

LA GESTIÓN DIRECTA DESCENTRALIZADA

Cristina Recarte Llorens (Letrada de la Comunidad de Madrid)¹

Tradicionalmente, las distintas leyes que han regulado las formas de gestión de los servicios públicos han partido de la diferenciación entre «gestión directa» y «gestión indirecta» de los mismos.

La gestión indirecta es la que se realiza a través de un contrato, mientras que la directa es aquella en la que la Administración presta el servicio o realiza la actividad bien de forma centralizada, por la propia Administración, bien de manera descentralizada, a través de un ente instrumental, sea una entidad de derecho público o una sociedad cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Las sucesivas leyes de contratos públicos se han encargado de excluir de su ámbito de aplicación los casos de gestión directa, sobre la base de que, en tales casos, no hay contrato.

Tal exclusión se realizaba en sede de definición del contrato de gestión de servicios públicos. Así, el artículo 8.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, señalaba que *“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”*. Debe apuntarse que la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), no contempla un precepto análogo, si bien un sector doctrinal considera que el legislador ha incorporado una regla de similar significación, de manera asistemática y confusa, en el artículo 32.7.b) párrafo segundo².

¹ En la actualidad ocupa el puesto de Letrada Jefe del Servicio Jurídico en la Consejería de Vivienda, Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid.

² *“No será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. Igualmente no será de*

Así pues, dentro del conjunto de estas relaciones jurídicas entre poderes adjudicadores que quedarían fuera del ámbito de la contratación destacan la cooperación, bien horizontal o vertical, y los supuestos de gestión directa.

A la cooperación se refiere el artículo 31 de la LCSP, señalando lo siguiente:

“1. Las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar entre sí de alguna de las siguientes formas, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual:

a) Mediante sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, y en el artículo 33 para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ejercicio de su potestad de auto organización, mediante el oportuno acuerdo de encargo.

b) Mediante sistemas de cooperación horizontal entre entidades pertenecientes al sector público, previa celebración de los correspondientes convenios, en las condiciones y con los límites que se establecen en el apartado 1 del artículo 6”.

Sin embargo, la LCSP no contiene ninguna referencia a la exclusión de su ámbito de aplicación de la gestión directa, como ya hemos señalado. Sí existe, en cambio, una referencia a esta figura, bajo la denominación «transferencia de competencias», en el artículo 1.6 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública (en adelante, Directiva de Contratos), para excluirlo de su ámbito de aplicación en los siguientes términos:

“Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones 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”

los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva” (el subrayado es nuestro).

Resulta de interés, a estos efectos, el Informe 1/2019, de 13 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, que distingue la figura de la gestión directa (o transferencia de competencias) de la figura del encargo a medios propios (actualmente regulada en el artículo 32 de la LCSP), y del que se desprende la dinámica de la gestión directa descentralizada, en los siguientes términos:

“Hay que recordar que la Directiva 2014/24/UE distingue entre los “contratos públicos entre entidades del sector público”, regulados en su artículo 12 – aunque, como ya se ha dicho, para excluirlos de su ámbito de aplicación–, y la atribución de funciones a un ente, cuestión organizativa no regulada por la Directiva. Así se dispone en el artículo 1.6 de la Directiva, en el cual se señala que “los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva.

(...) En definitiva, hay que distinguir, por una parte, 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 otra parte, 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 –cumple todos los requisitos fijados por la normativa–, en el caso de que las actividades llevadas a cabo por haberle sido confiadas por el poder adjudicador que la controla tienen que comportar más del 80% de su actividad, medida sobre la base de su volumen total de negocio, en el cual hay que incluir también los ingresos

percibidos, en su caso, por las personas usuarias del servicios que sean objeto de atribución por parte del poder adjudicador, o sobre la base de los gastos en que incurre el medio propio con ocasión de estos, en relación con la totalidad de los gastos en que incurre para llevar a cabo su actividad. 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–, en el cálculo del porcentaje de la actividad, para analizar la concurrencia del requisito para ser medio propio, hecho sobre la base del volumen total de negocio de la entidad, se podrían computar dentro del 80% los ingresos percibidos, en su caso, por las personas usuarias del servicios que conforman su actividad por atribución del poder adjudicador que la controla” (el subrayado es nuestro).

En la práctica, se plantea la problemática de diferenciar la figura de la gestión directa (transferencia de competencias) con la del encargo a medios propios prevista en la LCSP; y es que aquello que se plantea como un posible “encargo” no deja de ser algo que también podría ser objeto de una gestión directa por parte de la entidad dependiente a la que se transfiere la competencia.

Por otro lado, no cabe duda de que todas las Comunidades Autónomas regulan la posibilidad de atribuir la gestión directa de servicios de su competencia a favor de entidades dependientes de las mismas.

En el caso de la Comunidad de Madrid, su Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid, establece en su artículo 1 que “*la Comunidad de Madrid, de acuerdo con la legislación básica del Estado y en cumplimiento de lo señalado en los artículos 39 y 40 de su Estatuto de Autonomía, podrá crear, para la prestación de determinados servicios públicos o el ejercicio de actividades que coadyuven a su realización, entidades de carácter institucional con el régimen y requisitos establecidos en la presente Ley*”. A su vez, el artículo 2 incluye, dentro de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid, a “*c) Las empresas públicas*”,

dentro de las que menciona “*las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Comunidad de Madrid, sus organismos autónomos, entidades de derecho público y demás entes públicos*”.

Debe reconocerse que estamos en presencia de una cuestión difusa por el hecho de que tanto el encargo como la gestión directa descentralizada de un servicio público o actividad son figuras que dimanan del ejercicio de la potestad de autoorganización de la Administración Pública y, además, de la circunstancia de que la prestación a realizar a través de un encargo es susceptible de haber podido ser configurada previamente como el objeto propio de una entidad instrumental en el marco de la gestión directa.

En adición, en el caso del encargo, sus requisitos quedan claramente expuestos en el artículo 32 LCSP mientras que, para la gestión directa descentralizada mediante la transferencia de competencias, no se explicitan todos ellos por la norma.

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

Algunos autores, como Juan Manuel Pérez Mira³, han planteado la solución a dicha dualidad en función de si la decisión de atribuir una actuación a la entidad dependiente se sitúa en el momento inicial (constitución de la entidad dependiente o modificación de su objeto social) o bien en un momento posterior en el que ya existe una

³ PÉREZ MIRA, J.M. “*Las relaciones económicas entre las entidades dependientes y sus administraciones titulares*”, en LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO INSTRUMENTAL, págs. 263 y ss. RDU EDITORES, 2019.

entidad dependiente previamente creada y en funcionamiento que tiene unas determinadas capacidades y medios de actuación⁴.

La Comisión Europea emitió en 2011 un «Documento de trabajo de los servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación dentro del sector público)» (Documento 2011, en adelante). Este Documento recopila y resume la jurisprudencia del TJUE sobre las formas de cooperación y alude a las “*transferencias de competencias*”, entendiendo por tales los supuestos en los que la competencia de una autoridad pública para la realización de una tarea de interés público se cede a otra autoridad, de modo que, como resultado, se produce una redistribución de competencias.

La transferencia de competencias -continúa el Documento 2011- forma parte de la configuración de la organización administrativa nacional, es un asunto interno de cada Estado miembro, ajeno al ámbito de la Unión Europea y sobre el que no se proyecta la normativa comunitaria de contratación pública, extremo que, como hemos visto, quedó definitivamente ratificado por la Directiva de Contratos.

Es decir, las directivas solo aplican a los sistemas de cooperación vertical —igual que sucede con la horizontal— en la medida que los definen y determinan las condiciones

⁴ Afirma el citado autor que “*en el primer caso, nos situaremos ante un planteamiento de gestión directa del servicio público que deberá tramitarse y adecuarse a las exigencias que la normativa exige para la prestación directa a través de entidades dependientes de los servicios públicos de la administración, mientras que en el segundo caso (cuando nos encontramos en un momento posterior), la figura podría ser la del encargo pues de lo que se trata es de que la administración, en ejercicio de su potestad autoorganizativa, pueda utilizar medios y capacidades con las que cuenta para obtener determinadas prestaciones sin necesidad de acudir al mercado*”. En apoyo de su tesis cita la Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado, sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la LCSP en aquellas entidades que sean consideradas medios propios. De acuerdo con dicha Circular, puede deducirse, según el citado autor, que, cuando se trata de la actividad principal para la que una entidad dependiente ha sido creada por la Administración, el cauce a utilizar sea el de la gestión directa, mientras que, si se trata de actuaciones de carácter accesorio a la anterior o de carácter limitado en el tiempo, resultará más adecuado la actuación por la vía del encargo (art. 32 LCSP). En adición, existiría una limitación dada por la duración temporal. Aunque la norma no especifica el plazo máximo que pueda tener un encargo, sí que establece la obligación de darle publicidad lo que, en la práctica, implica la necesidad de establecer algún plazo. Por tanto, el encargo tendría una continuidad limitada en el tiempo mientras que la atribución de la prestación de un servicio público o actividad en régimen de gestión directa a una entidad dependiente no tiene necesariamente dicha limitación temporal.

para que sea posible su exclusión en la aplicación de las normas de contratación pública. Las transferencias de competencias, en cambio, no constituyen un contrato ni contienen una prestación contractual y, en ese sentido, ni siquiera se ven afectadas por las directivas.

Finalmente, cabe sintetizar las notas características de la “*transferencia de competencias*” a la vista de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, dictada en el asunto Remondis C-51/15, que señala las siguientes:

- La transferencia, para serlo, debe ser global, comprensiva de las funciones de cumplimiento o prestaciones que incluye dicha competencia transferida, así como las potestades de decisión asociadas a dicha competencia. Este requisito implica que la entidad a la que se transfieren las competencias debe disponer de la totalidad de las facultades y responsabilidades necesarias para cumplir la función pública para la que le han sido atribuidas las competencias⁵.

- La autoridad a la que se transfiere la competencia debe ejercer esta competencia con plena autonomía y bajo su propia responsabilidad. No obstante, ello no impide que la autoridad cedente pueda reservarse un cierto derecho de supervisión, afirmando el TJUE que “*tal autonomía de acción no significa que la entidad que resulta ahora competente deba sustraerse a toda influencia por parte de cualquier otra entidad pública. En efecto, una entidad que transfiere una competencia puede conservar cierto derecho de supervisión de las funciones derivadas de ese servicio. No obstante, tal influencia excluye, en principio, toda injerencia en la forma concreta de ejecución de las funciones comprendidas en la competencia transferida*”.

⁵ Afirma la sentencia citada que “*para poder ser considerada como tal una transferencia de competencia debe tener por objeto no sólo las responsabilidades vinculadas a la competencia transferida, en particular, la obligación de cumplir las funciones que dicha competencia implica, sino también los poderes que son el corolario de ésta. Ello requiere que la autoridad pública a la que se le confía una competencia tenga la facultad de organizar la ejecución de las funciones que comprende dicha competencia, así como de establecer el marco reglamentario de esas funciones y que disponga de una autonomía financiera que le permita garantizar la financiación de las citadas funciones. En cambio, no sucede así si la autoridad inicialmente competente conserva la responsabilidad principal relativa a las referidas funciones, si se reserva el control financiero de éstas o si debe aprobar previamente las decisiones que pretenda tomar la entidad a la que se adhirió*”. Consecuencia de ello, la cesión produce un efecto liberatorio para quien cede —de modo que no es posible si la normativa nacional no lo permite— y un efecto atributivo para el cesionario.

- Se exige también autonomía financiera y el suficiente margen de maniobra al respecto por parte del cesionario. La autoridad cedente debe poner a disposición de la entidad a la que se transfieren las competencias todos los recursos necesarios para cumplir con sus nuevas funciones.

- La transferencia voluntaria de competencia no es irreversible. El reparto de competencias dentro de un Estado miembro no puede considerarse congelado, de modo que son posibles reorganizaciones sucesivas.

- En la transferencia de competencias, el ente cesionario puede desarrollar en favor de terceros cometidos distintos a los propios de las funciones públicas comprendidas en la competencia transferida, o prestaciones de mercado, si así lo permite el derecho interno y en los términos del mismo.

- Por lo demás, la transferencia de competencias puede ser voluntaria o impuesta por la normativa y se aprecia mejor, como tal transferencia, si el cometido transferido no consiste en una mera tarea puntual o de carácter material.

Junio de 2023.