera que presta esta actividad mayoritaria como indica el artículo 32.2, letra b) cuando *«más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo»*.

La propia norma establece que a estos efectos, para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo.

Cómo y qué actividades son las que se han de tener en cuenta para calcular el citado 80% de la actividad del ente instrumental para ser considerado medio propio es una de las cuestiones que sorprendentemente ha complicado la actuación de los Gestores Públicos.

Hay que partir de la claridad del artículo 12.1 b) Directiva 2014/24/UE que indica que habrán de tenerse en cuenta las actividades de esa persona jurídica que se lleven a cabo en el ejercicio de *«cometidos que le han sido asignados»* por el poder adjudicador que la controla, el artículo 32 de la LCSP se refiere a *«cometidos confiados»* por el poder adjudicador o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo. A tenor de lo indicado parece claro que deberán computarse aquellas actividades que el ente instrumental realiza por cuenta de su administración bien en el ejercicio de las actividades ordinarias y habituales por ser competencias atribuidas en su propio objeto social, como aquellas que realice de forma habitual y concreta mediante encargo a medio propio.

Pues bien, sorprendió que la Circular conjunta de la Abogacía General del Estado y la Intervención General del estado (IGAE) en 2019 sobre la determinación de criterios para el cálculo del cómputo del requisito del 80 actividad exigido por el artículo 32 de la LCSP⁽³¹⁾ restringiese la base del cómputo sobre solamente a la que realiza el medio propio por la

(31) Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio jurídico del estado y de la Intervención General de la Administración del Estado sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de contratos del sector público en aquellas entidades que sean consideradas medios propios.

actividad proveniente de los encargos a medios propios. La citada circular indicaba literalmente que: «*El requisito de actividad implica que la parte esencial de la actividad del medio propio, que la LCSP concreta en un porcentaje superior al 80 %, se lleve a cabo en ejercicio de cometidos conferidos por el poder adjudicador, o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo. Por ello, el indicador de actividad ha de estar relacionado con acciones del poder adjudicador en relación con encargos (prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria)*» o con mayor claridad «*Con carácter general no se considerarán parte de esta actividad aquellas que hayan sido realizadas sin la cobertura de un encargo, siendo justificable tener en cuenta aquellas otras que se hayan realizado por imposición unilateral y con compensación basada en el coste que pudieran tener cabida en el concepto de encargo por concurrir las notas características de este negocio jurídico. Por tanto, en el numerador del indicador deberá incluirse el importe correspondiente a los encargos recibidos*». Es decir que con carácter general se excluyen y no se consideran parte del 80 % aquellas actividades que hayan sido realizadas en ejecución de su objeto social como actividad ordinaria y habitual.

El criterio de la citada circular, fue ampliamente criticado por el sector público instrumental y por distintos sectores doctrinales por considerar que realizaba una restricción no justificada en la normativa española y la europea, opinando que debe incluirse toda la actividad proveniente de encargos como del desarrollo de su objeto social.

Finalmente ha sido el Tribunal de Cuentas de 31 marzo 2022 en su informe de fiscalización sobre la adaptación del Sector Público no financiero a la ley 40/2015 y LCSP⁽³²⁾ el que ha establecido que es una restricción carente de fundamento y contrario a la Normativa y Jurisprudencia Europea y en consecuencia hay que tener en cuenta las actividades realizadas por la ejecución de su objeto social y las provenientes de un encargo a medio propio. Al indicar que:

«Por otra parte, en relación con la interpretación de que se deben incluir para su cómputo únicamente aquellas actividades relacionadas con la ejecución de los encargos, procede señalar que la Directiva y la

(32) Informe de «Fiscalización de la adaptación de los medios propios existentes en el ámbito empresarial estatal no financiero a las exigencias de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público y de la Ley 9/2017 de contratos del sector público», aprobado por el pleno del tribunal de cuentas en su sesión de 31 de marzo de 2022.

LCSP emplean el término «cometido» sin hacer referencia a la figura del «encargo». Tampoco se hace referencia en la Ley al término «encargo» cuando se determina el modo de calcular el 80% de actividad; en concreto, se dispone respecto de los gastos «los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad...». Es decir, se hace referencia a «servicios prestados» y a «prestaciones que haya realizado para cualquier otra entidad».

.../...

En consecuencia, por las razones expuestas, para analizar el cumplimiento del requisito de actividad el Tribunal de Cuentas ha considerado más adecuado tomar en consideración el indicador seleccionado por cada una de las entidades fiscalizadas respecto a las actividades que ha realizado para los poderes adjudicadores que le pueden conferir encargos o para entidades controladas por aquellos en general, valorando su razonabilidad, así como el porcentaje que, al aplicar dicho indicador, suponen esas actividades respecto de su actividad total, con independencia de si el indicador se ha aplicado sobre actividades que son consecuencia de la mera ejecución de su objeto social o sobre actividades ejecutadas bajo la cobertura formal de un encargo...⁽³³⁾.

Siendo una de las recomendaciones del Informe que: «Se considera necesario dotar de desarrollo reglamentario a los preceptos que la LCSP dedica a los medios propios, precisando los términos y el modo en que las entidades han de cumplir los requisitos exigidos para adquirir tal condición, especialmente en lo referido al requisito de actividad, cuya definición legal está originando diferencias de criterio y confusión en torno a su cumplimiento. Y, en tanto este desarrollo reglamentario no se produzca, se considera conveniente que la IGAE y la Abogacía General del Estado adapten en mayor medida los criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad a las particularidades del sector público empresarial estatal y a la doctrina “in house providing”, de manera que atiendan a la actividad esencial de una entidad y a su repercusión en el mercado, cualquiera que sea su causa o forma jurídica, y garanticen que la actuación del medio propio no perjudica el principio de libre competencia»⁽³⁴⁾.

(33) Informe del Tribunal de cuentas citado en la nota anterior, pp. 15-17.

(34) *Idem* nota anterior, p. 79.



Este requisito exige distintos aspectos o elementos que se han puesto de manifiesto a través de la Jurisprudencia del TJCE, en concreto, son esencialmente los siguientes⁽³⁵⁾:

1. Que la actividad de dicha empresa esté destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal (Sentencia TEKAL), y para su apreciación deben considerarse todas las circunstancias del caso, tanto cualitativas como cuantitativas (STJCE Carbotermo y Consorzio Alisei, apartados 63 a 64). A tal fin, el volumen de negocios determinante es el que la empresa realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el ente territorial que la controla, incluido el realizado con los usuarios en ejecución de tales decisiones, careciendo de importancia quién remunera a la empresa y en qué territorio se prestan dichos servicios.

2. En el supuesto de que sean varios los entes territoriales que controlan una empresa, la actividad a tomar en consideración es la que la empresa realiza con el conjunto de entes territoriales (STJCE Carbotermo y Consorzio Alisei, apartados 65 a 72).

3. Es independiente y no relevante a estos efectos la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad.

C) TOTALIDAD CAPITAL PÚBLICO

Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública, este no es sino un complemento necesario del control análogo antes visto, siendo, como se ha visto, elemento necesario para el mismo pero no suficiente. En este sentido, al igual que el concepto de sociedad mixta, se ha producido una evolución en el sentido de que si bien originariamente se exigía el criterio de total pertenecía del capital a un ente territorial único, en la actualidad lo que se exige es que todo el capital sea público, aunque pertenezca a distintos poderes adjudicadores, impidiéndose la entrada del capital privado aun cuando sea mínimo.

(35) En este sentido se pronuncian y sintetizan los requisitos jurisprudenciales, los siguientes autores a los que nos remitimos:

– BERNAL BLAY, M. Á., «*Un paso en falso en la Interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in House*». Revista Española de Derecho Administrativo (REDA), núm. 137, pp. 118-121. Enero-marzo de 2008. Editorial Thomson-Civitas.

– RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J. A., Artículo «*Las encomiendas a entes instrumentales en la Legislación Foral de Contratos Públicos de Navarra: contraste con el Derecho Comunitario Europeo y la legislación básica estatal*». Revista Jurídica de Navarra. Enero-junio de 2009, núm. 47, pp. 39-86.



Ahora bien el requisito del capital público exclusivo veda la entrada en las mismas del capital privado, pero no solo en el momento inicial de la contratación sino que debe ser mantenido en el tiempo. Es decir que si después del encargo entra capital privado en la sociedad debe negarse este carácter. Es el caso analizado por el TJCE en la sentencia de 10 de noviembre de 2005 (As C-C-29/04, Comisión Vs. República de Austria, apartado 42) es un supuesto en el que el Tribunal niega la existencia del control análogo al haberse desprendido tras la adjudicación el Ayuntamiento del 49% de las acciones a favor de una compañía privada.

La razón de ello es que si el capital no es totalmente público, la sociedad mediante el encargo de gestión o encomienda puede generar beneficios y parte de estos, en la proporción de su capital aportado, iría al empresario privado, sin los requisitos de la pública concurrencia, igualdad de trato y no discriminación.

D) RECONOCIMIENTO EXPRESO ESTATUTOS

La letra d) del citado artículo indica que *«la condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:*

1.º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio.

2.º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.

Los estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberá determinar: el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición; precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; y establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

En todo caso, se presumirá que cumple el requisito establecido en el número 2.º de la presente letra cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los Grupos, Subgrupos y Categorías que ostente».



En este tema es necesario establecer algunas precisiones. En primer lugar si nos atenemos al criterio no formalista de la Unión Europea, en el sentido, se entiende, que este carácter de medio propio deberá constar expresamente indicado o en los estatutos o en la norma de su constitución que con independencia de que se utilice literalmente el término «medio propio» o «servicio técnico», sino que ello se deduzca de los elementos definidores de la constitución de la sociedad y de las relaciones que mantiene con su administración titular.

Por otro lado, si bien «*sensu contrario*», ha sido muy clara la Jurisprudencia Europea, al indicar que es la realidad de la actuación de la sociedad lo que define éste, pues la determinación en los estatutos no implica que lo sea si por la naturaleza de la sociedad o su actividad queda acreditado que no reúne esta condición.

Hay que considerar la memoria de constitución de la sociedad, que no puede olvidarse que se tramita con exposición pública y de la misma forma que una ordenanza municipal, por lo que podría ser considerada como la «norma de creación», o en los estatutos se deduce claramente esta condición, aun cuando no se emplee literalmente la expresión «medio propio», debe ser considerado como tal.

En este sentido es clara la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que en su Informe 26/2008, de 3 de noviembre, en los supuestos de gestión directa, excluye el requisito formal del reconocimiento expreso que limita exclusivamente a los supuestos de encomienda de gestión, así indica:

«De modo que en el ejercicio de tales funciones, tanto la CARTV como las sociedades «Televisión Autonómica de Aragón, SA» y «Radio Autonómica de Aragón, SA», representan una personificación del servicio público, supuesto distinto por lo tanto de los encargos, y previsto expresamente en el artículo 8 LCSP. Según el tenor literal de éste:

1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquel en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante.

2. 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.

Por ello, para desempeñar el citado servicio público no requieren, ni la Corporación ni sus sociedades, reconocimiento como medio propio porque no actúan como tales; es decir no estamos ante un encargo de los del artículo 4.1.n) de la LCSP, sino ante una gestión directa de

servicio público (contrato fuera del ámbito de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo)».

No obstante ello, el informe 21/2008, de la Comisión Consultiva de la Contratación Administrativa de Andalucía, declara que para que un ente instrumental de una universidad tenga la condición de medio propio, debe realizarse un reconocimiento expreso de su condición de tal medio en las escrituras de constitución o en los estatutos.

Por todo ello, es conveniente a efectos prácticos y para evitar tener que justificar siempre dicho carácter, que en la medida de lo posible se adapten los estatutos para reconocer este carácter de forma expresa y literal.

2.3.3 *El requisito de la idoneidad*

La idoneidad del medio propio es esencial. Así es necesario para poder ser considerado idóneo que el ente instrumental, en este caso una sociedad pública, pueda efectivamente realizar la actividad para la que se ha constituido o que se le ha encargado o encomendado. En caso contrario se iría contra la esencia y fundamento del ente instrumental o la sociedad pública, constituida para prestar de forma más ventajosa el servicio o realizar la actividad económica de la administración local, y no solo no existiría justificación para el encargo sino para la propia existencia de la sociedad.

Pero que la sociedad sea un medio idóneo significa que debe de tener los recursos humanos, económicos o técnicos que le permitan realizar o gestionar el servicio o la prestación, pero no significa, en modo alguno, que deba de ejecutar personal y materialmente la prestación en su mayor parte (criterio del 50%). No obstante ello, este último criterio recientemente se ha plasmado en distintos comentarios doctrinales, resoluciones de Juntas de Contratación Administrativas e, incluso, en alguna normativa específica como la ya comentada Ley Foral de Contratos de Navarra y hoy día en la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

El origen de este erróneo concepto es la regulación en el mismo artículo, el 24 del TRLCSP 2011, de dos figuras distintas, como se ha visto, por un lado la ejecución por la propia administración (párrafos 1 a 5) y los requisitos del medio propio para la encomienda de gestión (párrafo 6). Si a ello se le une la errónea identificación de la encomienda y la gestión directa del servicio mediante sociedad pública, da lugar a la disparatada pretensión de que en la compleja gestión directa del servicio, se pretenda que la sociedad realice la ejecución material de más del 50% del mismo. Piénsese en una sociedad urbanística que esté desarrollando un específico polígono, ello supondría que la sociedad debería ejecutar la



mayor parte de las obras de urbanización o en caso de desarrollarse una promoción de vivienda protegida en suelos cedidos, realizar la construcción de la misma, como si de una empresa constructora se tratase, confundiendo la promoción con la ejecución material de la obra, actuación específicamente prohibida a las sociedades urbanísticas.

Esta problemática y su solución tras las propuestas de AVS se plasmaron en específicas enmiendas que se introdujeron en la Ley ya se ha analizado con profundidad en el apartado 1.2.3.4.– Desacertada interpretación del criterio de idoneidad, al que nos remitimos. No obstante ello, hay que indicar que la cuestión quedó resuelta con la introducción el inciso propuesto en el artículo 32.7, que no es sino la inclusión del anterior 8.2 del TRLCSP de 2011. En concreto dicho artículo literalmente indica:

En concreto en el artículo 32.7, indica que: *«a los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido de conformidad con el presente artículo, se le aplicarán las siguientes reglas:*

b) 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».

Pero, al final se consiguió introducir la excepción de que no solo no será aplicable lo 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, ni a *«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 excepción indicada a dicha pretendida subcontratación opera con carácter general, porque deja claro que en la nueva ley de acuerdo al criterio histórico de anteriores leyes una cosa es la gestión directa por ente instrumental, que es una decisión autoorganizativa de gestión del servicio en sentido amplio y que como tal es la realización de una serie de actividades complejas para que en definitiva se preste el mismo, pero no una ejecución de la obra o servicio y no una mera ejecución material de una obra o servicio de la normativa contractual. Otra cosa es la realización de una prestación específica mediante encargo que tiene un régimen jurídico distinto. Aun siendo distintos en ambos casos no opera este límite del 50 %, en el primero en el caso de gestión de servicios porque no se aplica este límite de la LCSP y va en contra del concepto de gestión de servicio, y en

el caso de encargo a medio propio porque se exceptiona expresamente en la propia LCSP cuando se actúa por ente instrumental. Además se prohíbe expresamente la ejecución material de la obra en la normativa especial de las sociedades urbanística, como se ha visto.

Se refuerza esta interpretación por la denominada «interpretación auténtica de la norma» que es la que hace el propio legislador. En este caso está perfectamente claro en la justificación de las enmiendas presentadas. Como se ha visto la enmienda núm. 482, del G. P. Socialista, indica: *«La redacción actual del artículo 32.6 del Proyecto de Ley plantea un grave problema a los entes instrumentales al aplicar un criterio restrictivo del requisito de idoneidad del medio propio, no exigido por la legislación europea, al obligar que éste realice materialmente por sí misma el 60% de la cuantía del encargo, salvo casos justificados. Se confunde el encargo de una obra o servicio concreto con el encargo de “gestionar un servicio” que es lo que hacen habitualmente los entes instrumentales, ya que son una forma de gestión directa de los servicios públicos, especialmente los locales (art. 85 de la Ley 7/1985, LBRL). De acuerdo con el Proyecto si se pretende encargar una promoción urbanística concreta o de un grupo de viviendas, por mucho que sea en valor del conjunto de las actuaciones de gestión que hay que realizar (elaboración de proyectos, licencias, dirección de obras, acogimiento a la protección oficial, solicitud de ayudas y créditos de los planes de vivienda, selección de adjudicatarios, planes de seguridad y salud, contratación de obras de urbanización y/o edificación, etc.), nunca puede ser comparado económicamente con el valor de la obra a ejecutar (el valor de la obra edificada o urbanizada) que paradójicamente es lo más simple de realizar. Además va en contra de la normativa específica de las Sociedades Urbanísticas, competencia de las CC. AA., que le imponen la obligación de ser solo promotoras y no constructoras, al prohibirle la ejecución material de las obras y obligarlas a ofertarlas públicamente».*