



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 65\_xaneiro-xuño 2023 | pp. 5-48  
Santiago de Compostela, 2023

<https://doi.org/10.36402/regap.v1i65.5007>

© Antonio Javier Ferreira Fernández

ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 21/11/2022 | Aceptado: 29/11/2022

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

# Os encargos a medios propios: Análise do caso do servizo de limpeza da Universidade de Santiago de Compostela

Los encargos a medios propios:  
Análisis del caso del servicio  
de limpieza de la Universidad  
de Santiago de Compostela

Commissioning of own  
resources: Case study of the  
University of Santiago de  
Compostela cleaning service

65 Regap

Regap



ESTUDIOS

ANTONIO JAVIER FERREIRA FERNÁNDEZ

Catedrático de Dereito Administrativo

Universidade de Santiago de Compostela

ferreira.fernandez@usc.es

**Resumo:** Partindo dun caso real, o encargo á Fundación USC M.P. da xestión do servizo de limpeza da Universidade, preténdense analizar as cuestións problemáticas que presentan os encargos a medios propios e expor as solucións adoptadas, así como as dúbidas que estas solucións suscitaron e suscitan. Trátase de aproximar o lector a unha cuestión complexa, chea de incertezas e dúbidas e que se atopa *sub iudice*. Ao ser un caso aberto, pode servir de pauta a outros operadores xurídicos na medida en que nos atopamos ante unha problemática viva, controvertida e de plena actualidade nun contexto onde a eficiencia debe ser un dos principios basilares da xestión dos recursos públicos.

**Palabras clave:** Contratación pública, medio propio, xestión de servizos públicos, universidades, xestión directa.

**Resumen:** Partiendo de un caso real, el encargo a la Fundación USC M.P. de la gestión del servicio de limpieza de la Universidad, se pretende analizar las cuestiones problemáticas que presentan los encargos a medios propios y exponer las soluciones adoptadas, así como las dudas que estas soluciones han plan-

teado y plantean. Se trata de aproximar al lector a una cuestión compleja, llena de incertidumbres y dudas y que se encuentra *sub iudice*. Al ser un caso abierto, puede servir de pauta a otros operadores jurídicos en la medida en que nos encontramos ante una problemática viva, controvertida y de plena actualidad en un contexto donde la eficiencia debe ser uno de los principios basilares de la gestión de los recursos públicos. **Palabras clave:** Contratación pública, medio propio, gestión de servicios públicos, universidades, gestión directa.

**Abstract:** Based on a real case, the commission to the USC M.P. of the management of the cleaning service of the University, it is intended to analyze the problematic issues raised by the commissions to own media and expose the solutions adopted, as well as the doubts that these solutions have raised and raise. It is about bringing the reader closer to a complex issue, full of uncertainties and doubts and that is sub iudice. Being an open case, it can serve as a guideline for other legal operators to the extent that we are faced with a lively, controversial and current problem in a context where efficiency must be one of the basic principles of public resource management.

**Key words:** Public contracting, own means, management of public services, universities, direct management.

**SUMARIO:** 1 Introducción. 2 Caracterización xeral dos encargos a medios propios. 2.1 Requisitos do medio propio. En particular, o control análogo e o obxecto do encargo. 2.2 Os encargos a medio propio e a libre concorrencia. 3 O encargo do servizo de limpeza á Fundación USC. 3.1 Normativa na USC. 3.2 Os precedentes. 3.3 A declaración como medio propio da Fundación USC-Deportiva. 3.4 O encargo. 3.5 Os resultados do encargo. 3.6 O litixio. 4 A modo de reflexión final.

## 1 Introducción

En 2018, coa chegada dun novo equipo reitoral, o encabezado pola candidatura de Antonio López, a Universidade de Santiago de Compostela (en diante USC) atopouse coa urxencia de facer fronte a unha delicada situación económica que obrigaba a presentar un plan económico-financeiro, cos consecuentes temidos recortes. Non era a primeira vez que a USC debía presentar un plan de axuste. En concreto, en 2014 o anterior equipo tivera que enfrontarse a un plan de reequilibrio económico-financeiro, cuxa base foi, fundamentalmente, o aforro no capítulo de persoal, o que conduciu, por un lado, a acudir sistematicamente á contratación de persoal temporal, coa consecuente precarización, e, por outro, á mingua dos dereitos do colectivo de profesorado, creando unha inmensa bolsa de acreditados sen perspectiva de promoción. Polo tanto, a única posibilidade de xerar un efectivo aforro sen comprometer aínda máis as políticas de persoal era actuar no gasto corrente.

En todo caso cómpre destacar, desde o principio, que as decisións adoptadas no seu momento pola USC no marco do plan mencionado se tomaron sobre unha base obxectiva, sen carga ideolóxica ningunha e cun único fin: xestionar de forma máis eficiente e eficaz os servizos instrumentais da Universidade e, singularmente, o seu servizo de limpeza de edificios, ao que dedicaba nada menos que un 3 % do seu orzamento (máis de 7 millóns de euros).

É neste contexto no que se enmarca o encargo realizado á Fundación USC para a xestión do servizo de limpeza de edificios. Ao longo destes catro anos –pandemia

polo medio–, fóronse dando os pasos precisos que culminaron co encargo realizado en 2021 e de cuxos resultados poderemos tamén dar conta nestas páxinas.

O encargo a medio propio, tal como o configurou o lexislador na Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, é un recurso que adquiriu no noso ordenamento xurídico unha dimensión nada desdeñable. Os datos máis recentes, publicados polo Tribunal de Contas no *Informe de fiscalización da adaptación dos medios propios existentes no ámbito empresarial estatal non financeiro ás exixencias da Lei 40/2015, de réxime xurídico do sector público, e da Lei 9/2017, de contratos do sector público*<sup>1</sup>, aprobado polo Pleno o 31 de marzo de 2022, sinalan que, no ámbito do sector estatal non financeiro, a partir da entrada en vigor da LCSP e ata o 31 de decembro de 2019 se formalizaron un total de 908 encargos, por un importe de 426.909.083,09 euros.

Pola súa parte, o *Informe da Intervención Xeral da Administración do Estado relativo aos principais resultados de control en materia de contratación pública*<sup>2</sup>, conforme o artigo 332.11 da LCSP, afirma que os 5 maiores medios propios estatais facturaron en 2019 1.020 M €.

Se a ese volume lle sumamos os encargos realizados polo resto das administracións (comunidades autónomas, entidades locais, universidades, etc.), podemos ter unha idea do que esta figura supón en termos económicos.

O caso que aquí se estuda<sup>3</sup> destaca tamén pola súa importancia cuantitativa no contexto estatal, ao supor a subrogación de 241 traballadores e traballadoras que prestaban servizo nas empresas adxudicatarias dos dous contratos de limpeza existentes, nas cidades de Santiago de Compostela e Lugo, nas que ten a súa sede a USC.

A quen seguise o tema dos encargos a medios propios soaralle a internalización do servizo de limpeza viaria do Concello de León, en 2015, na que 116 traballadores da anterior empresa adxudicataria, EMILSA, pasaron a formar parte do persoal da entidade local; ou a recuperación da xestión do servizo de abastecemento urbano de augas no Concello de Valladolid, que en 2016 subrogou a través da empresa municipal Aquavall 163 empregados.

Non atopamos casos que afectasen a un número maior de traballadores. Este factor, como se explicará máis adiante, tivo un peso importante na decisión adoptada,

<sup>1</sup> Tribunal de Contas. Informe de fiscalización da adaptación dos medios propios existentes no eido empresarial estatal non financeiro ás exixencias da Lei 40/2015, de réxime xurídico do sector público, e da Lei 9/2017, de contratos do sector público: <https://www.tcu.es/repositorio/1d6a42f6-0cca-483d-bf5c-70f13301dc1e/11470.pdf>

<sup>2</sup> Informe da Intervención Xeral da Administración do Estado relativo aos principais resultados de control en materia de contratación pública: <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/Informe%20I-RESCON%20PCFP19.pdf.xsig.pdf>

<sup>3</sup> O estudo de caso é un dos métodos de investigación comúns nas ciencias sociais e xurídicas e, en particular, nos ámbitos relacionados coa xestión pública. A investigación experimental neste eido non é viable pola imposibilidade de controlar as variables relevantes. Outras técnicas, como a entrevista, os cuestionarios ou a observación son de difícil execución neste ámbito, sendo o estudo de caso unha das técnicas máis recoñecidas (KAUFMAN, H., *The Forest Ranger: A Study in Administrative Behavior*, H. Hopkins Press, Baltimore, 1960; MCGREGOR, E.B., "Toward a Theory of Public Management Success", Bozeman, B. (coord.), *Public Management*, 40-54, Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco, 1993; BEHN, R.D., "Case-Analysis Research and Management Effectiveness: Learning How to Lead Organizations Up Sand Dunes", Bozeman, B. (coord.), *Public Management*, 40-54, Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco, 1993). O obxectivo da investigación a través do estudo de caso é, mediante a técnica dedutiva, identificar prácticas que poidan ser relevantes e proporcionarlles aos xestores públicos ferramentas para a toma de decisións. Estaríamos ante o que se denomina "*action science*", é dicir, ciencia que se enriquece a través do estudo de prácticas consideradas relevantes tal como a desenvolveron ARGYRIS, C. e SCHÖN, D., *Strategy, Change and Defensive Routines*, Ballinger, Cambridge, MA, 1985.

pola responsabilidade social da institución cos traballadores e traballadoras que levaban anos prestando ese servizo a través de empresas externas, e porque o custo de persoal era un dos feitos diferenciais nos contratos vixentes.

Antes de entrar na análise do caso, cómpre analizar aquelas cuestións máis controvertidas dos encargos, cuestións que se tiveron moi presentes e condicionaron en gran medida a decisión adoptada pola USC.

## 2 Caracterización xeral dos encargos a medios propios

Os encargos a medios propios están actualmente regulados na lexislación estatal nos artigos 32 e 33 e na disposición adicional vixésimo cuarta da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014.

Esta figura é a fórmula a través da cal os poderes públicos poden encargar a execución das prestacións propias dos contratos de obras, subministracións, servizos, concesión de obras e concesión de servizos a outra persoa xurídica distinta, xa sexa de dereito público ou de dereito privado, sempre e cando esta teña a cualificación xurídica de medio propio personificado respecto deles.

Trátase dunha técnica de cooperación vertical, coñecida en terminoloxía comunitaria como contratación doméstica ou *in house*, na que as notas características son catro, como sinala, entre outros, VILALTA REIXACH<sup>4</sup>:

- a existencia de control análogo ao que o ente adxudicador exerce sobre os seus propios servizos;
- a realización da parte esencial da actividade do medio propio co ente adxudicador, complementario do requisito anterior;
- a titularidade integramente pública do capital ou patrimonio do medio propio cando a súa personificación teña carácter xurídico-privado;

---

<sup>4</sup> VILALTA REIXACH, M., "De novo sobre os negocios xurídicos excluídos da Lei de contratos do sector público: encargos a medios propios personificados e transferencias de competencias entre entidades públicas", *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 56, xullo-décembro 2018, pp. 37-70. Sobre a delimitación conceptual desta figura existe unha abundante doutrina que non vén ao caso reproducir aquí, pero entre a que pode destacarse SOSA WAGNER, F. e FUERTES LÓPEZ M., "¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación in house)", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 3, 2007; NOGUERA DE LA MUJELA, B., "Los encargos in house en la Ley de contratos del sector público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria", *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 182, maio-agosto 2010; AMOEDO SOUTO, C., "En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos", *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 205, 2018, pp. 81-129; AMOEDO SOUTO, C. e CUTRÍN DOMÍNGUEZ, M., "El impacto de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios", *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 210, 2019, pp. 393-432; GIMENO FELIÚ, J.M., "Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo", *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 205, abril-xuño 2020; AMOEDO SOUTO, C., "¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la autoprovisión administrativa en España", *Revista IUS ET VERITAS*, n. 62, 2021, pp. 98-110.

- por último, o medio propio debe ter esa condición formalmente recoñecida con respecto ao ente adxudicador.

Trátase dunha institución de construción, fundamentalmente, xurisprudencial. Pode considerarse a Sentenza do 18 de novembro de 1999 do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (agora TXUE) no asunto C-107/98, coñecido como *Asunto Teckal*, como o inicio da construción xurisprudencial e doutrinal desta institución. Nesta sentenza o alto tribunal resolve unha cuestión prexudicial sobre a interpretación do artigo 6 da Directiva 92/50/CEE do Consello, do 18 de xuño de 1992, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de servizos, establecendo no fundamento 50 unha das características principais dos encargos a medios propios por parte de poderes adxudicadores:

*«A este respecto, conforme o artigo 1, letra a), da Directiva 93/36, basta, en principio, con que o contrato fose formalizado entre, por unha parte, un ente territorial e, por outra, unha persoa xuridicamente distinta deste. Só pode ser doutro xeito no suposto de que, á vez, o ente territorial exerza sobre a persoa de que se trate un control análogo ao que exerce sobre os seus propios servizos e esta persoa realice a parte esencial da súa actividade co ente ou os entes que a controlan».*

Da posterior evolución xurisprudencial dáse conta no considerando 31 da Directiva 2014/24/UE nos seguintes termos:

*«Existe unha considerable inseguridade xurídica en canto á medida en que os contratos asinados entre entidades do sector público deben estar regulados polas normas de contratación pública. A correspondente xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea foi obxecto de diferentes interpretacións por parte dos distintos Estados membros e mesmo polos distintos poderes adxudicadores. Polo tanto, fai falta precisar en que casos os contratos asinados no sector público non están suxeitos á aplicación das normas de contratación pública.*

*Esta precisión debe guiarse polos principios establecidos na correspondente xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea. O feito de que as dúas partes dun acordo sexan poderes públicos non exclúe por si mesmo a aplicación das normas de contratación. Non obstante, a aplicación das normas de contratación pública non debe interferir coa liberdade dos poderes públicos para exercer as funcións de servizo público que lle foron conferidas utilizando os seus propios recursos, o cal inclúe a posibilidade de cooperación con outros poderes públicos».*

Pola súa banda, o considerando 34 da mencionada directiva describe as relacións xurídicas entre medios propios e entes instrumentais e os poderes adxudicadores declarándoas non suxeitas á contratación pública:

*«Danse casos nos que unha entidade xurídica actúa, conforme as disposicións pertinentes do dereito nacional, como un instrumento ou servizo técnico para determinados poderes adxudicadores, e está obrigada a cumprir as instrucións recibidas destes poderes adxudicadores, sen exercer influencia sobre a retribución*

*da súa execución. Dado o seu carácter non contractual, esta relación meramente administrativa debe quedar fóra do ámbito de aplicación dos procedementos de contratación pública».*

É interesante, pola súa relevancia para a concreción xurídica desta figura, destacar o principio de liberdade de administración das autoridades públicas, reflectido no artigo 2 da Directiva 2014/23/UE<sup>5</sup> e que, na mesma liña, podemos atopar nos considerandos da Directiva 2014/24/UE, especialmente no 5, complementario dos considerandos 31 e 34 mencionados anteriormente:

*«Debe recordarse que ningunha disposición desta directiva obriga os Estados membros a subcontratar ou a externalizar a prestación de servizos que desexen prestar eles mesmos ou a organizalos doutro xeito que non sexa mediante contratos públicos no sentido desta directiva».*

Así pois, da xurisprudencia e directivas europeas e da súa transposición á Lei de contratos do sector público derivan catro modalidades de xestión de servizos públicos polos poderes públicos en función dos suxeitos que participan, non da natureza do servizo. A saber:

- Xestión directa con medios propios e encomendas de xestión (arts. 6.3 e 30 LCSP). Trátase de relacións administrativas *non suxeitas* á regulación da contratación pública e que, polo tanto, non teñen consideración contractual. Nesta modalidade incluíriase tamén a xestión de servizos públicos prevista no artigo 85.2.A) da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local<sup>6</sup>.
- Cooperación horizontal (arts. 6.1 e 31 LCSP): convenios de cooperación entre poderes públicos coa consideración de poderes adxudicadores que son *excluídos* do ámbito da contratación pública.
- Cooperación vertical (arts. 32 e 33 LCSP): como técnica de *autoorganización* que non ten a consideración xurídica de contrato, como declara o artigo 32.1 *in fine*

<sup>5</sup> Artigo 2 da Directiva 2014/23/UE: "1. Esta directiva reconece o principio de liberdade de administración das autoridades nacionais, rexionais e locais, de conformidade co dereito nacional e da Unión.

As ditas autoridades teñen liberdade para decidir a mellor forma de xestionar a execución de obras ou a prestación de servizos, en particular garantindo un alto nivel de calidade, seguridade e accesibilidade económica, a igualdade de trato e a promoción do acceso universal e dos dereitos dos usuarios nos servizos públicos.

As ditas autoridades poderán optar por realizar as súas funcións de interese público con recursos propios ou en colaboración con outras autoridades ou confiarlas a operadores económicos".

<sup>6</sup> A vixente Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, eliminou unha previsión ao respecto desta forma de xestión que contiña o artigo 8.2 da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público, en referencia aos contratos de xestión de servizos públicos: "2. As disposicións desta lei referidas a este contrato non serán aplicables aos supostos en que a xestión do servizo público se efectúe mediante a creación de entidades de dereito público destinadas a este fin, nin a aqueles en que esta se lle atribúa a unha sociedade de dereito privado cuxo capital sexa, na súa totalidade, de titularidade pública". Non obstante, no artigo 32.7.b) da Lei 9/2017, en relación coa porcentaxe de subcontratación permitida a medios propios na execución de encargos, subsiste unha referencia en termos similares: "Igualmente non será de aplicación nos supostos en que a xestión do servizo público se efectúe mediante a creación de entidades de dereito público destinadas a este fin, nin a aqueles en que esta se lle atribúa a unha sociedade de dereito privado cuxo capital sexa, na súa totalidade, de titularidade pública". Malia as dúbidas que pode suscitar ao respecto, entendemos que a modalidade de xestión directa prevista no artigo 85.2.A) non implica o recurso a medio propio e que a eliminación da referencia na nova LCSP responde á desaparición do contrato de xestión de servizos públicos.

da LCSP cando establece que o encargo que cumpra os requisitos legalmente establecidos para ter a condición de tal “*non terá a consideración de contrato*”, pero na que interveñen dous suxeitos cunha relación de dependencia.

- Contratos públicos (art. 2 LCSP): *relación xurídica bilateral, recíproca e onerosa* que realicen as entidades do sector público definidas no ámbito de aplicación da lei e na que o contratista obteña algún tipo de beneficio económico, xa sexa de forma directa ou indirecta.

Os encargos a medios propios articúlanse, polo tanto, como unha técnica de autoorganización ou cooperación vertical que non pode ser considerada como relación contractual ao faltar un dos elementos esenciais dos contratos: o acordo de vontades. Nesta figura, a relación xurídica, e o fundamento da súa exclusión, caracterízase pola obrigatoriedade da relación para unha das partes, que executa unha orde de forma obrigada. Non obstante, esta figura é obxecto de regulación no noso ordenamento xurídico na LCSP pola súa proximidade co contrato público, mesmo cando careza de natureza contractual<sup>7</sup>.

O recurso a unha ou outra modalidade debe facerse tendo en conta os principios xerais que rexen a actuación da Administración (*ex* 103 CE) e, en particular, o principio de boa administración, que, como ben dixo SÁNCHEZ MORÓN<sup>8</sup>, “*indica que a Administración é necesaria para a sociedade e que o importante non é só limitar e controlar os seus poderes en beneficio da liberdade de decisión do individuo, senón ademais lograr que cumpra correcta e diligentemente as tarefas que a sociedade lle encomenda. Conseguir unha boa administración, non só no plano das garantías xurídicas, senón aumentando a calidade dos servizos e actividades que realiza, é a finalidade primordial do dereito administrativo do noso tempo*”.

## 2.1 Requisitos do medio propio. En particular, o control análogo e o obxecto do encargo

Os encargos a medios propios, como xa se dixo, regúlanse fundamentalmente nos artigos 32 e 33 da LCSP, contendo o primeiro a regulación relativa aos poderes adxudicadores que realizan encargos aos seus medios propios personificados e, o segundo,

<sup>7</sup> Como confirma a Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado, nas conclusións sobre o expediente 27/2020: “*Os denominados encargos a medios propios personificados non son contratos públicos e non se poden considerar como tales para os efectos da aplicación do artigo 34 do Real decreto lei 8/2020*”. Non obstante, a LCSP dispón a súa aplicación directa nalgúns casos, como pon de manifesto o mesmo órgano nas conclusións do expediente 14/2021, e procedería mesmo a súa aplicación supletoria como indica a Xunta: “*A todo iso cabe engadir que, a diferenza do que acontecía co suposto analizado no noso informe 27/2020 sobre a aplicación aos encargos do disposto no artigo 34 do Real decreto lei 36/2020, neste caso si procedería a súa aplicación supletoria no hipotético caso de que non coubese admitir a aplicación directa da norma (aínda que polas razóns que xa expuxemos tal cousa si é posible e necesaria), posto que estaríamos en presenza de dúas figuras xurídicas (contrato público e encargo) que teñen unha finalidade ou razón de ser común e equivalente, pois ambas as dúas son tendentes á inmediata realización dunha prestación ou actividade materialmente coincidente que trata de paliar os posibles efectos danosos dunha situación de emerxencia prevista legalmente*”. Finaliza o expediente a Xunta indicando que, para maior seguridade xurídica, sería conveniente que se aclarase a cuestión no propio texto legal mediante as medidas que o lexislador considere oportunas.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, 16.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2020, p. 64.

a regulación dos encargos de entidades pertencentes ao sector público que non teñan a consideración de poder adxudicador a medios propios personificados.

A regulación do encargo a medio propio da LCSP é exhaustiva en canto aos requisitos que debe cumprir o medio propio para ter esa condición. Xunto a estas previsións, debe terse en conta o previsto no artigo 86 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (en diante LRXSP), artigo declarado básico<sup>9</sup>.

Así, á marxe das interpretacións posibles sobre a súa aplicabilidade fóra do sector público estatal, este artigo exige determinados requisitos adicionais para que un ente con personalidade xurídica propia poida ser considerado medio propio e servizo técnico. En particular, o apartado 2 dispón o seguinte:

*«2. Terán a consideración de medio propio e servizo técnico cando se acredite que, ademais de dispor de medios suficientes e idóneos para realizar prestacións no sector de actividade que se corresponda co seu obxecto social, de acordo coa súa norma ou acordo de creación, se dea algunha das circunstancias seguintes:*

*a) Sexa unha opción máis eficiente que a contratación pública e resulte sostible e eficaz, aplicando criterios de rendibilidade económica.*

*b) Resulte necesario por razóns de seguridade pública ou de urxencia na necesidade de dispor dos bens ou servizos subministrados polo medio propio ou servizo técnico.*

*Formará parte do control de eficacia dos medios propios e servizos técnicos a comprobación da concorrencia dos mencionados requisitos.*

*Na denominación das entidades integrantes do sector público institucional que teñan a condición de medio propio deberá figurar necesariamente a indicación “Medio Propio” ou a súa abreviatura “M.P.”».*

Xa se apuntaron anteriormente os requisitos esenciais que foi configurando a xurisprudencia comunitaria.

De todos eles, o máis complexo e controvertido é que o medio propio realice a maior parte da súa actividade co ente adxudicador do encargo. Este requisito concrétese en que máis do 80 % das actividades do ente destinatario do encargo se leven a cabo no exercicio de labores que lle foron confiados polo ente adxudicador do encargo e que o controla, ou por outras persoas xurídicas controladas do mesmo modo pola entidade que fai o encargo.

Co fin de determinar esta porcentaxe, a lei toma en consideración a media do volume global de negocios, os gastos soportados polos servizos prestados ao poder adxudicador en relación coa totalidade dos gastos en que incorrese o medio propio por razón das prestacións que realizase calquera entidade, ou outro indicador alternativo

---

<sup>9</sup> Disposición derradeira cuarta da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público: “3. En relación co réxime xurídico dos medios propios personificados, no non previsto nesta lei resultará de aplicación o establecido na Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público”.



de actividade que sexa fiable dos tres exercicios anteriores ao de formalización do encargo. No caso de medios de nova ou recente creación, o artigo 32.2.b) establece unhas regras especiais para o cómputo.

En desenvolvemento desta previsión legal, ditouse a *Circular conxunta, do 22 de marzo de 2019, da Avogacía Xeral do Estado – Dirección do Servizo Xurídico do Estado e da Intervención Xeral da Administración do Estado sobre criterios para o cálculo do cómputo do requisito de actividade exixido pola Lei 9/2017, do 9 de novembro, de contratos do sector público, naquelas entidades que sexan consideradas medios propios*<sup>10</sup>, que ten por fin “establecer unhas pautas ou orientacións co obxecto de cubrir un baleiro normativo froito da ausencia dun desenvolvemento regulamentario da LCSP, en relación cos parámetros a considerar para o cálculo do indicador de actividade, requisito delimitado pola normativa contractual como esencial co obxecto da consideración do ente público institucional como medio propio personificado dos poderes adxudicadores ou de entidades pertencentes ao sector público que non teñan a dita consideración”.

Esta circular foi complementada coa *Nota técnica da Oficina Nacional de Auditoría 1/2019 sobre a consideración da condición de medio propio na auditoría de contas co obxecto de homoxeneizar os traballos de verificación a realizar polo auditor público*<sup>11</sup>.

A disposición derradeira cuadraxésima da Lei 11/2020 eliminou, así mesmo, a necesidade de que o cumprimento do requisito de actividade, ou regra 80/20, quedase reflectido na memoria integrante das contas anuais do medio propio. Porén, isto non significa que o auditor de contas non deba verificar o seu cumprimento nas auditorías de contas anuais, tal como consta na nova *Nota técnica da Oficina Nacional de Auditoría 1/2021 sobre a consideración da condición de medio propio na auditoría de contas*<sup>12</sup>.

O criterio da IXAE para o cómputo do requisito de actividade, manifestado na Circular conxunta do 22 de marzo de 2019, é restritivo, entendendo que só debe terse en conta a actividade que como medio propio preste a entidade en cuestión e que teña a súa orixe en encargos de obrigatoria execución<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Circular conxunta, do 22 de marzo de 2019: <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Documents/Circular%20firmada%20AGE-IGAE%20Medios%20propios.pdf>

<sup>11</sup> <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/Nota%20Tecnica%20ONA%201-2019%20Medio%20Propio.pdf>

<sup>12</sup> Nota técnica da Oficina Nacional de Auditoría 1/2021 sobre a consideración da condición de medio propio na auditoría de contas: <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/Nota%20Tecnica%20de%20la%20ONA%201-2021%20sobre%20la%20consideracion%20de%20la%20condicion%20de%20medio%20propio%20en%20la%20auditoria%20de%20cuentas.pdf.xsig.pdf>

<sup>13</sup> Circular conxunta, do 22 de marzo de 2019, da Avogacía Xeral do Estado – Dirección do Servizo Xurídico do Estado e da Intervención Xeral da Administración do Estado sobre criterios para o cálculo do cómputo do requisito de actividade exixido pola Lei 9/2017, do 9 de novembro, de contratos do sector público, naquelas entidades que sexan consideradas medios propios: “Con carácter previo, cabe sinalar que non debe perderse de vista que o artigo 32.2.b) e o 33.2.c) da LCSP regulan a forma de computar a referida porcentaxe de actividade do 80 %. Dado que a vontade do lexislador foi a de establecer distintos indicadores de referencia a utilizar e que se produce unha diversidade de circunstancias acreditativas, cómpre partir da premisa de que estes deberán ser obxecto dunha interpretación restritiva e que, en todo caso, incumbe a xustificación do seu cumprimento a quen se queira beneficiar. A comprobación da veracidade, fiabilidade e integridade do dito indicador debe tomar base na necesidade de que a entidade que se configura como medio propio personificado articule sistemas de información que permitan comprobar as citadas características, é dicir, o seu cálculo debe estar soportado nos sistemas ou rexistros contables e/ou auxiliares que permitan validar este.

En consecuencia, partindo destes parámetros, débese constatar a cifra do indicador que figure na memoria de contas anuais verificando aquelas operacións que o medio propio realice por encargo (adxudicación) do mandante, é dicir, en relación con encargos específicos dimanantes dos poderes adxudicadores e doutros entes públicos que non reúnen tal condición. É dicir, a actividade a

Non obstante, o Tribunal de Contas, no Informe de fiscalización da adaptación dos medios propios existentes no ámbito empresarial estatal non financeiro ás exigencias da Lei 40/2015, de réxime xurídico do sector público, e da Lei 9/2017, de contratos do sector público, do Tribunal de Contas, aprobado polo Pleno o 31 de marzo de 2022<sup>14</sup>, non comparte esa concepción restritiva baseándose nos seguintes argumentos:

«[...] A lei regula os requisitos que unha entidade debe cumprir para ter a condición de medio propio doutra ou doutras entidades e ter a posibilidade de executar encargos, con independencia da importancia relativa que estes encargos teñan respecto do conxunto da súa actividade, aspecto sobre o que nada exige expresamente. O que si exige a lei é o control efectivo da entidade que realiza o encargo sobre a actividade e obxectivos estratéxicos da entidade obrigada a executalo e que esta última realice a parte esencial da súa actividade en beneficio da entidade que a controla ou doutras controladas por aquela, “parte esencial” que se cuantificou na LCSP nun 80 %. Pero a lei non exige que esta “parte esencial” se leve a cabo baixo a forma xurídica de encargos. É esclarecedor neste sentido o preámbulo da LCSP, no que, en relación co requisito de actividade que deben cumprir os medios propios personificados, se fai referencia nos seguintes termos “que non poida realizar libremente no mercado máis dun 20 por cento da súa actividade”. Como pode observarse, o preámbulo da lei apela á falta de liberdade para actuar no mercado que debe caracterizar o medio propio personificado, unha falta de liberdade que é consecuencia necesaria do control que sobre el deben exercer as entidades que lle poden conferir encargos e de destinar a parte esencial da súa actividade aos labores realizados en beneficio destas entidades.

[...] Os medios propios de natureza xurídico-privada desenvolven as actividades para as que foron creados e, en consecuencia, executan o obxecto social acordado polos poderes adxudicadores que os controlan. A normativa europea o que fai é limitar a súa actuación no mercado, precisando que a súa actividade para persoas distintas dos poderes adxudicadores que os controlan non pode exceder o 20 %, ou, o que é o mesmo, exige que a súa actividade sexa esencialmente doméstica, o que non impide, e mesmo fai desexable, que poidan ter unha actividade residual no mercado libre que contribúa ao seu financiamento».

Na miña opinión, este criterio máis laxo, que permite computar nese 80 por cento actividades de ningún xeito relacionadas con encargos do ente ou entes de que depende, incrementa o risco de que os entes adxudicadores, máis se cabe no caso de control conxunto por parte de dous ou máis, non teñan un control real dos obxectivos estratéxicos e as decisións significativas do medio propio, como require o requisito

---

*tomar en consideración será aquela que se realiza “en virtude dunha adxudicación levada a cabo polo poder adxudicador, e iso con independencia da cuestión de quen remunera a dita actividade, xa sexa o propio poder adxudicador, xa o usuario dos servizos prestados (...)” respecto da totalidade das actividades que realiza o medio propio”.*

<sup>14</sup> Tribunal de Contas. Informe de fiscalización da adaptación dos medios propios existentes no ámbito empresarial estatal non financeiro ás exigencias da Lei 40/2015, de réxime xurídico do sector público, e da Lei 9/2017, de contratos do sector público: <https://www.tcu.es/repositorio/1d6a42f6-0cca-483d-bf5c-70f13301dc1e/11470.pdf>

de control análogo, o que favorece unha posible conculcación do principio de libre competencia.

Así o entendeu a Xunta Consultiva de Contratación de Aragón, quen non dubidou en afirmar que *“O dereito europeo da contratación pública ten as súas raíces na creación dun mercado interior efectivo e, con este obxectivo, no dereito da competencia. Este elemento condiciona as posibilidades de que unha entidade, pública ou privada, actúe no mercado e polo tanto nun réxime de libre competencia, mentres ao mesmo tempo ten un acceso privilexiado a un “cliente” público para o que realiza a prestación de actividades propias dun contrato público sen ter que pasar polos procedementos de licitación e, en consecuencia, sen someterse ao contraste coas ofertas doutros operadores económicos e en suma á competencia, na medida de que con iso se pode estar a distorsionar o mercado. [...]”*

*Como medio propio quere dicir en función de encargos formalmente realizados ou, polo menos, en virtude de negocios xurídicos que reúnan as características substantivas dun encargo, exclúense expresamente desta porcentaxe as actividades realizadas en función do outorgamento dunha subvención, pola simple razón de que a realización da actividade subvencionada é puramente voluntaria para o beneficiario. Non se trata dun deber xurídico, senón dunha carga ou condición cuxo cumprimento é preciso para patrimonializar as cantidades concedidas ou recoñecidas como tal subvención. Con maior razón exclúense do cómputo as meras transferencias de fondos non condicionadas á realización de actividades ou prestacións concretas, porque en tal caso a liberdade do perceptor é aínda maior. Nin a actividade subvencionada nin a financiada mediante transferencias entran no cómputo do 80 por cento como medio propio, aínda que si no cómputo do conxunto da actividade da entidade. Non se computarán nin nun apartado nin noutro a actividade de natureza pública, como órgano administrativo que exerce potestades ou competencias públicas legalmente atribuídas, polo simple feito de que tales actividades en ningún caso poderían realizarse en réxime de mercado e, polo tanto, son neutras para tales efectos”<sup>15</sup>.*

Ademais do control análogo, a condición de medio propio personificado deberá cumprir os requisitos establecidos na LSCP, a saber, que exista conformidade ou autorización expresa do poder adxudicador respecto do que vaia ser medio propio e a verificación pola entidade pública de que dependa o ente medio propio de que conta cos medios persoais e materiais apropiados para a realización dos encargos, de conformidade co seu obxecto social.

A adecuación do obxecto social do medio propio á actividade que se lle encarga é outro dos requisitos que se debe cumprir. O artigo 32.6.a) dispón que o medio propio personificado deberá publicar na Plataforma de Contratación, entre outra información, os sectores de actividade nos que, estando comprendido o seu obxecto social, sería apto para executar as prestacións que vaian ser obxecto de encargo.

Esta disposición, comprensible se entendemos que serve para asegurar a transparencia nos procesos de encargo a medio propio e evitar que un ente poida resultar adxudicatario en calquera licitación, supuxo a anulación de encargos pola falta de

<sup>15</sup> Informe 5/2022, do 1 de marzo, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, pp. 13-15.

adecuación entre o obxecto do negocio xurídico e o obxecto social do ente medio propio.

O Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, na súa Resolución núm. 120/2019, do 18 de febreiro, nun encargo realizado a TRAGSA pola Consellaría de Xustiza, Administración Pública, Reformas Democráticas e Liberdades Públicas da Comunidade Valenciana, para a “Redacción de proxecto e execución das obras de adecuación funcional do Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Valenciana”, estima parcialmente o recurso presentado pola Confederación Nacional de Construción e, en concreto, o referido á falta de adecuación do obxecto social da mercantil para desenvolver obras en solo urbano.

Argumenta o Tribunal que calquera dúbida que puidese xurdir respecto á habilitación de TRAGSA para actuar na execución de obras urbanas debe resolverse, en sentido negativo e ao criterio de interpretación estrito aplicable á figura do medio propio, supondo unha restrición da libre competencia no caso contrario.

No mesmo sentido pronunciouse o Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León na súa Sentenza 229/2021, do 2 de marzo, na que entendeu acertadamente que a excepcionalidade do sistema de encargo a medio propio exige que o cumprimento dos requisitos establecidos na normativa para a súa aplicación debe ser que sexan obxecto dunha interpretación estrita e unha motivación axeitada. Por iso considera que o encargo a TRAGSA da execución dun “Proxecto de execución para a finalización das obras de urbanización da fase I do Parque Tecnolóxico de Burgos e as súas infraestruturas asociadas” en solo urbano non encaixa no obxecto social do medio propio que non inclúe expresamente obras en solo urbano, non sendo razoable encaixar esta actuación no concepto (presente no seu obxecto social) xenérico de “mellora dos servizos e recursos públicos”, concepto que, pola súa amplitude, “comprendería calquera actuación da Administración”, en opinión do tribunal.

En definitiva, e mesmo tendo en conta este criterio restritivo, hai que entender que para valorar a licitude de cada encargo é necesario examinar cada caso, e iso na medida en que o obxecto social non debe describir actividades concretas ou listas exhaustivas que poidan limitar o desenvolvemento dos fins que ten encomendados como tal o medio propio. En definitiva, a concreción do obxecto do medio debe poñerse en relación coa actividade propia do ente adxudicador. Así, a “mellora dos servizos e recursos públicos” é un obxecto indeterminado na medida en que TRAGSA é medio propio dunha infinidade de administracións que prestan e xestionan un número indeterminado de recursos e servizos. Non sucedería o mesmo se falásemos dun medio propio dunha única Administración que ten perfectamente determinado o seu obxecto. Nese caso, a “mellora dos servizos e recursos públicos” circunscribírase aos propios do ente adxudicador, o que indirectamente concretaría o obxecto.

## 2.2 Os encargos a medio propio e a libre concorrência

Non cabe a menor dúbida de que os encargos a medios propios xeran certa desconfianza, na medida que en poden supor unha restrición aos principios propios

do acervo comunitario: igualdade de trato, non discriminación, libre competencia e liberdade de empresa. Así se di expresamente no considerando 33 da Directiva 2014/24/UE: “Cómpre asegurar que a cooperación entre entidades públicas exentas non acabe falseando a competencia con respecto aos operadores económicos privados, ata o punto de situar un provedor de servizos privado nunha posición de vantaxe respecto dos seus competidores”<sup>16</sup>.

En certo modo, esta prevención fronte aos encargos parte dun prexuízo de natureza liberal, no que se dá por sentado que a contratación pública e os operadores privados garanten unha xestión máis eficiente dos recursos públicos. Non vén ao caso estendernos nesta consideración que sustentou o proceso privatizador e neoliberal que dominou a xestión pública do último cuarto do século XX. De forma contundente expresouno a actual conselleira da Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia, María Pilar Canedo Arrillaga. Na súa opinión, “a interpretación das normas que permiten o recurso a esta figura debe ser restritiva, dado que nos atopamos ante unha excepción á regra xeral en virtude da cal xerar tensión competitiva nos procesos de contratación produce nítidas vantaxes nos servizos afectados polos procesos que a respectan e en consecuencia nos cidadáns, na economía e na sociedade. Tales vantaxes tradúcense nun incremento da tensión competitiva que implica melloras en calidade, innovación e prezo, así como un claro incremento na transparencia que evita ou, polo menos, limita as discriminacións entre operadores”<sup>17</sup>.

Fronte a esta corrente, os encargos a medios propios –e esta será a postura defendida ao longo deste artigo– son un recurso máis para os xestores públicos dentro das modalidades posibles de xestión, ou, tomando a expresión de AMOEDO SOUTO, “como unha opción normal, mesmo preferente e máis racional en termos de eficiencia”<sup>18</sup>.

O debate arredor da cooperación vertical ou *in house providing* avíxose coa entrada en vigor da disposición derradeira décima da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014, que modificou o número 8 do artigo 7 da Lei 37/1992, do 28 de decembro, do imposto sobre o valor engadido, declarando non suxeitos ao imposto os servizos prestados en virtude dos encargos executados polos entes, organismos e entidades do sector público que teñan, de conformidade co establecido no artigo 32 da Lei de contratos do sector público, a condición de medio propio personificado do poder adjudicador que ordenase o encargo, nos termos establecidos no referido artigo 32. Esta medida, malia non presupor por si mesma que o recurso ao encargo

<sup>16</sup> Unha afirmación similar témola na exposición de motivos da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público: “No libro I, relativo á configuración xeral da contratación do sector público e elementos estruturais dos contratos, aparece en primeiro lugar unha nova regulación do chamado «medio propio» de Administración, encomendas de xestión ou aplicación práctica da técnica denominada «in house», que pasa agora a chamarse «encargos a medios propios». [...] Na lei, seguindo as directrices da nova Directiva de contratación, aumentaron as exixencias que deben cumprir estas entidades, co que se evitan adjudicacións directas que poden menoscar o principio de libre competencia”. Considerando 33 da Directiva 2014/24/UE: “É preciso asegurar que a cooperación entre entidades públicas exentas non acabe falseando a competencia con respecto aos operadores económicos privados, ata o punto de situar un provedor de servizos privado nunha posición de vantaxe respecto dos seus competidores”.

<sup>17</sup> CANEDO ARRILLAGA, M.P., “Medios propios y competencia en España”, *Economía industrial*, n. 415, 2020, pp. 67-87.

<sup>18</sup> AMOEDO SOUTO, C., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes inter-nos”, cit., pp. 81-129.

a medio propio sexa máis eficiente que a contratación pública, si vai ter un claro impacto nas contas públicas dos entes adxudicadores.

Esta nova regulación tamén suscitou un debate acerca da súa aplicación no ámbito local, coincidindo ademais cos chamados movementos de *remunicipalización* a través de entes instrumentais, desencadeados pola necesidade de contención e redución do gasto público. Esta corrente de opinión tamén se viu propiciada por informes de diversas institucións que poñían en cuestión a maior eficiencia do sector privado fronte ao público<sup>19</sup>.

No caso obxecto de análise, e a diferenza dos supostos mencionados, non estamos ante a internalización dun servizo público de interese xeral competencia da Universidade. O que se lle encargou ao medio propio é unha actividade auxiliar, complementaria, das funcións da Universidade: a limpeza de edificios. Unha tarefa que, malia ser indispensable para o desenvolvemento axeitado da docencia, a investigación e a transferencia do coñecemento á sociedade ou os servizos denominados de extensión universitaria –como a xestión de residencias universitarias por pór un exemplo significativo–, non é unha función propia da Universidade nin se trata da xestión dun servizo público dirixido á cidadanía.

Tampouco están en dúbida outras cuestións controvertidas en relación cos encargos a medios propios, como o exercicio das funcións que impliquen a participación directa ou indirecta no exercicio das potestades públicas ou na salvagarda dos intereses xerais do Estado e das administracións públicas, que o artigo 9.2 do Estatuto básico do empregado público lle reserva ao persoal funcionario, ou o exercicio de autoridade nos contratos de servizos que o artigo 17 da LCSP prohibe.

Non obstante, a pesar do matiz expresado, a cuestión de fondo é idéntica: poden as administracións públicas, con carácter xeral, prestar servizos, sexan públicos ou actividades complementarias, a través de entes que teñan a consideración xurídica de medio propio ou trátase dunha excepción que debe considerarse con carácter restritivo na medida en que limita a libre competencia?

É posible que, baixo un só paraugas, o dos encargos a medios propios, esteamos a analizar realidades moi diferentes. Unha, a dos medios propios que desenvolven unha actividade, sexa auxiliar ou non, para unha soa entidade, con escasa ou nula presenza no mercado, cuxa actividade maioritaria depende desa entidade e onde existe unha relación clara de dependencia en canto á toma de decisións do medio propio. Outra, a dos medios propios cunha alta autonomía na súa actividade, unha intensa actividade de mercado e unha ampla marxe de manobra que, a pesar de cumprir os requisitos formais exixidos pola lei, a toma de decisións nos seus órganos non está condicionándose pola vontade do ente ou entes matrices.

---

<sup>19</sup> Sobre a remunicipalización de servizos, poden verse, entre outros, ÁVILA CANO, E., MERINO ESTRADA, V. e ORTEGA JIMÉNEZ, P., *Manual de remunicipalización de los servicios públicos del agua*, Asociación Española de Operadores Públicos de Abastecimiento Sanitario (Aeopas), Valladolid, 2016; CASTILLO-BLANCO, F.A., "La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales", *Estudios de Relaciones Laborales*, novembro 2017; ESTEVE PARDO, J., "El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas", *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 69, 2017.

Este é o caso, por exemplo, da Empresa de Transformación Agraria, S. A., S. M. E., M. P. (en diante, TRAGSA) e da súa filial Tecnoloxías e Servizos Agrarios, S. A., S. M. E., M. P. (en diante, TRAGSATEC).

Estas dúas empresas mercantís estatais teñen a consideración de medios propios personificados e medios técnicos respecto da Administración xeral do Estado, das comunidades autónomas, das cidades autónomas de Ceuta e Melilla, dos cabidos e consellos insulares, das deputacións forais do País Vasco, das deputacións provinciais e das entidades do sector público dependentes de calquera delas que teñan a condición de poderes adxudicadores. Así mesmo, TRAGSA e a súa filial TRAGSATEC teñen a consideración de medios propios personificados e servizos técnicos das entidades pertencentes ao sector público que non teñan a consideración de poder adxudicador e poderán recibir os seus encargos, sempre e cando se cumpran os requisitos que establece o artigo 33.

O requisito do control directo cúmprese, no caso dos poderes adxudicadores, pola participación no capital social das empresas. Así, coa adquisición dunha acción, considérase cumprido, aínda que é cuestionable que se poida inferir dese grao de participación que o poder adxudicador exerza directa e conxuntamente unha influencia decisiva sobre os obxectivos estratéxicos e sobre as decisións significativas do Grupo TRAGSA, no sentido da doutrina comunitaria *Teckal*.

Na data en que se escribe este artigo, a composición do capital social do grupo é a táboa 1.

**Táboa 1.** Composición do capital social do grupo TRAGSA

Administración accionista	Número	% Participación
Sociedade Estatal de Participacións Industriais (SEPI)	15.086	51,0024 %
Administración xeral do Estado	14.426	48,7711 %
Comunidades e cidades autónomas	19	0,0646 %
Deputacións	37	0,1258 %
Cabidos	7	0,0238 %
Consellos insulares	4	0,0136 %
<b>TOTAL</b>	<b>29.579</b>	<b>100,0000 %</b>

Fonte: Elaboración propia.

No colectivo de comunidades e cidades autónomas, deputacións, cabidos e consellos insulares, a participación individual é dunha única acción, que en porcentaxe de participación supón o 0,0034 %.

En palabras de NOGUERA DE LA MUELA, a transposición da doutrina *Teckal* á LCSP de 2007 dera paso “a un concepto laxo de medio propio”, non axustado á senda marcada



pola sentenza *Carbotermo*<sup>20</sup>, na que se establecía que a análise do requisito do control análogo debía ter en conta máis elementos que a mera pertenza ao conxunto de accionistas dunha sociedade para determinar se realmente o ente adxudicador tiña a capacidade para influír nos obxectivos estratéxicos do medio propio<sup>21</sup>.

A nova LCSP incorpora a doutrina *Carbotermo* no artigo 32.2.a), referido a un único ente adxudicador respecto dun concreto medio propio: “*Que o poder adxudicador que poida conferirle encargos exerza sobre o ente destinatario destes un control, directo ou indirecto, análogo ao que tería sobre os seus propios servizos ou unidades, de maneira que o primeiro poida exercer sobre o segundo unha influencia decisiva sobre os seus obxectivos estratéxicos e decisións significativas*”, e, tamén no artigo 32.4.a), cando o medio propio teña esta consideración con respecto a dous ou máis poderes adxudicadores independentes entre si.

Neste segundo caso, as condicións para a existencia do control conxunto son as seguintes:

- 1.º. *Que nos órganos decisorios do ente destinatario do encargo estean representados todos os entes que poidan conferirle encargos, podendo cada representante representar varios destes últimos ou a totalidade deles.*
- 2.º. *Que estes últimos poidan exercer directa e conxuntamente unha influencia decisiva sobre os obxectivos estratéxicos e sobre as decisións significativas do ente destinatario do encargo.*
- 3.º. *Que o ente destinatario do encargo non persiga intereses contrarios aos intereses dos entes que poidan conferirle encargos.*

Malia esta regulación máis exhaustiva para o control conxunto por dous ou máis poderes adxudicadores, VILALTA REIXACH critica a solución para o control individual, nos seguintes termos: “*A nosa doutrina, moi oportunamente, veu criticando ese enfoque porque se considera que o feito de que un encargo singular poida ser obrigatorio para a entidade provedora non significa, automaticamente, a existencia dun poder real de influencia sobre os obxectivos estratéxicos ou sobre as súas decisións máis importantes. En efecto, a obrigatoriedade dun encargo non pode considerarse sempre como a causa da existencia dun control análogo ao que se posúe sobre os propios servizos, senón que debe considerarse de forma inversa, como a súa consecuencia. A obrigatoriedade, polo tanto, non sería máis que unha plasmación práctica da ausencia de autonomía decisoria do medio propio*”.

<sup>20</sup> STXUE do 11 de maio de 2006, asunto C-340/04. Nesta sentenza insístese en que “*Para apreciar se o poder adxudicador exerce un control análogo ao que exerce sobre os seus propios servizos, é preciso ter en conta o conxunto de disposicións legais e circunstancias pertinentes. Do referido exame debe resultar que a sociedade adxudicataria está sometida a un control que permite que o poder adxudicador influía nas súas decisións. Debe tratarse dunha influencia potencialmente determinante, tanto sobre os obxectivos estratéxicos como sobre as decisións importantes da dita sociedade (véxase a Sentenza do 13 de outubro de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. 2005, p. I-8612, apartado 65)*”.

<sup>21</sup> NOGUERA DE LA MUELA, B., “*Los encargos in house en la Ley de contratos del sector público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria*”, cit., pp. 159-190.



Como o autor recorda, a presunción que inclúe a lei sobre o control análogo, cando establece que se entende “en todo caso” que o control análogo se cumpre se o encargo é de execución obrigatoria para o ente destinatario, deriva da xurisprudencia do propio TXUE, en particular das sentenzas do 8 de maio de 2003, asunto C-349/97, e do 17 de abril de 2007, asunto C-295/05, en relación coa sociedade pública española TRAGSA. Nos dous casos, a pesar de que a participación no capital social das comunidades autónomas é, como xa vimos, mínima, o alto tribunal admite o carácter de medio propio respecto daquelas baseándose en que TRAGSA estaba obrigada a realizar os encargos que lle atribuísen as comunidades autónomas.

Pois ben, como apuntamos antes, é difícil inferir que unha comunidade autónoma, cunha participación individual na sociedade TRAGSA que supón moito menos do 1%, poida influír nos obxectivos estratéxicos ou decisións significativas do grupo, a pesar de que poida realizarlle un encargo na súa condición de medio propio que, formalmente, TRAGSA está obrigada a executar.

Sirva como exemplo un caso recente, aínda en litixio. A Fundación Pública Galega Rof Codina é unha fundación do sector público autonómico dependente da Comunidade Autónoma de Galicia cuxo obxecto é o apoio á docencia clínica da Facultade de Veterinaria de Lugo, a investigación e a asistencia a animais.

En 2013, de conformidade co artigo 24 da anterior LCSP, na súa calidade de poder adxudicador dependente da Comunidade Autónoma de Galicia, a fundación realizoulle unha encomenda de xestión a TRAGSATEC cuxo obxecto era a redacción do proxecto e dirección de obra do Centro de Investigación e Biomedicina Veterinaria CEBIOVET. Esta encomenda foi ampliada ata en catro ocasións, incluíndo a partir da terceira ampliación o encargo de redacción e dirección de obra da remodelación do Hospital Veterinario Universitario – Rof Codina.

As obras encomendadas non foron realizadas directamente por TRAGSATEC, senón que esta entidade lle subcontratou a obra a Extraco, Construcións e Proxectos, S.A. Despois da recepción desta, xurdiron numerosos defectos de construción que foron postos de manifesto pola Fundación Rof Codina, iniciando unhas negociacións con TRAGSATEC que foron infrutuosas e que derivaron na decisión de non aboar as facturas emitidas pola sociedade ata que os traballos se executasen coa calidade exixida.

A sociedade TRAGSATEC remitiu un burofax o 7 de xaneiro de 2020 no que se expresaba nos seguintes termos:

*“Á data deste requirimento esta débeda encóntrase pendente de aboamento, polo que, ao abeiro da lexislación aplicable, se solicita o inmediato pagamento desta. Así mesmo, informámosos de que de non se facer efectivo se iniciarán as accións legais pertinentes, incluíndo reclamación de xuros de mora polo período transcorrido”.*

É, cando menos, sorprendente que un medio propio se dirixa nestes termos a un poder adxudicador que lle pode conferir encargos de obrigatoria execución e que, ademais, se supón que, neste caso de xeito indirecto, exerce un control análogo ao que exerce sobre os seus propios servizos.

Regap



ESTUDIOS

O desencontro mantívose, e TRAGSATEC iniciou un procedemento monitorio para reclamar as facturas insatisfeitas. Certamente nin a encomenda nin as sucesivas ampliacións establecen cláusulas relativas a esta situación, posto que é de execución obrigatoria para a sociedade mercantil.

Destaca na demanda presentada por TRAGSATEC a lexitimación activa, expresada como segue: “IV.- LEXITIMACIÓN.- *Correspóndelle a lexitimación activa á miña representada, ao posuír un contrato de venda de mercadorías asinado coa demandada*”. Obviamente, non se trata dun contrato de venda de mercadorías, senón dun encargo de execución obrigatoria de conformidade coas regras establecidas na LCSP.

Esta confusión entre a formalización de encargos a medios propios e a adxudicación de contratos foi posta de manifesto polo Tribunal de Contas recentemente<sup>22</sup>, constatando que en non poucas ocasións os encargos inclúen cláusulas propias de negocios xurídicos bilaterais, como a suspensión do contrato por mutuo acordo, a resolución de controversias de común acordo polas partes, o establecemento de penalidades por parte do que realiza o encargo ou a aceptación e conformidade previa do medio propio.

Non é este o único caso que chama a atención no ámbito dos encargos a medios propios por parte de entidades públicas.

Ineco (Enxeñaría e Economía do Transporte S.M.E. M.P., S.A.) é unha sociedade mercantil de capital 100 % estatal, dependente do Ministerio de Transportes, Mobilidade e Axenda Urbana a través dos seus accionistas (ENAIRES, ADIF, ADIF AV e Renfe). ENAIRES conta cun 45,85 % do capital; Renfe Operadora cun 12,78 %; Administrador de Infraestruturas Ferroviarias (ADIF) cun 20,69 % e ADIF Alta Velocidade co restante 20,68 %.

Segundo a información da súa propia web, “Ineco leva máis de 50 anos deseñando solucións integrais, innovadoras e tecnolóxicas que permitiron avanzar cara a un novo modelo de mobilidade máis sostible e máis segura, solucións que contribúen de xeito directo na mellora da calidade de vida de millóns de persoas.

Cun equipo multidisciplinario de 5.000 profesionais, a empresa está presente en todos os continentes onde desprega a súa experiencia e capacidade para afrontar traballos tecnicamente complexos grazas ao seu coñecemento especializado e á aplicación da tecnoloxía máis avanzada e vangardista”.

Pola súa banda, o Informe do Tribunal de Contas do 31 de marzo de 2022 ofrece a seguinte información sobre Ineco: “A partir da entrada en vigor da LCSP e ata o 31 de decembro de 2019 formalizáronse un total de 908 encargos, por un importe de 426.909.083,09 euros, dos que 455 (un 50 %) foron recibidos por Ineco, fundamentalmente dos poderes adxudicadores Administrador de Infraestruturas Ferroviarias (ADIF) e Entidade Pública Empresarial ADIF-Alta Velocidade (ADIF-AV)”.

Esta empresa, que opera no mercado nacional e internacional, foi obxecto dunha denuncia (Expediente S/0007/19 Medios propios) ante a Comisión Nacional dos

---

<sup>22</sup> Informe de fiscalización da adaptación dos medios propios existentes no ámbito empresarial estatal non financeiro ás exixencias da Lei 40/2015, de réxime xurídico do sector público, e da Lei 9/2017, de contratos do sector público, do Tribunal de Contas, aprobado polo Pleno o 31 de marzo de 2022, no apartado II.1.5.- Requisitos establecidos en relación cos encargos.

Mercados e a Competencia (CNMC) por parte de varias asociacións de empresas dedicadas á prestación de servizos de consultoría técnica no ámbito da enxeñaría e arquitectura, por falseamento da competencia con afectación ao interese público por actos desleais tipificados no artigo 15 da Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de competencia desleal (LCD), como “violación de normas”; en concreto, a suposta contravención da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP), na execución por parte de Ineco de encargos da súa Administración pública de referencia e pola súa estratexia de internacionalización.

Na denuncia, as asociacións representadas alegaron que “[...] a competencia desleal por parte do medio propio ao sector privado español estenderíase ao mercado internacional, onde Ineco tamén actúa, e á parte do mercado libre na que Ineco actúa en competencia co sector privado. Os contratos obtidos por Ineco no estranxeiro terían unha especial incidencia no mercado nacional porque a facturación obtida por Ineco por parte de entidades distintas ao seu poder adxudicador debe ser compensada no mercado nacional mediante encargos adicionais para evitar perder a condición de medio propio, forzando o recurso ao encargo para servizos nos que o recurso a esta figura non é máis eficiente, e detraendo esa parte do negocio de empresas do sector privado”.

A pesar de que a CNMC, na súa Resolución do 26 de outubro de 2021 S/0007/19 Medios Propios, concluíu que non existían indicios racionais de que se producisen incumprimentos da LCSP que acreditasen a existencia de actos de competencia desleal por violación de norma, constitutivos dunha infracción do artigo 3 da LDC, os votos particulares de dous dos seus conselleiros manifestaban que existían indicios que debían analizarse para descartar a afectación do interese xeral e a competencia desleal.

Pola súa banda, aínda que o Tribunal de Contas non conclúe que Ineco incumpra os requisitos para ser un medio propio, non deixa de manifestar a súa preocupación pola falta de información sobre a súa actividade e a posición das entidades contratantes. “A actividade de Ineco –di o Tribunal de Contas– como empresa asociada non achega información suficiente se non se acompaña dos datos que acreditan que a influencia dominante baixo a que se atopan estas entidades contratantes a teñen directa ou indirectamente os poderes adxudicadores respecto dos cales Ineco ten a condición de medio propio”<sup>23</sup>.

As consideracións que se acaban de facer creo que merecen unha reflexión sobre a natureza de medios propios destas sociedades. Sería recomendable, polo tanto, un desenvolvemento lexislativo que diferencie as regras aplicables aos encargos a medios propios, establecendo un maior control cando os medios propios o sexan respecto de varios entes e tamén cando o medio propio opere no mercado, situación substancialmente diferente á do medio propio dependente dun só ente e que a súa actuación no mercado é irrelevante. Sobre este aspecto volveremos máis adiante, nas conclusións.

<sup>23</sup> Informe de fiscalización da adaptación dos medios propios existentes no ámbito empresarial estatal non financeiro ás existencia da Lei 40/2015, de réxime xurídico do sector público, e da Lei 9/2017, de contratos do sector público, do Tribunal de Contas (pp. 70-71).

## 3 O encargo do servizo de limpeza á Fundación USC

### 3.1 Normativa na USC

Ademais da normativa xeral xa analizada, a peculiaridade do réxime xurídico das universidades públicas fai necesario deterse en primeiro lugar na normativa aplicable para o suposto que nos ocupa: realizar un encargo a un medio propio.

De acordo co artigo 2 da Lei orgánica 6/2011, do 21 de decembro, de universidades (LOU), as universidades están dotadas de personalidade xurídica e desenvolven as súas funcións en réxime de autonomía e de coordinación entre todas elas.

O seu obxecto social exclusivo é a educación superior mediante a realización das funcións previstas no apartado 2 do artigo 1, a saber: “a) *A creación, desenvolvemento, transmisión e crítica da ciencia, da técnica e da cultura. b) A preparación para o exercicio de actividades profesionais que exixan a aplicación de coñecementos e métodos científicos e para a creación artística. c) A difusión, a valorización e a transferencia do coñecemento ao servizo da cultura, da calidade da vida, e do desenvolvemento económico. d) A difusión do coñecemento e a cultura a través da extensión universitaria e a formación ao longo de toda a vida*”.

As universidades actúan con autonomía para o exercicio e desenvolvemento das súas funcións, o que as habilita, segundo o artigo 2.k), para o exercicio de “*Calquera outra competencia necesaria para o axeitado cumprimento das funcións sinaladas no apartado 2 do artigo 1*”.

Ademais da autonomía para decidir a súa organización, o artigo 84 da LOU prevé expresamente a potestade das universidades para a creación de fundacións e outras persoas xurídicas para a promoción e o desenvolvemento dos seus fins<sup>24</sup>.

Por outra banda, en canto á LCSP, as universidades públicas teñen a consideración de Administración pública segundo o artigo 3.2.a), considerándose polo tanto poderes adxudicadores. Esta clasificación implica que as universidades públicas poidan recorrer aos encargos a medios propios segundo o previsto no artigo 32 LCSP.

En liña co previsto na LOU, a Lei 6/2013, de 13 de xuño, do Sistema Universitario de Galicia, dispón, por unha parte, no seu artigo 4, que “*A organización e a actividade das universidades públicas do SUG responderá aos principios organizativos constitucional e legalmente establecidos de eficacia, eficiencia no gasto, xerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación e colaboración, con sometemento pleno á lei e ao dereito*”, e, por outra, no seu artigo 6, que “*As universidades, cando para unha mellor*

---

<sup>24</sup> Artigo 84 da Lei orgánica 6/2011, do 21 de decembro, de universidades: “*Artigo 84. Creación de fundacións e outras persoas xurídicas. Para a promoción e desenvolvemento dos seus fins, as universidades, por si soas ou en colaboración con outras entidades públicas ou privadas, e coa aprobación do Consello Social, poderán crear empresas, fundacións ou outras persoas xurídicas de acordo coa lexislación xeral aplicable. Será de aplicación o disposto na Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sostible, así como na Lei 14/2011, do 1 de xuño, da ciencia, a tecnoloxía e a innovación. A dotación fundacional ou a achega ao capital social e calquera outras achegas ás entidades que prevé o parágrafo anterior, que se realicen con cargo aos orzamentos da universidade, quedarán sometidas á normativa vixente nesta materia. As entidades en cuxo capital ou fondo patrimonial equivalente teñan participación maioritaria as universidades quedan sometidas á obriga de render contas nos mesmos prazos e procedemento que as propias universidades*”.

*organización dos seus servizos ou consecución dos seus fins o consideren oportuno e atendendo principalmente aos principios de eficacia e eficiencia no gasto, poderán descentralizar funcións e servizos en persoas xurídicas vinculadas a elas nos termos previstos na lexislación orgánica de universidades”.*

Polo tanto, as universidades dispoñen de autonomía, declarada pola lexislación estatal, e no noso caso tamén pola autonómica, para decidir a forma de organización da prestación dos seus servizos e, de ser o caso, a creación de persoas xurídicas para desenvolver as funcións atribuídas por lei.

Por último, o artigo 14.8 dos Estatutos da USC<sup>25</sup> recollen de forma expresa as posibilidades de xestión dos seus servizos, nos seguintes termos:

*«1. A Universidade asumirá, con carácter xeral, a xestión directa dos seus servizos. Poderán aplicarse as formas de xestión indirecta ou a prestación dos servizos a través de sociedades mercantís ou outros entes de dereito privado na xestión daqueles servizos de carácter complementario ou instrumental.*

*2. Naqueles casos en que a Universidade opte pola prestación dos seus servizos en réxime de xestión indirecta ou en réxime de dereito privado, deberá garantirse que estes se presten en condicións vantaxosas para os usuarios e coas máximas garantías de calidade. Para estes efectos, estableceranse comisións de seguimento e control con participación dos usuarios e dos distintos sectores da comunidade universitaria».*

Neste suposto, a prestación do servizo de limpeza non é unha das funcións principais da Universidade, aínda que se trata dunha actividade instrumental ou auxiliar esencial para garantir o correcto desenvolvemento das funcións que lle son propias.

### 3.2 Os precedentes

Unha vez analizado o marco normativo xeral, pásase a expor o complexo proceso seguido na Universidade de Santiago de Compostela para a xestión a través dun medio propio do seu servizo de limpeza.

No ano 2018 o servizo de limpeza de edificios víñase prestando de forma externalizada con dous contratos, un para os edificios situados no Campus de Santiago de Compostela e outro no Campus de Lugo. As adxudicatarias eran CLECE, S.A. e Limpezas San Froilán, S.A. respectivamente, que contaban cun volume de persoal de 252 efectivos en total.

No primeiro dos casos, o contrato adxudicárase o 28 de abril de 2014 por un prazo de catro anos, desde o 1 de maio de 2014 ata o 30 de abril de 2018. O 31 de maio de 2017 a empresa comunicoulle á Universidade a súa intención de renunciar á prórroga do contrato “*por estar a sufrir importantes perdas económicas derivadas da súa execución*”, reiterando a súa solicitude o 28 de setembro de 2017, engadindo que “[...] *esta empresa*

<sup>25</sup> Decreto 14/2014, do 30 de xaneiro, polo que se aproban os estatutos da Universidade de Santiago de Compostela. *Diario Oficial de Galicia* núm. 29, do 12 de febreiro.

*está a sufrir importantes perdas económicas na súa execución, as cales non mantén obriga de soportar máis alá da data de extinción contractual”.*

A USC no seu momento estimou a renuncia á prórroga presentada pola empresa, mediante mutuo acordo con CLECE, S.A. asinado o 30 de abril de 2018, na que se prevía unha prórroga ata o 31 de decembro de 2018, co obxecto de proceder a unha nova licitación, garantindo así que non se producise unha interrupción do servizo. Polo tanto, a prórroga supuña un incremento do prezo do contrato primitivo para o novo período dun 5 %. A nova licitación, publicada o 31 de xaneiro de 2018, establecía dous lotes diferenciados, un para o Campus Sur e outro para o Campus Norte, e ofertábase cunha duración de 2 anos e un importe total de 11.749.414,00 €. Non obstante, declarouse deserta o 16 de abril de 2018 por non recibir oferta por parte de ningunha empresa.

No caso do Campus de Lugo, a empresa Limpiezas San Froilán, S.A. finalizaba o contrato o 25 de novembro de 2018, presentando a súa renuncia á posible prórroga prevista nos pregos, con data do 16 de abril de 2018. Por Resolución reitoral do 3 de maio de 2018 declarouse a extinción do contrato por cumprimento, con efectos do 24 de novembro de 2018, aínda que se establecía que a empresa continuaría prestando o servizo obxecto do contrato ata a sinatura do contrato do novo expediente de contratación que a USC licitaría, e cuxa data de inicio prevista era o 1 de xaneiro de 2019. A elaboración do expediente de contratación aínda non estaba en marcha na data da miña incorporación.

Segundo o criterio técnico dos servizos de contratación, procedeuse a negociar unha prórroga nos mesmos termos que a executada con CLECE, S.A. No entanto, á vista da situación, nesta prórroga motivábase xa a necesidade de realizar un estudo nos seguintes termos: *“Despois do proceso electoral celebrado na USC o pasado mes de maio e do posterior nomeamento e toma de posesión do novo xerente da institución o 18 de xuño de 2018, por parte deste formulóuselle á empresa LIMPIEZAS SAN FROILÁN, S.L.U. a necesidade de ampliar o período de prórroga do contrato ata o 31 de agosto de 2019, para dispor do tempo necesario para a toma de decisións en relación co servizo a prestar no futuro e clarificar as súas condicións técnicas e económicas desde todas as perspectivas posibles, sen descartar ningunha alternativa que se poida considerar viable, xa sexa para a xestión directa do servizo, ou para a licitación dun novo contrato nas oportunas condicións que garantan que esta non quede deserta por razóns económicas”.*

Esa última alusión fai referencia á problemática deste contrato que se detalla a continuación. Os custos do servizo de limpeza están formados, maioritariamente, polo custo da man de obra ao ser unha actividade intensiva neste recurso. A obriga de subrogar o persoal neste tipo de contratos establecíase por previsión convencional e as empresas anteriores subscribiran acordos co persoal nos que as súas condicións se equiparaban ás do persoal laboral da propia Universidade. Polo tanto, o custo da man de obra era moito máis elevado que en calquera contrato do mesmo sector e os eventuais beneficios das empresas reducíanse considerablemente. É interesante pór de relevo que a negociación dos acordos co persoal para mellorar as súas condicións se materializou en senllos acordos de empresa.

No caso de Santiago de Compostela estas condicións formalizáronse no *Acordo sobre condicións económicas e sociais dos traballadores do servizo de limpeza do Campus de Santiago da Universidade de Santiago de Compostela*, subscrito ante a autoridade laboral pola empresa adxudicataria nese momento, CLECE, S.A., e que contén entre as súas cláusulas a seguinte previsión:

*“1.- Ámbito funcional e persoal.*

*Este acordo será de aplicación ao persoal de limpeza que presta ou preste nun futuro os seus servizos no “Servizo de Limpeza do Campus de Santiago da Universidade de Santiago de Compostela (USC)” e a empresa adxudicataria do mencionado servizo, que actualmente é a empresa CLECE, S.A., afectando de igual modo a todas as empresas que no futuro poidan resultar adxudicatarias deste servizo”.*

*“14.- Disposición derradeira.*

*Os asinantes deste acordo remitirán copia deste ao Reitorado e á Xerencia da Universidade de Santiago de Compostela co obxecto de que, no caso de que saia a concurso o servizo de limpeza, se incorpore o contido do acordo no prego de cláusulas administrativas para a contratación correspondente”.*

Polo que respecta ao Campus de Lugo, existía un acordo de similares características denominado *“Acordo colectivo sobre condicións económicas e sociais do Campus de Lugo (Universidade de Santiago de Compostela)”*, subscrito o 21 de febreiro de 2018 entre a empresa adxudicataria –Limpezas San Froilán, S.L.U.– e o Comité de Empresa e que inclúe idénticas previsións sobre a aplicación en futuras licitacións das condicións acordadas polas dúas partes, nas cláusulas primeira e décimo quinta.

Non obstante, cabe recordar que esta información estaba á disposición nos pregos de cláusulas administrativas e técnicas dos contratos adxudicados e que se tivo en conta por parte das empresas á hora de realizar as súas ofertas, polo que non poderían aducir un cambio sobrevido que afectase ao equilibrio do contrato, sendo a súa vía de escape presentar a renuncia ás eventuais prórrogas previstas.

No *“Informe sobre a viabilidade xurídica e os requisitos dun encargo obrigatorio a medio propio personificado para a prestación do servizo de limpeza de edificios na Universidade de Santiago de Compostela”* encargado pola USC á Área de Dereito Administrativo da Universidade da Coruña no marco deste expediente, Amoedo Souto constata que este problema non é illado. Así, refire casos similares no eido da limpeza hospitalaria pública en Galicia (en concreto, o Complexo Hospitalario Universitario da Coruña, onde mediante negociación colectiva o persoal da empresa adxudicataria se equiparou ao persoal laboral non estatutario do Sergas do grupo E), e tamén exemplos de licitacións declaradas desertas e de renuncias aos contratos de limpeza adxudicados porque os custos laborais anulan as marxes de beneficio empresarial.

Regap



ESTUDIOS

Desta situación xorden as primeiras experiencias de encargo deste tipo de servizo a medio propio, por situacións de urxente necesidade e polo período necesario para proceder á súa licitación<sup>26</sup>.

O propio Consello de Contas de Galicia fíxose eco desta realidade. No seu Informe de fiscalización da contratación dos servizos de limpeza no ámbito hospitalario do Sergas, correspondente ao exercicio 2015<sup>27</sup>, non dubida en afirmar que *“polas cláusulas de subrogación e a paulatina equiparación retributiva acordada entre empresas e traballadores, o custo económico destes traballadores é comparable ao que derivaría da condición de persoal propio, coa circunstancia de que a súa externalización contractual ten o custo adicional do beneficio industrial e do IVE”*.

Non é esta unha situación descoñecida na xestión indirecta dos servizos públicos, o que, como se dixo, desmonta o mito de que a contratación é a opción máis eficiente no sector público fronte á xestión directa, posto que non sempre a tensión teórica que producen no mercado as licitacións públicas implica que as ofertas presentadas polas empresas sexan máis eficientes que a prestación con medios propios. Así o entende tamén AMOEDO SOUTO<sup>28</sup> cando di que *“A normalización da autoprovisión administrativa como alternativa xestora non é conxuntural. Ao contrario. Trátase dunha alternativa “resiliente”, directamente relacionada coas rixideces e carencias endémicas das nosas administracións. En particular, non pode explicarse sen ter en conta fenómenos tan arraigados como a escasa dotación de persoal público, os custos de oportunidade na xestión dos procedementos administrativos abertos de adxudicación de contratos, ou as propias malas prácticas dos contratistas das administracións (adicción ao modificado, dilación no cumprimento de prazos de execución, tendencia á captura de rendas públicas, etc.)”*.

Como se acaba de dicir, a nova licitación nos Campus de Santiago de Compostela quedara deserta e as empresas manifestaran que o importe estimado do contrato non cubría os custos da prestación do servizo, fundamentalmente polos custos elevados do persoal.

Nun primeiro momento avalíouse a posibilidade de proceder a unha nova licitación, pero as circunstancias económicas da Universidade de Santiago de Compostela, cun déficit estrutural elevado e cun plan económico financeiro vixente, non permitían incrementar o importe da licitación en 1,3 millóns anuais máis, tal como se manifestaba, sorprendentemente, nun informe económico externo elaborado pola

---

<sup>26</sup> En concreto, o Informe menciona os casos do Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, que realizou un encargo a TRAGSA no ano 2013, ou o do Hospital Universitario de Son Llàtzer e do Hospital Joan March en Palma de Mallorca, que se formalizaron cun encargo ponte derivado dunha licitación previa deserta e que se realizou con subrogación do persoal que estaba a prestar o servizo. Este tipo de encargos fóronse sucedendo no tempo, como no caso da encomenda de xestión realizada a TRAGSA por parte da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia para o servizo de limpeza das súas sedes en Madrid e Barcelona, o encargo por parte da Generalitat Valenciana a TRAGSA da limpeza da Cidade Administrativa 9 de Outubro, ou a limpeza dos edificios e dependencias da Deputación de Lugo, que resolveu en contrato coa empresa adxudicataria por non pagamento dos salarios dos traballadores e que lle encargou o servizo a TRAGSA por un período ponte de 6 meses ata a súa licitación pública.

<sup>27</sup> [https://www.ccontasgalicia.es/sites/consello\\_de\\_contas/files/contents/documents/2015/164\\_D\\_Contratacion\\_Servizo\\_Limpieza\\_Hospitalario\\_Sergas\\_2015\\_G.pdf](https://www.ccontasgalicia.es/sites/consello_de_contas/files/contents/documents/2015/164_D_Contratacion_Servizo_Limpieza_Hospitalario_Sergas_2015_G.pdf)

<sup>28</sup> AMOEDO SOUTO, C.A., “¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la autoprovisión administrativa en España”, cit.



consultora responsable do estudo económico da licitación que quedara deserta, se se pretendía facer viable a adxudicación<sup>29</sup>.

Así, nos meses que restaban de 2018 analizáronse cos servizos correspondentes todas as posibilidades de xestión, incluída a directa.

No marco desta reflexión, constatáronse dous feitos moi relevantes que están no xerme da decisión de internalizar o servizo.

Por unha parte, a Universidade de Santiago de Compostela conta con máis de 500.000 metros cadrados de superficie útil, a maior parte con usos xerais, pero con arredor dun 30 % que require dun tratamento máis específico, ao ter usos de investigación ou en áreas de coñecemento como Medicina, Odontoloxía ou Veterinaria. O contrato licitado en 2014 establecía nos pregos un marco prestacional ríxido, que nin sequera fora modificado como consecuencia da entrada en funcionamento de novos edificios ou a supresión dalgún servizo. Así mesmo, as frecuencias establecidas para a limpeza en función do tipo de uso da superficie non admitían solucións flexibles para reorganizar a prestación do servizo ante calquera eventualidade.

Por outra, constatouse que o cumprimento das condicións do contrato por parte da empresa non se axustaba exactamente á proposta presentada por esta. Nin as melloras presentadas se estaban a executar nos termos propostos nin a cobertura do absentismo se facía coa intensidade prevista. Aínda así, o contrato resultaba gravoso para a empresa polo elevado custo dos salarios, sen que coubese a posibilidade dunha execución máis eficiente pola excesiva rixidez, como se dixo, do modelo de prestación.

Neste contexto, e para explorar as distintas opcións posibles, en maio de 2019 encargóuselle á empresa Into Consulting, unha empresa consultora con experiencia no sector da limpeza e que, na actualidade, asiste tecnicamente administracións públicas nos procesos de licitación de contratos públicos, co seguinte obxecto: estudo do servizo de limpeza nos centros dependentes da Universidade de Santiago de Compostela (Campus de Santiago e Lugo) e avaliación económica das distintas modalidades de xestión posibles.

Ao mesmo tempo, ao estar próximo o vencemento das prórrogas pactadas coas dúas empresas contratistas, e sendo a limpeza un servizo esencial, acordáronse senllas resolucións de prórroga forzosa, por razóns de interese público, notificadas o 30 de xullo de 2019, polo período necesario ata a formalización do novo contrato que viría substituír a prestación do servizo mencionado con efectos desde o 1 de setembro de 2019 e, en todo caso, por un período máximo de 6 meses<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> O informe ao que se fai referencia foi elaborado pola consultora Pilot CSS e entregado á Universidade o 4 de xullo de 2018.

<sup>30</sup> Nestas prórrogas, a motivación incluía unha visión máis completa da situación do servizo de limpeza, como se desprende dos antecedentes cuarto a sétimo. *Cuarto. Na análise preliminar da situación polo novo equipo de goberno constatouse que, ademais das renuncias presentadas polas dúas contratistas do servizo de limpeza de edificios, a licitación do contrato de limpeza correspondente ao Campus de Santiago quedara deserta a mediados de 2018 debido a que o prego de prescricións técnicas e o informe que o acompañan establecían unhas condicións que o prezo de licitación non cubría. Ademais diso, constatouse que a superficie útil da que dispón a Universidade excede a necesaria para conseguir as finalidades que lle corresponden. Actualmente dispoñen de máis de 500.000 metros cadrados destinados á docencia, á investigación e a outros usos con moita incidencia na actividade de limpeza, como poden ser as residencias universitarias. Así mesmo, tivose coñecemento de que en moitos casos as instalacións están infrutilizadas e noutros teñen un uso intenso que foi cambiando nos últimos anos froito da expansión, principalmente, da actividade investigadora.*

*Quinto. A Xerencia da Universidade de Santiago de Compostela pechou as contas do ano 2018 cun déficit no ano 2018 de 1,3 millóns de euros en termos de contabilidade SEC. Isto obriga á presentación dun Plan Económico-Financeiro que deberá ser aprobado*

En canto ás entidades dependentes da Universidade existentes nese momento, constatouse que ningunha delas reunía os requisitos precisos para poder encargarlles a xestión do servizo de limpeza. Ben porque a actividade encargada directamente pola Universidade non alcanzaba o 80 % exigido pola LCSP, no caso da Sociedade Xestora de Intereses da USC, S.L.U. (coñecida como UNIXEST, S.L.U.), ben porque o seu obxecto social impedía tal encargo e ademais non existía unha declaración formal como medio propio, no caso da Fundación USC-Deportiva, cuxas actividades se desenvolvían nunha porcentaxe superior ao 80 % directamente coa Universidade.

Co fin de dispor dun medio propio que permitise a realización de encargos de actividades instrumentais da Universidade, iniciáronse os trámites para a declaración como medio propio da Fundación USC-Deportiva. O primeiro trámite foi a aprobación na sesión do Padroado do 15 de xullo de 2019, por unanimidade dos seus patróns, da decisión de solicitarlle á Universidade de Santiago de Compostela a declaración de medio propio nos termos establecidos no artigo 86 LRXSP e no artigo 32 LCSP.

Ademais do estudo do servizo e as alternativas para a súa xestión, cumpría ter a suficiente seguridade xurídica para a eventual toma de decisións.

Por este motivo, o 29 de novembro de 2021 encargóuselle á Área de Dereito Administrativo da Universidade da Coruña o informe de viabilidade xurídica xa mencionado.

Por último, un elemento decisivo para tomar unha decisión ou outra foi a necesidade de presentar un plan económico financeiro debido ao peche de contas de 2018 en situación de déficit orzamentario.

Esta obriga, prevista no Plan Galego de Financiamento Universitario 2016-2020 e na Lei 2/2011, do 16 de xuño, de disciplina orzamentaria e sustentabilidade financeira de Galicia, xa se producira no ano 2014, realizando nese momento unha política de recortes e axustes que tiveron unha repercusión moi acentuada nas políticas de persoal e o mantemento das infraestruturas.

A Conta Anual da USC correspondente ao exercicio 2018 reflectía un déficit orzamentario de 2,4 millóns de euros e de 1,3 millóns despois dos axustes SEC 2010<sup>31</sup>.

---

*pola Xunta de Galicia e, polo tanto, a unha política de austeridade no gasto. As medidas que se poden adoptar neste Plan deben incidir singularmente nos gastos de subministracións e mantemento debido a que un dos obxectivos prioritarios para a institución é a renovación xeracional do persoal. Á vista do exposto, a Xerencia acordou a elaboración dun estudo técnico que determinase o uso das instalacións e a frecuencia necesaria para a correcta prestación dos diferentes servizos en condicións óptimas e que procurasen unha redución do gasto corrente, cuxo encargo se formalizou o 16 de maio de 2019. A versión preliminar do estudo mencionado foi entregada á Xerencia o 12 de xullo de 2019, e a entrega definitiva producirase a finais deste mes. Baseándose no mencionado documento, adoptaranse as decisións oportunas sobre as condicións técnicas que establecerán os niveis de servizo necesarios e que permitirán a celebración dun novo contrato.*

*Sexto. O anterior supón que a decisión que se adopte non se poida materializar ata despois de que finalice a prórroga, o que provocará un grave prexuízo para a Universidade, pois a limpeza dos edificios é unha actividade esencial para o seu correcto funcionamento. Ademais diso, o inicio do curso académico 2019-2020 o 9 de setembro exige a continuidade do servizo tanto para as funcións docentes e investigadoras como para outras actividades que presta a Universidade e que son esenciais para o alumnado, como pode ser o Servizo Universitario de Residencias, que xestiona a oferta de 1.200 prazos.*

*Sétimo. A imposibilidade material de interromper a prestación do servizo fai necesario acudir a un procedemento que só se pode xustificar polo seu carácter excepcional, e no que hai que ter en conta que o 14 de xullo se produciu a xubilación do xefe de Servizo de Xestión Económica. Este servizo ten entre as súas funcións a coordinación, xestión e seguimento dos procedementos de contratación administrativa e privada e de xestión patrimonial, así como de prestar o asesoramento xeral sobre estas materias e subministrar a información necesaria para a toma de decisións en materia económica.*

<sup>31</sup> O Regulamento (UE) No. 549/2013 do Parlamento Europeo e do Consello, do 21 de maio de 2013, relativo ao Sistema Europeo de Contas Nacionais e Rexionais da Unión Europea (en diante, SEC 2010) establece a metodoloxía de elaboración das

Varias eran as razóns deste resultado, tal como se expuxeron no Plan Económico Financeiro 2019–2020, aprobado polo Consello de Goberno o 7 de febreiro de 2020 e autorizado pola Consellería de Facenda.

Nel analizábanse as causas do déficit, entre as que se mencionaba expresamente o problema coas licitacións do servizo de limpeza de edificios nos seguintes termos:

*“a) A insuficiencia de ingresos para cubrir os gastos estruturais. [...] Ademais, durante 2018, o contrato de limpeza de edificios quedou deserto por ter un prezo insuficiente. Coas condicións actuais, a Universidade necesitaría de 1 millón anual máis para poder contratar este servizo básico e que a licitación resultase viable. As prórrogas do contrato coas empresas contribuíron tamén ao déficit, ao incrementarse o prezo do contrato nun 5 %”.*

Entre outras medidas a adoptar para corrixir o déficit nos seguintes exercicios, incluíuse unha específica sobre o contrato de limpeza:

*“Redución do gasto asociado ao contrato de limpeza de edificios. A Universidade de Santiago de Compostela ten actualmente dous contratos subscritos para a limpeza dos seus edificios situados en Santiago de Compostela e Lugo. O custo anual destes contratos supera os 8.000.000 €. As dúas contratistas manifestaron a renuncia ás posibles prórrogas e o proceso de licitación para o contrato correspondente a Santiago de Compostela declarouse deserto a mediados de 2018. O anterior prego de licitación estableceu frecuencias de limpeza que non son acordes cos usos actuais dos espazos, debido ao descenso do alumnado producido durante os últimos 10 anos. Nese mesmo período, a Universidade incrementou en 80.000 metros cadrados a súa superficie construída dedicada á investigación, o que supón necesidades diferentes. Sobre esta base, estase a traballar actualmente na redefinición da prestación avaliando os usos actuais dos diferentes espazos e planificando os niveis de servizo que dean resposta ás necesidades da Universidade e permitan a eficiencia no gasto e a eficacia na consecución dos fins institucionais. O recurso a medio propio para a prestación do servizo permite un aforro por dúas vías: por unha parte, afórrase o IVE non deducible que anualmente supera os 0,9 millóns de euros e por outra parte afórrase o beneficio empresarial que co modelo actual (dúas empresas distintas, unha en cada cidade onde a USC ten presenza) supón anualmente uns 0,5 millóns de euros. Non obstante, os pasos a dar para poder realizar o encargo obrigan a Universidade a facer unha estimación prudente do aforro que se poderá obter no exercicio 2020 tendo en conta que a previsión é que o encargo se realice durante o segundo semestre do ano e que serán necesarios investimentos iniciais en subministracións e material. Estímase, á vista do anterior, que coa combinación das medidas descritas se aforren 300.000 euros en 2020, e 500.000 euros en 2021”.*

Como se describirá na parte final, os resultados foron moito mellores do esperado.

---

contas económicas que se publiquen a partir do 1 de setembro de 2014 (artigo 5.1 do regulamento), substituíndo a versión anterior, SEC 1995, publicada mediante o Regulamento 2223/96 do Consello, do 25 de xuño de 1996.

### 3.3 A declaración como medio propio da Fundación USC-Deportiva

A LCSP establece no artigo 32 que os poderes adxudicadores poderán organizarse executando de xeito directo prestacións propias dos contratos de obras, subministracións, servizos, concesión de obras e concesión de servizos, valéndose doutra persoa xurídica distinta a eles, xa sexa de dereito público ou de dereito privado, logo de encargo a esta.

Ademais do anterior, o apartado 2.c) dispón que, cando o ente destinatario do encargo sexa un ente de personificación xurídico-privada, a totalidade do seu capital ou patrimonio terá que ser de titularidade ou achega pública.

No noso caso, a Fundación USC-Deportiva fora constituída no ano 2007 co obxecto de desenvolver as actividades físico-deportivas que programase a Universidade de Santiago de Compostela e o 100 % do capital achegado era da propia Universidade.

A composición do Padroado, regulada nos seus estatutos, prevía un máximo de doce membros e un mínimo de tres. No seu Padroado non había representantes alleos á institución nese momento, estando formado por cinco patróns: o reitor, membro nato que ocupaba a Presidencia, a persoa titular do vicerreitorado con competencias en actividades físico-deportivas, tamén membro nato e que ocupaba a Vicepresidencia, e tres vogais designados pola USC. Os Estatutos prevían, ademais, a posibilidade de designar outros membros de entidades que se adherisen á Fundación en número que non igualase ou superase a representación da Universidade. No entanto, o seu obxecto social non admitía o desenvolvemento doutras actividades que non fosen as deportivas.

A ausencia de desenvolvemento normativo do artigo 32 LCSP e a confusión creada coa declaración como básico do artigo 86 LRXSP xeraban certa incerteza en canto ao procedemento e requisitos para a declaración dun ente como medio propio. Existían interpretacións diverxentes sobre a aplicación dos requisitos deste último artigo á declaración de medios propios e servizos técnicos que non formasen parte do sector público estatal e, tamén, sobre a necesidade de xustificar os requisitos establecidos no seu apartado 2 unicamente no momento de creación do medio propio, ou declaración de tal condición se o ente xa existía, ou en cada encargo que se realizase de conformidade co artigo 32 LCSP.

En relación coa condición de medio propio, o baleiro legal xerado pola ausencia de desenvolvemento regulamentario encheuse, dalgún xeito, coa publicación por parte da Intervención Xeral do Estado da *Resolución do 16 de maio de 2019 pola que se aprobou a Instrución para a elaboración do informe a emitir en virtude do artigo 86.3 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público*.

Aínda que esta instrución non se aplicaba á USC, xa que o artigo 86.3 regulaba a proposta de declaración de medio propio e servizo técnico na Administración xeral do Estado, que debía ser sometida a informe pola Intervención Xeral do Estado, si actuou na práctica como unha especie de *soft law* para o conxunto do sector público<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Neste sentido, AMOEDO SOUTO, C.A., “¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la autoprovisión administrativa en España”, cit.

Cabe mencionar que o artigo 86.3 foi modificado pola disposición derradeira 34.2 da Lei 11/2020, do 30 de decembro, de orzamentos xerais do Estado, deixando exclusivamente a presentación da memoria xustificativa que regula a resolución da IXAE para o suposto de nova creación de medios propios e servizos técnicos.

Como xa se comentou, para a declaración da condición de medio propio da Fundación USC-Deportiva seguíronse as directrices establecidas pola IXAE para a declaración e creación de medios propios no eido estatal. Pois ben, os pasos seguidos na dita declaración foron os seguintes:

- O Padroado da Fundación USC-Deportiva, reunido o 15 de xullo de 2019, acordou por unanimidade iniciar os trámites para realizar as modificacións necesarias nos estatutos da entidade para solicitarlle á Universidade de Santiago de Compostela ser considerada medio propio desta.
- O reitor, como máximo responsable da entidade solicitante, presentou a proposta ao Consello de Goberno, de modificación da condición xurídica da entidade Fundación USC-Deportiva para a súa declaración como medio propio personificado da USC, de conformidade co acordo adoptado polo Padroado e tendo en conta o previsto na Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, e o previsto nesta materia na Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público. Como documentación da proposta anexábase:
  1. Certificado da secretaria do Padroado, de conformidade coas atribucións conferidas polos Estatutos vixentes, sobre o acordo adoptado na reunión celebrada o 15 de xullo de 2019.
  2. Borrador de modificación dos Estatutos da Fundación co fin de declarala medio propio personificado da Universidade de Santiago de Compostela, de conformidade coa Lei 40/2015, de réxime xurídico do sector público, e coa Lei 9/2017, de contratos do sector público.
  3. Certificado do Protectorado coa finalidade de acreditar a composición do Padroado, máximo órgano reitor da Fundación.
  4. Certificado acreditativo do carácter 100 % público da dotación fundacional.
  5. Informe de auditoría independente coa finalidade de acreditar que máis do 80 % do volume da actividade da Fundación USC-Deportiva, conforme as contas anuais dos tres últimos exercicios, se realizou por conta da Universidade de Santiago de Compostela.
  6. Declaración responsable do presidente do Padroado da Fundación USC-Deportiva sobre os medios persoais e materiais apropiados para a realización dos encargos de conformidade co seu obxecto social.

REGAP



ESTUDIOS

7. Memoria xustificativa da modificación proposta da Xerencia da Universidade de Santiago de Compostela, onde se realizaba un estudo sobre o cumprimento dos requisitos, en particular da suficiencia de medios materiais e humanos para o desenvolvemento dos seus fins, unha análise de riscos que evidenciaba a sustentabilidade económica da Fundación e a correcta execución ata ese momento dos cometidos desenvolvidos pola entidade.
8. Informe sobre a memoria que acompaña a proposta de declaración da Fundación USC-Deportiva como medio propio da Universidade de Santiago de Compostela emitida polo Servizo de Control Interno, emitido logo da solicitude da Xerencia de USC.
9. Informe do Servizo de Asesoría Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela.

Satisfaciáanse así todos os requisitos legais, incluíndo a conformidade expresa da entidade da que se pretendía que a Fundación fose medio propio.

Satisfaciáanse así todos os requisitos legais, incluíndo a conformidade expresa da entidade da que se pretendía que a Fundación fose medio propio.

Como xa se dixo, a Fundación USC-Deportiva tiña como obxecto social a promoción, incentivo e desenvolvemento da actividade físico-deportiva universitaria, preferentemente na comunidade autónoma galega. Nin o obxecto social nin os seus fins ou actividades fundacionais poderían encaixar no encargo a un medio propio doutra actividade que non fose a deportiva.

Por este motivo, a modificación dos Estatutos considerou as seguintes modificacións:

- Modificación da denominación da Fundación USC-Deportiva, que pasou a ser Fundación USC M.P.
- Modificación do artigo 3 dos Estatutos, sobre o réxime xurídico e a condición de medio propio, regulando tamén o réxime dos encargos mediante resolucións reitorais de obrigado cumprimento<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Artigo 3 dos Estatutos da Fundación USC M.P.: *“A Fundación ten a consideración de medio propio personificado da Universidade de Santiago de Compostela, debendo asumir os encargos que esta lle ordene, sen que en ningún caso estes poidan implicar a atribución de potestades públicas ou o exercicio de funcións ou facultades suxeitas ao dereito administrativo.*

*Os encargos, que serán de execución obrigatoria para a Fundación, formalizaranse mediante resolución reitoral, de conformidade coas regras previstas no artigo 32 da Lei 9/2017, ou norma básica que a substitúa, e levaranse a cabo de conformidade coas instrucións que se diten. A Universidade poderá supervisar en calquera momento a correcta realización do obxecto do encargo.*

*Os encargos retribuiranse mediante tarifas aprobadas pola Universidade de Santiago de Compostela de conformidade cos seus Estatutos e demais normas aplicables atendendo, en todo caso, ao custo efectivo soportado pola Fundación para as actividades obxecto de encargo que se subcontraten con empresarios particulares nos casos en que este custo sexa inferior ao resultante de aplicar as tarifas ás actividades subcontratadas. As tarifas calcularanse de modo que representen os custos reais que puidesen derivar do encargo.*

*A Fundación non poderá participar en licitacións públicas convocadas pola Universidade de Santiago de Compostela sen prexuízo de que cando nunha determinada licitación non concorran ningún licitador se lle poida encargar á Fundación a execución da prestación obxecto desta licitación.*

*Así mesmo, a Fundación publicará na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia e no perfil do contratante a súa condición de medio propio da Universidade de Santiago de Compostela indicando as actividades que, comprendidas dentro dos seus fins, pode executar no caso de ser obxecto de encargo.*

- Modificación do artigo 6<sup>34</sup> sobre os fins da Fundación para incluír a previsión do artigo 84 LOU, que dá cobertura legal á utilización de fundacións como personificacións instrumentais de dereito privado para a satisfacción dos fins das universidades, mediante a colaboración na promoción e desenvolvemento dos fins da Universidade.
- Modificación das actividades fundacionais previstas no artigo 7<sup>35</sup>, para incluír as actividades e servizos instrumentais prestados á Universidade de Santiago de Compostela.
- Modificación do artigo 12 sobre a composición do Padroado, que mantén o número máximo e mínimo de patróns, pero inclúe tres membros natos: a persoa titular do Reitorado da Universidade de Santiago de Compostela, que o presidirá; a persoa titular da Xerencia da Universidade de Santiago de Compostela, que desempeñará a Vicepresidencia; unha persoa representante do Consello Social da Universidade de Santiago de Compostela.

A proposta de modificación dos Estatutos foi acordada polo Consello de Goberno o 5 de decembro de 2019 e aprobada definitivamente polo Consello Social da USC o 27 de decembro do mesmo ano.

Por último, e tras a aprobación formal dos novos Estatutos polo Padroado da Fundación, elevar a público o acordo e obter a autorización por parte do Protectorado da Fundación, procedeuse á súa inscrición o 12 de febreiro de 2020.

É conveniente destacar que este proceso non foi impugnado en ningún momento.

### 3.4 O encargo

Situámonos en febreiro de 2020, e as prórrogas forzosas dos contratos de limpeza en Santiago de Compostela e Lugo remataban a finais dese mes.

Non obstante, o equipo de goberno aínda non dispuña de todos os elementos de xuízo necesarios para adoptar unha decisión. Por unha parte, un estudo en profundidade do servizo de limpeza que cumpría prestar, que establecese as frecuencias necesarias en función da intensidade de uso das instalacións e que permitise unha solución

---

*A Fundación poderá participar en licitacións públicas convocadas por outros entes do sector público respecto dos que non teña a condición de medio propio personificado, así como subscribir contratos, acordos, convenios ou calquera outro documento de carácter contractual con outros suxeitos públicos ou privados'.*

<sup>34</sup> Artigo 6 dos Estatutos da Fundación USC M.P.: "A Fundación ten como finalidade de interese xeral colaborar na promoción e desenvolvemento dos fins propios da Universidade de Santiago de Compostela, contribuíndo a exercer con eficacia e eficiencia as funcións que a institución ten asignadas, así como a promoción, incentivo e desenvolvemento da actividade físico-deportiva preferentemente na Comunidade Autónoma Galega. A finalidade de interese xeral da Fundación poderase exercer ben por propia iniciativa, ben por medio dos encargos que a Universidade lle realice. En particular, a Fundación ten como fins propios os seguintes: 1. Prestar os servizos que sexan necesarios para que a Universidade realice as súas funcións básicas e que non supoñan o exercicio da función de autoridade. 2. Colaborar coa Universidade de Santiago de Compostela no desenvolvemento e xestión daquelas actividades que contribúan a unha mellor asistencia á comunidade universitaria. [...]".

<sup>35</sup> Artigo 7 dos Estatutos da Fundación USC M.P.: "Para a consecución dos fins mencionados no artigo anterior a Fundación poderá levar a cabo, con carácter enunciativo e non limitativo, as seguintes actividades: 1. Xestionar, prestar, organizar e realizar actividades e servizos instrumentais da Universidade de Santiago de Compostela. [...] 9. En xeral, cantas actuacións sexan necesarias para a consecución dos fins que constitúen o seu obxecto".

organizativa flexible e adaptable segundo as circunstancias. Por outra banda, tampouco fora emitido o informe xurídico sobre a viabilidade do encargo a medio propio.

Así, por resolucións do 21 de febreiro de 2020, prorrogáronse forzosamente de novo os dous contratos de limpeza, por un período de seis meses, o que era unha marxe razoable para proceder ao cambio de modelo de xestión. Deste xeito, nas dúas resolucións recóllese expresamente esta circunstancia, descartando xa a licitación dun novo contrato.

É inevitable a referencia á pandemia por coronavirus SARS-Cov-2, que levou á declaración do estado de alarma polo Goberno de España o 14 de marzo de 2020 e que alterou calquera previsión que se puidese realizar. Debemos destacar que esta circunstancia serviu para realizarlle o primeiro encargo á Fundación USC M.P., por razóns de urxencia, para a xestión da Oficina COVID da USC, unidade creada *ad hoc* para a xestión das incidencias – numerosas e variadas – que xurdiron durante a pandemia. A capacidade da Fundación para a prestación de servizos de carácter xeral quedou unha vez máis acreditada, cunha xestión realizada de forma eficaz e eficiente, como acreditan as contas anuais da Fundación aprobadas en situación de superávit, correspondentes ao ano 2020.

A versión final do informe técnico sobre o servizo de limpeza foi entregada en marzo de 2020. En canto ao informe de viabilidade xurídica, tal como explica Amoedo Souto, *“A primeira versión deste informe foi entregada o 11 de marzo, tres días antes da declaración de estado de alarma realizada polo Real decreto 463/2020, do 14 de marzo.*

*Desde entón, a loita de contención da pandemia da covid-19 provocou intensas alteracións na prestación do servizo universitario e, en particular, do servizo de limpeza dos edificios da USC.*

*Por todas estas circunstancias, a entrega do informe permaneceu paralizada, á espera de que a situación fose volvendo á normalidade”.*

Certamente, o informe final foi entregado o 16 decembro de 2020, nova prórroga forzosa mediante nos dous contratos de limpeza, notificada o 19 de agosto de 2020, que, neste caso, ademais das razóns de interese público, incluía razóns de saúde pública para non interromper a prestación do servizo.

A crise sanitaria alterou por completo os protocolos de limpeza e desinfección no intento de contribuír á súa contención, obrigando á contratación de servizos que non estaban previstos na prestación ordinaria do servizo. Os peches totais dos primeiros meses deixaron paso a situacións do máis distintas en canto á actividade que se podía prestar, con continuas regras e interrupcións que cambiaban constantemente.

Nunha Universidade complexa, que conforma un ecosistema propio, é doado adiviñar o arduo que foi xestionar as actividades habituais da Universidade, desde a docencia e a investigación ou os servizos administrativos ata as residencias universitarias, cafeterías e comedores, bibliotecas e, máis tarde, a recuperación da actividade cultural e deportiva.

Por este motivo, foi necesario aínda prorrogar unha vez máis, forzosamente, a prestación do servizo por parte das contratistas que o viñan desempeñando, que se notificou o 26 de febreiro de 2021.



Unha vez máis, cabe destacar que ningunha das prórrogas foi impugnada, nin as anteriores á pandemia, nin tampouco as posteriores, aínda que esta circunstancia é máis comprensible.

Os informes técnicos solicitados despexaron calquera indicio de dúbida sobre a pertinencia da decisión de realizar o encargo á Fundación.

O estudo técnico concluía que era necesaria unha redefinición a todos os niveis da prestación do servizo. Nin as frecuencias eran adecuadas para as intensidades de uso, nin se aplicaran técnicas que mecanizasen e mellorasen a prestación do servizo, nin existían fórmulas que flexibilizasen a adaptación do persoal ás circunstancias de forma áxil e eficiente. Nas conclusións do informe sobre a situación do servizo, pódese ler *“Baseándose na situación actual, descrita, preténdese cambiar o modelo de xestión, ben a través dunha nova adxudicación ou ben a través da Fundación USC. Para ambos os dous casos, e para a consecución dos obxectivos previstos, non se considera válida unha tipoloxía de prego de condicións similar ao actual.*

*O servizo “ideal” non está definido, polo tanto, debe ser a acción conxunta da USC e o coñecemento e experiencia da adxudicataria (ou Fundación) as que o definan beneficiándose ambos os dous desta alianza, con obxectivos da máxima eficiencia a medio prazo”.*

É dicir, ademais dos eventuais aforros do beneficio empresarial e da exención da aplicación do IVE aos encargos, existía unha certeza sobre que a prestación do servizo podía ser máis eficaz e eficiente.

Formulábanse dous escenarios, un optimista, no que se incluía un incremento do 1,5 % do custo salarial, e un pesimista, cun incremento do 2 %. Por outra banda, o estudo realizaba tamén unha comparativa entre a prestación do servizo co modelo co que se viña prestando, ou aplicando un novo modelo de xestión baseado en frecuencias e niveis de servizo.

As cifras resultantes, en termos estritamente económicos, aconsellaban o cambio do modelo de xestión, pasando a prestalo desde a Fundación.

Fose cal fose a opción elixida, só o cambio na prestación do servizo supuña aforros, sen IVE, que oscilaban entre os 3,8 millóns e os 5,9, en función da externalización ou non e do escenario realista ou optimista.

A diferenza entre a xestión mediante a Fundación ou a externalización oscilaba entre 1,3 millóns e 1,2 millóns a favor da primeira opción.

En calquera caso, no estudo técnico incluíronse determinados gastos que en opinión da USC se podían reducir, probablemente porque despois de dous anos e medio de mandato e unha pandemia, o coñecemento sobre a Universidade e a Fundación eran moi precisos. Por pór un exemplo, a estrutura de persoal de xestión que o informe consideraba necesaria estaba sobredimensionada e estaba baseada nas ofertas que, normalmente, presentan as empresas de limpeza, moitas delas grandes multinacionais con magníficos gabinetes xurídicos dedicados ao éxito nas licitacións públicas, pero nas que a dedicación do persoal propio da empresa vinculado ao contrato é ínfima. Por outra banda, os custos de subministracións parecían sobreestimados, mesmo tendo en conta a advertencia do informe sobre a imposibilidade da Fundación de acceder a descontos derivados de economías de escala como as empresas do sector.

Regap



ESTUDIOS

Pola súa banda, o informe de viabilidade xurídica de Amoedo Souto despexaba as dúbidas sobre o procedemento para realizar o encargo e resolvía algunha das incertezas xeradas nos primeiros anos despois da entrada en vigor da LCSP.

Pola súa importancia, merece un tratamento singular a subrogación do persoal na Fundación, unha das cuestións máis controvertidas nos procesos de internalización de servizos no sector público.

Basta dicir que para poder prestar o servizo desde a Fundación era unha premisa básica a viabilidade desta subrogación do persoal existente, sen o cal un servizo como o da limpeza non sería posible.

O informe de viabilidade xurídica detense especificamente nesta cuestión, no seu apartado 2.6, destacando dous feitos xurídicos que confirmaban a posibilidade e, sobre todo, a obrigatoriedade da subrogación do persoal que prestaba o servizo de limpeza na USC a través das dúas empresas contratistas.

En primeiro lugar, a Fundación USC é unha entidade de dereito privado, polo que non se vía afectada polas restricións introducidas pola Lei 3/2017, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2017, que só eran aplicables a entidades de dereito público e sociedades mercantís públicas.

En segundo lugar, a partir de a entrada en vigor da nova LCSP, en marzo de 2018, o artigo 130 abre a porta á subrogación obrigatoria do persoal de contratas públicas en tres supostos: *ex lege*, por convenio colectivo ou por acordo de negociación colectiva de eficacia xeral. Pois ben, os convenios colectivos aplicables no sector da limpeza obrigan á subrogación do persoal nos termos previstos no artigo mencionado e no artigo 44 do Estatuto dos traballadores.

O informe de viabilidade xurídica analiza tamén os precedentes de encargos que incluíron a subrogación do persoal habilitada mediante cláusula convencional, concluíndo que *“a inclusión dunha cláusula subrogatoria no contido da encarga obrigatoria foi aceptada pacificamente, de conformidade co artigo 130 da LCSP e 44 ET”*.

O requisito, previsto no artigo 32 LCSP, de verificación de que a entidade conta cos medios humanos e materiais necesarios para a prestación do servizo, facía que esta cuestión fose especialmente relevante.

É interesante, neste punto, facer referencia ao proceso de remunicipalización do servizo de augas do Concello de Valladolid, xestionado desde hai 5 anos por unha empresa municipal e que foi obxecto de ata dez resolucións xudiciais. Foi un dos encargos a medio propio máis relevantes, polo volume de traballadores afectados, 163 en total, e, a teor das noticias, un exemplo de cambio no modelo de xestión que permitiu mellorar radicalmente o servizo prestado.

Sobre a cuestión do persoal, o fundamento xurídico cuarto da Sentenza 150/2017, do Xulgado Contencioso/Administrativo núm. 3 de Valladolid, confirmada posteriormente pola Sentenza do 21 de maio de 2019, do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León, dispón:

*“Desde un punto de vista negativo hai que sinalar que o acordo impugnado non adopta ningunha decisión sobre asunción de persoal necesario para a xestión directa dos servizos nin tampouco para o funcionamento da entidade pública empresarial*

*local creada aínda que é evidente que a utilización dese persoal é consubstancial á decisión adoptada en canto que non é posible facer efectiva a xestión directa do servizo se non se conta con persoal suficiente para levar a cabo as actuacións que exige a dita xestión.*

*Sendo isto así e, hai que insistir niso, aínda que o acordo impugnado non adopta ningunha decisión sobre a asunción de persoal, é necesario analizar se a normativa aplicable permite que a entidade pública empresarial creada dispoña de persoal propio para poder cumprir co seu obxecto dado que, de non ser así, a decisión sobre a xestión directa, aínda que fose sostible e eficiente, non sería eficaz xa que non podería levarse a cabo producíndose, de facto, unha falta de prestación do servizo incompatible co carácter básico e obrigatorio deste nos termos que logo se dirán”.*

No fundamento xurídico quinto, a resolución xudicial dispón o seguinte sobre a aplicabilidade a este caso da sucesión prevista no 44 ET:

*O artigo 44 do Estatuto dos traballadores refírese, no esencial, ao mantemento da relación laboral cando se produce unha sucesión de empresas. Non existe ningunha dúbida respecto á aplicación deste artigo nos supostos nos que o suxeito que asume a nova actividade é de natureza pública, Administración ou un ente dependente dela, sendo esencial para que se produza a sucesión que exista a transmisión dunha “entidade económica” que manteña a súa identidade, entendida como un conxunto de medios organizados suficientes para levar a cabo unha actividade económica.*

Na configuración do encargo a realizar había dúas cuestións máis que eran moi relevantes para a súa resolución. Por unha parte, na data en que se producise definitivamente, cumpría dispor do equipamento necesario e, por outra parte, a aprobación das tarifas a aplicar debía ser previa á formalización do encargo e, de conformidade co artigo 32 LCSP, atender ao custo efectivo soportado polo medio propio, representando os custos reais.

Por resolución reitoral do 7 de maio de 2021, realizóuselle un encargo á Fundación cuxo obxecto era a execución das actuacións necesarias para iniciar o proceso de cambio de modelo do servizo de limpeza de edificios e locais da USC.

En concreto, encomendábanse as seguintes actividades:

*“Prover dos medios necesarios para iniciar o cambio de modelo de xestión do servizo de limpeza, entre outros:*

*- letrado/a asesor/a experto/a en negociación colectiva e defensa, asistencia e asesoramento xurídico en entes do sector público autonómico para levar a cabo as actuacións previas á formalización do cambio de modelo de xestión;*

*- elaboración de documentación e informes para a planificación e a prestación do servizo de limpeza de edificios;*

- *negociación coas empresas adxudicatarias actuais para a adquisición ou alugueiro do material e equipamento cos que conta na actualidade;*
- *asistencia técnica para a subministración do material, asesoramento en innovación tecnolóxica, optimización de procesos e realización de traballos especiais”.*

A duración prevista era ata o 31 de agosto de 2021 e o seu importe ascendía a 22.260,27 euros. Entre as actividades que se levaron a cabo con máis relevancia, está a apertura dun período de consultas cos traballadores, que non era obrigatorio, pero si recomendable para que o proceso se desenvolvese sen obstáculos. Esta actuación derivou nun acordo o 1 de xullo de 2022 que, fundamentalmente, garantía por escrito que se manterían os contratos e as condicións laborais existentes ata ese momento.

Este encargo está *sub iudice* polas demandas presentadas por CLECE, S.A., con solicitude de medida cautelarísima, desestimada polo Xulgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santiago de Compostela, e pola Asociación Profesional de Empresas de Limpeza (ASPEL).

Resumidamente, nas dúas demandas alégase a insuficiencia de medios da Fundación para levar a cabo o encargo, a inadecuación do seu obxecto social para desenvolver o obxecto do encargo, exceso de subcontratación e que o encargo a medio propio é unha opción menos eficiente que a contratación pública.

En canto á formalización do encargo do servizo de limpeza, reproducimos a continuación a conclusión sétima do informe de viabilidade xurídica que establecía os pasos que cumpría dar:

*“SÉTIMA.- O encargo singularizado do servizo de limpeza á Fundación USC MP deberá satisfacer os seguintes requisitos:*

*a) Previamente ao inicio da operativa de encargo entre a USC e a Fundación, esta deberá publicar na plataforma de contratos públicos de Galicia e no seu perfil de contratante a súa condición de tal respecto da propia USC, e os sectores de actividade nos cales, estando comprendidos no seu obxecto social, sería apta para executar as prestacións que vaian ser obxecto de encargo. Entre estes sectores deberán incorporarse as tarefas de limpeza.*

*b) O encargo deberá ser formalizado e autorizado polo reitor da Universidade de Santiago de Compostela.*

*c) O documento de formalización establecerá o prazo de duración do encargo e os demais extremos necesarios para a correcta ordenación da prestación do servizo polo medio propio.*

*d) O documento de formalización do encargo deberá recoller a compensación que se fixe a favor da Fundación pola realización deste, por referencia a tarifas de servizo de limpeza aprobadas pola propia USC. Estas tarifas deberán reflectir o custo efectivo soportado polo medio propio pola realización das tarefas de limpeza encargadas, excluíndose polo tanto IVE e beneficio industrial”.*

Así, o 23 de xullo de 2021, o Consello de Goberno da USC acordou proporlle ao Consello Social a aprobación das tarifas aplicables ao servizo de limpeza de edificios e locais da USC para os encargos realizados á Fundación Universidade de Santiago de Compostela M.P., que, pola súa vez, foron aprobadas na sesión do Consello Social celebrada o 29 de xullo de 2021.

Para a súa elaboración, tívose en conta a proxección de custos realizada para iso por Into Consulting e o informe presentado pola Xerencia da Fundación USC M.P. con data do 19 de xullo de 2021. A análise de custos inclúe todos os gastos a realizar pola Fundación na execución do encargo, determinando o custo/hora da prestación do servizo en 21,81 €.

Finalmente, por Resolución reitoral do 6 de agosto de 2022, formalizouse o encargo da prestación do servizo de limpeza de edificios e locais, cunha duración de 3 anos desde o 1 de setembro de 2021 ao 30 de agosto de 2024, podendo ser prorrogado por períodos anuais ata un máximo de 2 anos<sup>36</sup>.

O importe total do encargo, de conformidade coas tarifas aprobadas, ascende a 22.518.280,84 € para os tres anos iniciais, cunha desagregación que se mostra na táboa 2.

**Táboa 2.** Desagregación do importe total do encargo.

Anualidade	Horas	Importe/hora	Importe
2021	114.719,45	21,81 €/hora	2.502.031,20 €
2022	344.158,35	21,81 €/hora	7.506.093,61 €
2023	344.158,35	21,81 €/hora	7.506.093,61 €
2024	229.438,90	21,81 €/hora	5.004.062,41 €
TOTAL			22.518.280,84 €

Fonte: Elaboración propia.

<sup>36</sup> O expediente da resolución de encargo incluíu a seguinte documentación:

1. Resolución reitoral e anexos:

- Anexo I: Memoria xustificativa do xerente da Fundación USC M.P., conformada polo xerente da USC, da concorrencia dos requisitos de eficacia, eficiencia e rendibilidade do encargo de xestión para a execución do servizo de limpeza de edificios e locais da Universidade de Santiago de Compostela.

- Anexo II. Documento técnico de encargo de prestación do servizo de limpeza de edificios e locais da Universidade de Santiago de Compostela.

- Anexo III. Encargo de tratamento de datos.

2. Informe sobre a existencia de crédito axeitado para a execución do servizo de limpeza de edificios e locais da Universidade de Santiago de Compostela.

3. Informe do Servizo de Asesoría Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela.

Ademais, a resolución reitoral contiña entre as súas cláusulas a subrogación obrigatoria do persoal adscrito á prestación do servizo, a advertencia da limitación de subcontratación de prestacións parciais ao 50% do importe do encargo e demais extremos sinalados no informe de viabilidade xurídica. Por último, a resolución foi obxecto de publicación no Perfil do Contratante da Fundación USC M.P. e no da Universidade de Santiago de Compostela ese mesmo día. Con posterioridade, notificóuselles ás empresas contratistas a finalización do contrato o 31 de agosto, requirindo a lista de persoal, así como a información necesaria para proceder á subrogación con efectos do 1 de setembro de 2021. Do mesmo xeito, notificóuselle ao persoal a subrogación para proceder á formalización dos trámites administrativos e laborais correspondentes.

### 3.5 Os resultados do encargo

Como se mencionou, o acordo subscrito cos traballadores o 1 de xullo de 2021 e a ordenación dos trámites a seguir supuxo unha subrogación do persoal exenta de problemas e pacífica socialmente.

En canto ás subministracións e medios materiais precisos para a efectiva prestación do servizo, o encargo previo realizado á Fundación e a colaboración de CLECE, cedendo unha parte destes, permitiu non só garantir a transición, senón que tamén posibilitou que os 400.000 euros de investimento previstos no encargo para o ano 2021 non fosen necesarios, consumindo só 132.000 euros en total.

En canto aos demais medios necesarios, procedeuse á contratación dunha persoa para a xefatura do servizo de limpeza e ao aluguer do material necesario. Con todo, sobre a redución de gasto que esta opción xa significaba para a USC, o desempeño durante o ano 2021 supuxo unha redución mensual do 11,6 % no custo da limpeza, ou en números absolutos de 358.465 € nos cinco meses de encargo de 2021, sen IVE.

A modificación nas condicións de prestación do servizo explica en gran medida esta redución. Ademais da revisión das frecuencias de limpeza en función da clasificación dos espazos segundo o seu uso en tres tipoloxías, a aplicación de fórmulas flexibles para o traslado de traballadores entre edificios, optimizando as xornadas e contribuíndo á redución da cobertura de absentismo, son elementos clave para a prestación do servizo, sen que se rexistrase ningunha queixa nin incidencia durante o case ano e medio en que a Fundación asumiu esta actividade.

Non obstante, a marxe de mellora aínda non se esgotou, pendente de implantar unha maior mecanización nas tarefas de limpeza que redunden, pola súa vez, na redución de horas de servizo necesarias.

No informe de perdas e ganancias da Fundación en 31 de outubro de 2022, a Fundación presenta un resultado de 780.000 euros, e é importante ter en conta que durante o ano 2022 se acordou cos traballadores unha paga única por produtividade por importe de 200.000 euros. Os compromisos alcanzados na negociación colectiva vinculan a produtividade do persoal ao resultado económico da actividade, revertendo unha parte nas súas retribucións.

En canto aos investimentos materiais e gastos derivados da actividade, ascenden a 198.000 euros, o que representa un aforro con respecto ao custo proxectado inicialmente que ascendía a 400.000 euros.

De confirmarse a tendencia, procederase á revisión das tarifas fixadas pola Universidade de Santiago de Compostela para adecualas ao custo real e efectivo soportado pola Fundación.

### 3.6 O litixio

Este encargo, como era esperable, foi obxecto dun recurso especial de contratación por parte de ASPEL, presentado ante o Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia (TACGal) no que, ademais, solicitaba a adopción dunha curiosa

medida cautelar: a suspensión da executividade da Resolución reitoral do 6 de agosto de 2021 aducindo que, se non se suspendía e finalmente se estimaba o recurso especial que se presentaría o último día do prazo posible, a Fundación xa tería dado comezo á execución do encargo e se produciría un grave prexuízo porque CLECE tería que recuperar a prestación do servizo volvendo tramitar as altas na Seguridade Social do persoal adscrito entón á Fundación.

Recordamos neste punto que a última prórroga forzosa finalizaba o 31 de agosto de 2022, polo que é cuestionable que, de estimarse o recurso especial, a empresa CLECE puidese seguir prestando o servizo sen ter concorrido a un proceso de licitación, cando a finalización do contrato sen ter sido obxecto de encargo suporía a asunción do servizo por parte da Universidade de Santiago de Compostela directamente e, polo tanto, a subrogación dos traballadores.

Sexa como for, ASPEL presentou o recurso especial o 30 de agosto de 2021, polo que TACGal, mediante resolución núm. 179/2021 inadmitiu a trámite o recurso por extemporáneo, ao ter superado os quince días hábiles previstos no artigo 50. 1. f) LCSP.

Resolto este recurso, a Universidade de Santiago de Compostela recibiu a notificación xudicial de demanda no Xulgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santiago de Compostela por parte de CLECE, S.A. por Decreto do 5 de novembro de 2021.

De forma resumida, a demanda baséase en catro argumentos:

- O modelo de xestión directa (encargo a medio propio personificado) acordado pola USC non é a opción máis eficiente, sostible e eficaz, aplicando criterios de rendibilidade económica.
- É máis custosa a execución do servizo de limpeza a través do medio propio personificado que a través dunha contratación pública.
- A Memoria non contén todos os custos necesarios para a execución do encargo.
- A exención do IVE non pode fundamentar a maior eficacia e eficiencia do encargo a medio propio.
- O medio propio (Fundación USC M.P.) carecía dos medios persoais e materiais para levar a cabo o obxecto do encargo.
- Falta de adecuación do obxecto social da Fundación ás actividades propias do encargo.

Sobre esas premisas, a empresa solicita que se declare nulo e non conforme a dereito o acto impugnado, por conter un encargo a medio propio personificado que vulnera os requisitos legais para a *súa* validez.

Na documentación achegada xunto coa demanda, presentan un informe pericial sobre o Estudo do servizo de limpeza nos centros dependentes da Universidade de

Santiago e Lugo de Into Consulting e a avaliación económica das distintas modalidades de xestión.

Nas conclusións afirman que o cálculo dos custos é erróneo, que non se tivo en conta a falta de estrutura da Fundación para asumir o encargo, o que incrementa os custos de persoal, nin que a Fundación non pode deducir o IVE de compras e investimentos, polo que terá que asumir os incrementos adicionais que isto supón.

Afirman ademais que, ao seren as tarifas revisables<sup>37</sup>, o risco da prestación do servizo é asumido pola USC, cuestión máis que evidente cando o poder adxudicador realiza un encargo pola súa propia configuración xurídica: o obxecto do encargo é de realización obrigatoria, o prezo fíxao o ente adxudicador e, de forma coherente, aproba as tarifas ás que está sometido o encargo, que deben reflectir o custo real e efectivo do obxecto do encargo, porque o medio propio non debe incurrir en perdas pero non admite o beneficio empresarial previsto nos contratos públicos.

Por último, afirman que *“non é máis eficiente nin eficaz desde o punto de vista da rendibilidade económica a xestión do servizo de limpeza a través da Fundación en lugar dunha contratación pública”*.

Na contestación á demanda presentouse, por parte da Fundación USC M.P., un informe-ditame, asinado polos profesores Miguel Vázquez Taín e María Bastida Domínguez o 31 de maio de 2022, co seguinte título: *“Encargo de xestión realizado pola Universidade de Santiago de Compostela (USC) á Fundación USC M.P. para a execución do servizo de limpeza dos seus edificios e locais. Valoración do cumprimento das exixencias normativas en materia económica e organizativa”*.

Nel, valórase o encargo de xestión desde o punto de vista da súa eficiencia, eficacia, economía e sustentabilidade da execución do servizo mediante a Fundación e, ademais, analízanse os argumentos e as conclusións contidas na demanda e no ditame pericial presentado por CLECE.

No informe-ditame analízase, en primeiro lugar, o estudo de custos de Into Consulting, xunto coas afirmacións da demanda presentadas por CLECE e o informe pericial achegado; en segundo lugar, a execución real nos meses correspondentes a 2021 e, por último, a execución real nos tres primeiros meses de 2022.

Para o primeiro apartado, analízase tamén a execución dos contratos subscritos en 2014 e a última licitación falida, e do seu estudo conclúese que entre 2014 e 2021 o custo do servizo se incrementou nun 13 %. Pola súa banda, as empresas reduciron paulatinamente o persoal adscrito ao servizo, sen que ese feito se reflectise no custo do servizo.

*É ilustrativa a conclusión do informe:*

*“Por todo o anterior, concluímos que a execución do servizo de limpeza dos edificios e locais da USC mediante encargo de xestión á Fundación USC, como medio propio, é claramente máis eficiente e eficaz que a opción de contratación externa,*

<sup>37</sup> Recordemos que o acordo de aprobación das tarifas contiña a seguinte previsión: *“As tarifas entrarán en vigor no momento da súa aprobación e serán obxecto de revisión con carácter anual, ou de xeito extraordinario, cando concorran circunstancias de variabilidade de prezos de mercado ou de cambios substanciais que así o aconsellen, conforme o mesmo procedemento seguido para a súa aprobación”*. Isto é así, precisamente, para garantir o seu axuste ao custo real e efectivo do servizo.



*supondo un importante aforro económico para a USC, que ascende a 864.000 euros anuais, sen ter en conta o efecto da non deducibilidade do IVE para esta, e a 1.844.000 euros se consideramos tamén o IVE non deducible, o que garante a sustentabilidade da execución do servizo e contribúe á sustentabilidade financeira e á estabilidade orzamentaria da institución”.*

Na proba solicitada do procedemento contencioso, o xuíz solicitou un novo ditame pericial independente, emitido por perito independente o 30 de setembro de 2022. O perito realiza un cálculo de custos da opción de contratación externa e de encargo á Fundación USC M.P., no que inclúe dúas opcións de aplicación do IVE sobre os gastos de estrutura no segundo caso, que denomina Opción A e Opción B.

As súas conclusións son as seguintes: “*En calquera das dúas opcións resultaría máis sostible, eficaz e eficiente, desde o punto de vista da rendibilidade económica, realizar o encargo do servizo de limpeza nos centros dependentes da USC á Fundación USC M.P. obténdose un aforro de 2.763.555,92 euros na opción A e de 2.184.849,89 euros na opción B con respecto a acudir a unha licitación pública para a adxudicación do servizo de limpeza”.*

O 31 de maio de 2023 está fixada a vista oral, haberá que esperar á sentenza.

## 4 A modo de reflexión final

Da análise realizada do encargo á Fundación USC, así como do resultado doutros encargos, pode concluírse que a percepción de que o público, polo feito de ser público, é máis ineficiente non é certa. A Administración pública ten moitos fins, ademais do tradicional exercicio de potestades administrativas, e en todos necesita flexibilidade e axilidade para prestar un mellor servizo público. Por este motivo, debe valerse de todos os medios que teña á súa disposición, medios que, pola súa vez, deben estar sometidos a controis e a límites. A racionalización e a optimización das súas estruturas pasa tamén por mellorar a calidade dos servizos que presta, porque o seu destino último é a sociedade á que serve.

O encargo a medios propios personificados permite esa optimización de recursos, está sometido ás regras fixadas polo lexislador baseándose no dereito comunitario, e non supón, ao noso entender, unha fuxida do dereito, porque está sometido a límites: non implica o exercicio de autoridade e os entes que poden ser medio propio están suxeitos a controis financeiros e aos principios de publicidade, transparencia, eficacia e eficiencia nas súas actuacións. A todo o anterior súmase a estrita regulación dos requisitos para a configuración dun medio propio e os que debe cumprir o negocio xurídico do encargo, o que garante a súa regularidade e acerto.

En canto ao encargo a medio propio realizado pola Universidade de Santiago de Compostela á Fundación USC M.P. para o servizo de limpeza de edificios, sirvan, para quen poida estar interesado, as reflexións que se realizaron como guión para formalizar un encargo, coas adaptacións que se necesiten en función da actividade e do medio propio que pretenda utilizarse.

Cómpre destacar o que foi o elemento esencial deste proceso. Como en todas as actuacións da Administración, o máis importante é a motivación á hora de tomar

unha decisión. E para a toma de decisións é fundamental dispor de información *útil* que conforme a vontade, xustificando a decisión e baseándoa en criterios de eficacia, eficiencia e no principio de boa administración. Consideramos que tanto o estudo previo sobre as características e necesidades reais do servizo como o informe sobre a viabilidade xurídica do encargo a medio propio foron un aval para o expediente.

O estudo previo puxo de manifesto datos que era difícil obviar e que apuntaban a que a fórmula de xestión indirecta encarecera un servizo que, por moi instrumental que poida ser, é esencial para o desenvolvemento de calquera actividade.

Ademais, ante a rixidez e a burocracia que sempre se lle achaca á Administración, os pregos que rexían o contrato dificultaban unha flexibilización do servizo para adaptalo aos cambios operados na Universidade, en especial a novos usos e frecuencias de limpeza nas instalacións.

Non todo é achacable ás empresas contratistas, as administracións non sempre dispoñen de recursos para levar a cabo un seguimento da execución dos contratos que comprobe fielmente se se cumpren as condicións pactadas ou que poida solicitar os cambios necesarios para adaptar con rapidez a prestación do servizo. Por outra banda, a imposición de penalizacións ante eventuais incumprimentos non garante que a prestación do obxecto do contrato mellore; todos coñecemos empresas adjudicatarias que, unha vez asinado o contrato, adelgazan ata a mínima expresión os medios destinados á súa execución, esquecendo ao mesmo tempo todas aquelas promesas en forma de melloras que as fixo acreedoras dese contrato e que soportan as penalizacións porque, aínda así, lles compensa. Para non sermos inxustos, tamén se debe recoñecer que outras moitas cumpren á perfección o seu labor.

A opción de utilizar un medio propio para a prestación do servizo abre a posibilidade dun maior control sobre a actividade e a posibilidade de reorganizala, axustándoa ás necesidades reais da institución, aumentando a súa eficiencia sen diminuír a calidade.

É certo que, neste caso, o medio propio era idóneo ao tratarse dunha estrutura creada por e para a Universidade, cuxa finalidade é apoiar os seus fins, e cuxa actividade e estratexia é decidida pola propia institución. Xustamente, é ese perfil de medio propio o que cremos que debe utilizarse para a figura do encargo, que dificilmente pode supor unha restrición da libre competencia porque só pode desenvolver esas actividades para a Administración da que depende.

En canto a que este recurso poida supor escapar dos controis de dereito administrativo, non se pode compartir de ningún xeito esta tese. Na súa condición de fundación do sector público, toda a actividade da Fundación USC é obxecto dun intenso control. Na contratación de persoal debe rexerse polos principios de publicidade, igualdade, mérito e capacidade. Na contratación administrativa, está sometida ás regras de preparación e adjudicación de contratos da LCSP. En canto ao réxime orzamentario, de contabilidade, de control económico-financeiro, está tamén sometida a controis externos.

Por último, en canto aos resultados, despois de case un ano e medio de prestación do servizo, só podemos afirmar que é posible mellorar a eficacia e a eficiencia dun servizo con vontade e decisión.

Son múltiples as voces, con independencia da súa maior ou menor adhesión ao uso da fórmula do encargo a medio propio, que piden un desenvolvemento normativo do contido dos artigos 32 e 33 LCSP. A doutrina e diversos organismos de control concordan na necesidade de definir con precisión os requisitos para que un ente poida ser medio propio, como o cómputo da porcentaxe de actividade para cumprir a regra do 80/20, o control análogo, ou as regras polas que debe formalizarse e rexerse a vida do encargo, e as que deben operar en canto á súa publicidade e á subcontratación da actividade encargada, sendo esta última un elemento especialmente sensible para que os encargos non se convertan en elemento de distorsión da contratación pública.

Compartimos esa necesidade porque contribuiría á seguridade xurídica do negocio e evitaría xudicializacións posteriores. Non obstante, consideramos tamén que é posible unha configuración máis axeitada desta figura que evite o eventual menoscabo da libre competencia.

Polo tanto, a proposta consiste en que, ademais de regular con maior precisión as regras do encargo –en especial as relativas á súa execución, seguimento, control e resolución–, os medios propios só poidan selo cando o control do ente adxudicador sobre os seus obxectivos estratéxicos e as súas decisións principais sexa real. Unha participación minoritaria nun consello de administración non pode entenderse como decisiva e, aínda que na teoría os fins do medio propio non sexan contrarios aos fins do ente que realiza o encargo, este debe poder actuar co medio propio como o fai cos seus propios servizos, baixo o principio de xerarquía, se nalgún momento a execución do encargo non se cumpre nos seus debidos termos.

Igualmente, consideramos que debería haber un maior control naqueles medios propios que operan no mercado. Neste ano e medio, a Fundación USC M.P. adquiriu solvencia técnica e profesional suficiente para concorrer, con posibilidades de éxito, a licitacións públicas no sector de actividade da limpeza. Porén, non é ese o seu fin nin o seu obxecto social o prevé, porque suporía unha alteración das regras de mercado, aínda que o importe do contrato se axustase ao 20 % de actividade que pode desenvolver para outros entes.

## Bibliografía

- AMOEDO SOUTO, C., “¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la autoprovisión administrativa en España”, *Revista IUS ET VERITAS*, n. 62, 2021, pp. 98–110.
- AMOEDO SOUTO, C., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 205, 2018, pp. 81–129.
- AMOEDO SOUTO, C. e CUTRÍN DOMÍNGUEZ, M., “El impacto de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, en la gestión directa de servicios públicos locales

Regap



ESTUDIOS

- a través de medios propios”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 210, 2019, pp. 393-432.
- ARGYRIS, C. y SCHÖN, D., *Strategy, Change and Defensive Routines*, Ballinger, Cambridge, MA, 1985.
- ÁVILA CANO, E., MERINO ESTRADA, V. e ORTEGA JIMÉNEZ, P., *Manual de remunicipalización de los servicios públicos del agua*, Asociación Española de Operadores Públicos de Abastecimiento Sanitario (Aeopas), Valladolid, 2016.
- BEHN, R.D., “Case-Analysis Research and Management Effectiveness: Learning How to Lead Organizations Up Sand Dunes”, Bozeman, B. (coord.), *Public Management*, 40-54, Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco, 1993.
- CANEDO ARRILLAGA, M.P., “Medios propios y competencia en España”, *Economía industrial*, n. 415, 2020, pp. 67-87.
- CASTILLO-BLANCO, F.A., “La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales”, *Estudios de Relaciones Laborales*, noviembre 2017.
- ESTEVE PARDO, J., “El movimiento remunicipizador. Experiencias y expectativas”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 69, 2017.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo”, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 205, abril-xuño 2020.
- KAUFMAN, H., *The Forest Ranger: A Study in Administrative Behavior*, H. Hopkins Press, Baltimore, 1960.
- MCGREGOR, E.B., “Toward a Theory of Public Management Success”, Bozeman, B. (coord.), *Public Management*, 40-54, Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco, 1993.
- NOGUERA DE LA MUELA, B., “Los encargos in house en la Ley de contratos del sector público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, *Revista de Administración Pública*, n. 182, maio-agosto 2010, pp. 159-190.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, 16ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2020, p. 64.
- SOSA WAGNER, F. e FUERTES LÓPEZ M., “¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación in house)”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 3, 2007, pp. 1669-1680.
- VILALTA REIXACH, M., “De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 56, xullo-décembro 2018.