



JORNADA
**LA NUEVA LEY DE CONTRATOS
DEL SECTOR PÚBLICO**

**TIPOS DE CONTRATOS DEL
SECTOR PÚBLICO: EN ESPECIAL
EL CONTRATO DE CONCESIÓN
DE SERVICIOS Y LOS
CONTRATOS “IN HOUSE”**

TOMÁS QUINTANA LÓPEZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE LEÓN

CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: EN ESPECIAL EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS Y LOS CONTRATOS “IN HOUSE”

Tomás Quintana López
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de León

A la vista del título de la intervención que me ha sido asignada, me parece oportuno fijar una primera distinción entre, por un lado, los contratos del sector público que son aquellos que pueden realizar todos los entes que forman parte del sector público español, contratos que, según veremos, vamos a clasificar bajo tres diferentes criterios atendiendo a lo previsto por los artículos 12 a 26 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP); y, por otro, los denominados contratos “*in house*”, que en realidad no son propiamente contratos, como habremos de ver en la segunda parte de mi exposición.

I. La clasificación de los contratos del sector del sector público según tres diferentes criterios

A) El primer criterio de distinción de los contratos del sector público se basa en que sus características se hallen o no fijadas en la LCSP. De esta manera el contrato de obras, el contrato de concesión de obras, el contrato de concesión de servicios, el contrato de suministro y el contrato de servicios se hallan definidos por las características específicas que para cada uno de ellos prevén los artículos 13 a 18 LCSP, de ahí que, conforme a la terminología tradicional, podríamos denominar a estos contratos como contratos nominados; además, se hallan regulados por la misma ley; a estos contratos hay que añadir los contratos mixtos, caracterizados por contener prestaciones correspondientes a más de uno de los contratos anteriores. Contrariamente a los contratos citados, las entidades que integran el sector público pueden celebrar otros contratos diferentes a los que acabo de citar, que tendrán las características que establezcan las normas de derecho administrativo o de derecho privado que les sean de aplicación.

B) El segundo criterio de distinción de los contratos del sector público se basa en que se hallen o no sujetos a regulación armonizada, distinción que en la LCSP, al igual que en el anterior texto refundido de la LCSP del año 2011, se fundamenta en que el sujeto que ha de celebrarlos sea un

poder adjudicador y en la cuantía de los contratos a celebrar, de manera que, en general, sin entrar en mayores detalles, se hallan sujetos a una regulación armonizada los contratos de obras, los de concesión de obras y los de concesión de servicios que celebre un poder adjudicador cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.225.000 euros; los contratos de suministros que celebre un poder adjudicador cuyo valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades de 135.000 ó 209.000 euros, según los casos; los contratos de servicios que celebre un poder adjudicador cuyo valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades: 135.000 ó 209.000 ó 750.000 euros, según los casos¹. La diferencia básica entre los denominados contratos sujetos a regulación armonizada y los que no lo están se traduce fundamentalmente en que los primeros se hallan sometidos a la regulación española derivada de la transposición de las directivas comunitarias sobre contratos, particularmente, pero no solo, en lo referente a las reglas que pautan la publicidad de las licitaciones y en las que regulan los procedimientos de adjudicación, reglas que aparecen a lo largo del articulado de la LCSP fruto de la transposición.

C) El tercer criterio es el que distingue entre contratos administrativos y contratos privados, sobre la base de las siguientes reglas: Son contratos administrativos los siguientes que celebre una Administración pública: los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios; también los contratos diferentes de los anteriores que hayan sido declarados expresamente por una ley como contratos administrativos y, por último, aquellos otros de objeto distinto a los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella; es decir, los contratos anteriores para tener la consideración de contratos administrativos siempre los ha de celebrar una Administración pública. Son contratos privados, en cambio, los celebrados por las Administraciones públicas cuando sean distintos de los referidos anteriormente; también son privados todos los contratos celebrados por entidades del sector público que siendo poderes adjudicadores no reúnan la condición de Administraciones Públicas; y, por último, los contratos celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poderes adjudicadores. Las normas reguladoras de los contratos administrativos y los contratos privados, así como los órdenes jurisdiccionales llamados a conocer

¹ En cuanto a las cuantías hay que tener en cuenta la actualización producida mediante Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2018 (BOE de 29 de diciembre de 2017).

las controversias entre las partes se puede afirmar que son diferentes, aunque esta regla ha de ser matizada teniendo en cuenta los denominados actos separables, es decir, las actuaciones de preparación y adjudicación de los contratos, que siempre se regulan por normas de derecho administrativo.

II. Centrándonos ahora en los contratos administrativos nominados o regulados en la LCSP, como se ha señalado, son el contrato de obra, el contrato de concesión de obras, el contrato de concesión de servicios, el contrato de suministros y el contrato de servicios. Pues bien, como puede advertirse, la relación de contratos nominados en la LCSP no coincide totalmente con la que contenía el texto refundido de la LCSP anterior, dado que en este se incluían los siguientes: el contrato de obras, la concesión de obras, el contrato de gestión de servicios públicos, el contrato de suministros, el contrato de servicios y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Se mantienen en la nueva LCSP, pues, el contrato de obra, el contrato de concesión de obras, el contrato de suministros y el contrato de servicios; en cambio, desaparece el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y el contrato de gestión de servicios públicos; y se incorpora a dicha LCSP como novedad el denominado contrato de concesión de servicios. Estos cambios requieren de alguna explicación.

La desaparición en la nueva LCSP del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado lo justifica el redactor del preámbulo de esta ley en la “escasa utilidad de esta figura en la práctica. (Además) La experiencia ha demostrado que el objeto de este contrato se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, como es, fundamentalmente, el contrato de concesión”. La supresión de este contrato no requiere que nos detengamos mucho en ella, dado que, por un lado, se trataba de una novedad aportada a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de Contratos del Sector Público aprobada en 2007 y que se mantuvo en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, pero que no gozaba de antecedentes en nuestro Derecho; y, por otro lado, en sus diez años en que ha estado en vigor ha sido un contrato escasamente utilizado.

Mayores explicaciones requiere la supresión del contrato de gestión de servicios, dado que ha sido un contrato muy tradicional en nuestro ordenamiento jurídico y, además, profusamente utilizado por todas las Administraciones públicas para la prestación de servicios a los ciudadanos y demás particulares.

Pues bien, comenzaré recordando que la línea divisoria entre el contrato de gestión de servicios y el contrato de servicios en el texto refundido de la LCSP de 2011, ya derogado, básicamente se hallaba en lo siguiente: Mediante el contrato de gestión de servicios un empresario, de acuerdo con el ente del sector público titular del servicio, se hacía cargo de la gestión y prestación de dicho servicio a terceros, de manera que se establecía una doble relación; por un lado la contractual de dicho ente público con el empresario contratista y, por otro lado, la del contratista prestador del servicio con los usuarios del servicio que este prestaba, relación regulada por las normas del propio servicio de que se tratara. De ahí que el contrato de gestión de servicios se considerara como una forma indirecta de prestación de servicios por parte del ente público titular del mismo. Contrariamente, mediante el contrato de servicios, las entidades del sector público podían contratar con terceros la obtención de determinada prestación mediante el precio correspondiente, por lo tanto, en el caso del contrato de servicios había una única relación jurídica que vinculaba al ente del sector público contratante con el empresario contratista que realizaba la prestación.

Frente al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 que se acaba de derogar, la nueva LCSP regula el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios, los cuales se caracterizan en una primera aproximación por lo siguiente:

El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la prestación de un servicio, cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar el servicio objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del derecho a percibir un precio.

El contrato de servicios tiene por objeto la realización de prestaciones consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado que ha de ser distinto a una obra o suministro, dado que estos constituyen el objeto de los contratos de obra y suministro, incluyendo aquellos servicios en que el adjudicatario se obligue a realizarlos de forma sucesiva y por precio unitario. No podrán ser objeto del contrato de servicios aquellos que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Ahora bien, más allá de las diferencias que se derivan de la delimitación legal de ambos contratos a que se acaba de hacer referencia, diferencias que no son absolutamente concluyentes, conforme a lo dispuesto por la Directiva 2014/23 de 26 de febrero, relativa a la adjudicación del contrato de concesión, el elemento diferenciador entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de

servicios se halla en el denominado riesgo operacional; de manera que con independencia de que las prestaciones que se hayan obligado a llevar a cabo los empresarios contratistas se realicen directamente en favor de los particulares usuarios del servicio o bien en favor del ente público contratante, lo relevante para la Directiva de la Unión Europea es el sujeto o parte del contrato que asuma el riesgo operacional del contrato, de manera que si quien lo asume es el empresario contratista, nos encontraremos ante un contrato de concesión de servicios; en caso contrario, si quien asume el riesgo operacional es el ente público contratante, nos hallaremos ante un contrato de servicios; y todo ello con independencia de que el contratista se comprometa mediante contrato a realizar prestaciones directamente en beneficio de los usuarios del servicio.

De la Directiva 2014/23 de 26 de febrero, el concepto de riesgo operacional como elemento diferenciador del contrato de concesión de servicios y del contrato de servicios ha pasado a la reciente LCSP, por lo que es necesario explicar en qué consiste el llamado riesgo operacional.

Para aproximarnos al concepto de riesgo operacional, debemos tomar en consideración la idea de que el concesionario, mediante la ejecución del contrato, espera obtener unos rendimientos, pero asume el riesgo de no llegar a recuperar con esos rendimientos la inversiones realizadas y los gastos que ha de realizar para prestar el servicio en condiciones normales de funcionamiento, pues el poder adjudicador no está obligado a garantizar unos ingresos mínimos en relación con las inversiones y los costes que el contratista deba efectuar para ejecutar el contrato; de lo contrario se desnaturalizaría la esencia del contrato de concesión de servicio. En eso consiste básicamente el riesgo operacional que ha de asumir el concesionario en el denominado contrato de concesión de servicios.

Además, también ha de reconocerse riesgo operacional y, por lo tanto, la existencia de un contrato de concesión, en aquellos casos en que la remuneración del contratista, aunque proceda exclusivamente de las aportaciones económicas que realice el poder adjudicador, se haga depender de la demanda del servicio que constituya el objeto del contrato de concesión (por ejemplo, el contrato de concesión con peaje en sombra).

Abundando en la idea de riesgo operacional, solamente puede derivarse de factores que escapan al control de las partes del contrato; dicho positivamente, el riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que debe asumir el concesionario, riesgo que puede consistir en un “riesgo de demanda” o en un “riesgo de suministro”, o bien en un riesgo de demanda y suministro; entendiendo por “riesgo de demanda” el que se debe a la

demanda real de los servicios objeto del contrato y por “riesgo de suministro” el relativo la posibilidad o no de ofertar y aportar los servicios objeto del contrato por parte del contratista, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios que ha de realizar no se ajuste a la demanda de estos.

Teniendo en cuenta que la diferencia entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios viene determinada por la asunción o no del riesgo operacional por parte del contratista y no por el tipo de prestaciones que constituyan los objetos del contrato o por los sujetos a quienes vayan dirigidas dichas prestaciones, tanto el contrato de concesión de servicios, como el contrato de servicios, pueden tener por objeto la realización de prestaciones directamente en favor de los particulares usuarios del servicio. Precisamente, cuando el objeto del contrato sea la realización de prestaciones directamente a los usuarios del servicio, los contratos de concesión de servicios y los contratos de servicios se hallan sujetos a reglas comunes o muy similares; reglas que, como es fácil de imaginar, hacen referencia (1) a la obligación del contratista de prestar el servicio con la continuidad convenida; (2) a garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada; (3) a cuidar del buen orden del servicio; (4) a indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración contratante; y (5) a entregar, en su caso, las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

III. Contratación “*in house*”

1. Fundamento jurisprudencial de la contratación “*in house*” y en la Directiva 2014/24

Lo primero que hay que advertir en relación con la denominada contratación “*in house*” es que no constituye propiamente un tipo de contratación de las entidades del sector público. En efecto, como mantiene el artículo 31.1 LCSP, se trata de una forma de cooperación vertical entre entidades del sector público consistente en el uso por parte de un ente del sector público, tenga o no la consideración de poder adjudicador, de otro ente del sector público, denominado medio propio,

que le ha de proporcionar los bienes y servicios que necesita. La regulación se halla en los artículos 32 y 33 LCSP, a los que me referiré más adelante.

El fundamento de la contratación “*in house*” que contempla la LCSP se halla en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que es donde surge la contratación *in house* o contratación doméstica, mediante la que los entes del sector público pueden obtener los bienes y servicios que necesitan sin tener que contratarlos con terceros. De la jurisprudencia del TJUE ha pasado a la Directiva 2014/24, sobre contratación pública y de ahí a la reciente LCSP.

Centrándonos en la jurisprudencia, hay que recordar los hitos que han supuesto las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98 (Teckal); de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04 (Carbotermo); de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03 (Stadt Halle); de 19 de junio de 2014, asunto C-574/12 (Such); de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03 (Parking Brixen); de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07 (Coditel Brabant); y de 29 de noviembre de 2012, asuntos C-182/11 y 183/11 (Econord); pues estas sentencias constituyen los pilares del régimen de la contratación “*in house*” o, con mayor propiedad, también denominada “encargos a medios propios”. Dichos pilares son los siguientes:

- Un ente público pueda efectuar encargos directamente a otro sujeto siempre que sobre él ejerza un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, además, aquel dedique la parte esencial de su actividad a cumplir los encargos que le realicen el ente o entes del que dependa o al que pertenece (Teckal).
- El ente que tenga la consideración de medio propio tiene que dedicar la parte esencial de su actividad a cumplir los encargos que le realice el ente público del que depende, de manera que el resto de la actividad que pueda realizar ha de tener un carácter meramente marginal (Carbotermo).
- Para que un ente pueda tener la consideración de medio propio de otro no debe estar participado por capital privado (Stadt Halle), ni siquiera por sujetos privados que tengan la consideración de entidades sin ánimo de lucro (Such).
- Para que pueda considerarse que un ente del sector público ejerce un control análogo sobre el sujeto que recibe el encargo al (control) que ejerce sobre sus propios servicios, se requiere que aquel tenga una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes que adopte el sujeto sometida a control (Parking Brixen), así como un control estructural, funcional y efectivo sobre este (Coditel Brabant).

- El control sobre el medio propio puede ser ejercido no solo por un ente público sino también por más de una entidad del sector público (Coditel Brabant y Econord); es decir, un ente considerado medio propio puede depender de varios entes del sector público.

Con todos estos fundamentos jurisprudenciales, el artículo 12. 1, 2, 3 y 5 de la Directiva 2014/24, sobre contratación pública, regula esa forma de cooperación inter subjetiva que constituye la denominada contratación “*in house*”, preceptos de la citada directiva cuya transposición, con el antecedente que supone el artículo 24.6 del texto refundido de la LCSP precedente, ha dado lugar a la regulación que contienen, especialmente, los artículos 32 y 33 LCSP de los encargos que pueden realizar los entes del sector público a medios propios.

2. La regulación de los encargos a medios propios (artículos 32 y 33 LCSP)

El artículo 32 LCSP regula los encargos a medios propios efectuados por entidades pertenecientes al sector público que tengan la consideración de poder adjudicador, y el artículo 33 LCSP regula los encargos a medios propios que pueden realizar las entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador. Siguiendo el orden dispuesto por la LCSP, me referiré de forma separada a cada uno de esos supuestos.

A) Encargos a medios propios efectuados por entidades pertenecientes al sector público que tengan la consideración de poder adjudicador

Regulados en el artículo 32 LCSP, de él vamos a analizar las principales cuestiones que plantea.

a) Sobre la consideración legal de los medios propios de los entes del sector público que tienen la consideración de poder adjudicador y su fundamento teórico

Tiene la consideración de medio propio de un poder adjudicador la persona jurídica regida por el derecho público o por el derecho privado, lo cual a estos efectos no es relevante, a la que aquel puede encargar la realización de las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesiones de obras y concesiones de servicios a cambio de una compensación económica, sin que estos encargos tengan la consideración de contratos a los efectos de la LCSP. A estos encargos no les resulta, pues, de aplicación la LCSP

El fundamento teórico que da cobertura a la posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan ordenar a otros sujetos, a los que se conoce como medios propios, que les proporcionen bienes y servicios inherentes al cumplimiento de sus competencias, sin que para ello deban ser aplicados los

procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público con la finalidad de seleccionar y efectuar la adjudicación de los contratos correspondientes, se halla en la capacidad de que disponen las Administraciones públicas y, por extensión, todos los poderes adjudicadores, de auto organizarse, es decir, de dotarse de una organización propia para la satisfacción de sus necesidades en el cumplimiento de sus competencias, organización de cada poder adjudicador de la que pueden formar parte entes personificados sometidos a régimen jurídico público o privado, a los que se les conoce, precisamente por esa dependencia del poder adjudicador, como medios propios.

A partir de dicho fundamento, la regulación que contiene el artículo 32 contempla algunas variantes que inciden en las relaciones entre los poderes adjudicadores y los medios propios.

a) El medio propio puede ser de un único poder adjudicador.

El artículo 32.2 alude a que el medio propio lo sea de un único poder adjudicador. Para ello han de concurrir los requisitos que se indican seguidamente:

- El poder adjudicador –único poder adjudicador- podrá conferir dichos encargos cuando ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostenta sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero tenga sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas.
- Los encargos, cuyo cumplimiento resulta obligatorio para el ente que tienen la consideración de medio propio, pueden proceder no solo del poder adjudicador que ejerce el control a que se ha hecho referencia, sino también de otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controladas a su vez por el propio y primer poder adjudicador.
- En los estatutos o en el acto de creación del ente que tiene la consideración de medio propio ha de constar la obligatoriedad de los encargos y quienes les pueden efectuar. Igualmente han de prever la imposibilidad de que el medio propio participe en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que depende, sin perjuicio de que, cuando el contrato, habiendo sido licitado por el poder adjudicador, no hubiera contado con ningún licitador, se podrá encargar al medio propio la ejecución de las prestaciones objeto del mismo.
- La entidad que tenga la consideración de medio propio llevará a cabo el encargo conforme a las instrucciones que le fije el ente que lo haya efectuado.

- La entidad pública de la que depende el medio propio personificado fija las tarifas conforme a las que habrán de ser compensadas las prestaciones efectuadas por el ente considerado como medio propio; cuyo montante se habrá de determinar considerando los costes reales de realización de las unidades producidas. Cuando la entidad considerada como medio propio contrate con terceros la realización de actividades que hayan sido objeto del encargo, la fijación de las tarifas se realizará en la forma que reglamentariamente se determine, por lo que en este caso el redactor de la LCSP efectúa una remisión a un posterior desarrollo reglamentario en el que se habrán de establecer los criterios para determinar dichas tarifas; las cuales, en todo caso, habrán de atender al coste efectivo de las actividades subcontratadas soportado por el medio propio siempre que dicho coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas generales previstas para las actividades realizadas directamente por el medio propio.
- La mayor parte de la actividad que desarrolle la entidad considerada como medio propio, cuantificada en más de un 80%, la debe realizar para cumplir el o los encargos que le efectúe el poder adjudicador del que depende u otras personas jurídicas también controladas por dicho poder adjudicador. Este requisito, se halla concebido en términos rigurosos con el objeto de impedir que la entidad que tenga la consideración de medio propio pueda ejercer su actividad para otros sujetos ajenos al poder adjudicador que lo controla e, incluso, pueda actuar libremente en el mercado; para lo cual se impone un porcentaje alto de dedicación al cumplimiento de los encargos efectuados por aquel; además el artículo 32. 2 b) LCSP contiene unas reglas que permiten verificar el efectivo cumplimiento de ese límite a la actividad externa del medio propio.
- Cuando el ente considerado medio propio sea una persona jurídica de derecho privado, la totalidad de su capital o patrimonio ha de ser de titularidad o aportación pública, sin que se prevea alguna excepción a la regla; previsión del artículo 32. 2 c) LCSP que, sin embargo, contrasta con lo dispuesto por el artículo 12.1 c) de la Directiva 24/2015, dado que en este se admiten *“las formas de participación privada sin capacidad de control, mayoritario o minoritario, que estén impuestas por las disposiciones legales de los países miembros, de conformidad con los tratados y que ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada”*, por lo que en este aspecto la legislación española de transposición es más restrictiva que la directiva comunitaria traspuesta.
- El poder adjudicador, antes de efectuar el encargo, ha de haber podido verificar que el ente considerado medio propio cuenta con medios personales y materiales adecuados para realizar los

encargos que, de acuerdo con su objeto social, pueda recibir, exigencia que se entenderá cumplida cuando el medio propio acredite contar con la clasificación que le habilite para cumplir el encargo.

Como ha podido advertirse, la consideración de un ente público o privado como medio propio se hace depender de su aptitud para serlo y con la limitación de que no puede concurrir a las licitaciones promovidas por el ente adjudicador del que dependa conforme a las reglas reguladoras de la contratación del sector público, limitación que, por las mismas razones, debe considerarse que se extiende a las licitaciones que efectúen otros poderes adjudicadores o entidades dependientes del ente adjudicador matriz, pues, según se ha indicado precedentemente, aquellos también pueden efectuar encargos al ente que tenga la consideración de medio propio.

b') El medio propio lo puede ser de varios poderes adjudicadores

El artículo 12. 4 de la Directiva 2004/24 admite la posibilidad de que una entidad pública o privada pueda considerarse medio propio de varios poderes adjudicadores, con lo que asume la doctrina mantenida por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de noviembre de 2008 (Coditel), C-324/07.

En nuestro derecho interno, esa posibilidad viene establecida en el apartado 4 del artículo 32 LCSP, en el cual se prevé que un medio propio pueda serlo de dos o más poderes adjudicadores, sin necesidad de que entre estos últimos exista una relación de dependencia, cuando los poderes adjudicadores ejerzan sobre el ente considerado medio propio un control conjunto análogo al que ostentan sobre sus propios servicios; exigencia que se cumple cuando concurren las condiciones que se indican a continuación: (1) que en los órganos decisorios del medio propio estén representados todos los entes que puedan realizarle encargos, admitiéndose que cada representante en el órgano decisorio del medio propio pueda representar a varios o, incluso, a todos los poderes adjudicadores que puedan efectuarle encargos; (2) los poderes adjudicadores -a través de los órganos decisorios del medio propio- puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente considerado como medio propio; y (3) el ente considerado medio propio no puede perseguir intereses contrarios a los de los poderes adjudicadores de los que depende.

A la vista de la regulación sobre esta modalidad de encargo *in house*, parece oportuno advertir las posibilidades que abre a la creación de entes para que actúen como medios propios de varias Administraciones públicas que, como poderes adjudicadores, ejerzan el control conjunto sobre

ellos a que se ha hecho referencia; señaladamente Administraciones de carácter local o conjuntamente con la correspondiente Administración autonómica para la obtención de las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesiones de obras y concesiones de servicios, a través de medios propios creados *ex profeso*.

c') El medio propio puede efectuar encargos al poder adjudicador del que depende.

Esta es una posibilidad que contempla el apartado 3 del artículo 32, sobre la base de lo dispuesto por el artículo 12. 2 de la Directiva 2014/24, y con ella se admite que la persona jurídica controlada por el poder adjudicador, es decir, el ente que constituye un medio propio, en el caso de que también tenga la consideración de poder adjudicador, pueda efectuar encargos al poder adjudicador del que depende e, incluso, a otras personas jurídicas también controladas por el poder adjudicador del que él mismo depende, con la limitación de que la entidad a la que se realiza el encargo no se halle participada por capital privado. Se trata, pues, de una previsión que permite la inversión de los papeles entre el poder adjudicador y su medio propio, posibilidad para cuya viabilidad el apartado 3 se remite a la aplicación de las exigencias previstas en el apartado 2 a que nos hemos referido anteriormente y ello sobre la base de lo preceptuado en la Directiva.

b) Pérdida de la condición de medio propio

Conforme al apartado 5 del artículo 32 LCSP, el incumplimiento sobrevenido de cualquiera de los requisitos exigidos (artículo 32. 2 y 4 LCSP) para que un ente pueda tener la consideración de medio propio comportará la pérdida de esa condición y, con ello, la imposibilidad de que pueda seguir recibiendo encargos por parte del ente o entes que ejerzan el control sobre el mismo, sin que esa circunstancia impida la conclusión de los encargos que estuvieren en fase de ejecución. Con ello se pretende contener la contratación *in house* dentro de los límites queridos por el legislador al imponer nada menos que la pérdida de la condición de medio propio cuando se produzca el incumplimiento de cualquiera de las exigencias previstas en los apartados antes referidos, lo cual puede resultar una consecuencia excesiva considerando que cualquier tipo de incumplimiento, en los términos indicados, podría justificarla.

c) Los encargos a medios propios no tendrán la consideración jurídica de contratos

La afirmación procede textualmente del apartado 6 del artículo 32 LCSP y en ella reside lo esencial de la impropriamente denominada contratación *in house*, pues, como tal, no hay contratación. Es decir, que pese a que los encargos sean promovidos por entes que tienen la consideración, al menos

en el caso ahora tomado en cuenta, de poderes adjudicadores, sin embargo no se someten a las reglas reguladoras de los contratos del sector público sobre la base de que la relación entre el poder adjudicador y el medio propio no es propiamente una relación contractual sometida a la LCSP, sino justamente el resultado de un encargo unilateral de un poder adjudicador a una entidad (medio propio) sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios órganos; por lo tanto se podría decir que las prestaciones que se obtienen mediante los encargos a medios propios las proporcionan sujetos que constituyen prolongaciones de la estructura organizativa de los poderes adjudicadores.

Ello justifica que los encargos a medios propios se puedan efectuar sin que el poder adjudicador haya tenido que seguir el procedimiento correspondiente para seleccionar al contratista pues, en realidad, entre el ente adjudicador y el medio propio no existe una relación bilateral de carácter contractual.

No obstante, el apartado 6 del artículo 32 LCSP exige que los entes que tengan la consideración de medios propios den publicidad a su condición en la Plataforma de Contratación, debiéndose incluir en esa información, además, los poderes adjudicadores respecto de los que tienen la consideración de medios propios, así como los sectores de actividad en los que, por estar comprendidos en su objeto social, pueden recibir encargos. Dichos encargos, además, deberán ser objeto de formalización en documento en el que ha de constar el plazo de duración del mismo; documento que, en determinados supuestos², habrá de ser publicado también en la Plataforma de Contratación; todo ello con la finalidad, entre otras, de que dichos encargos puedan ser sometidos a control (en particular, también, mediante la interposición del recurso especial en materia de contratación)³.

d) Límites a la contratación externa por parte de entes considerados medios propios

La obtención de prestaciones por parte de los poderes adjudicadores mediante la realización de encargos a otros entes considerados como medios propios implica que estos cuenten con los medios materiales y personales apropiados para su realización conforme a su objeto social [artículo 32. 2 d) 2º LCSP]. Por ello, los entes considerados medios propios deban asumir la realización de la

²El artículo 63. 6 LCSP prevé los supuestos en que han de publicarse los documentos de formalización de los encargos a medios propios en el perfil de contratante del poder adjudicador.

³Téngase en cuenta que, además de otras vías, el artículo 44. 2 d) LCSP considera acto impugnabile mediante el recurso especial en materia de contratación la formalización de los encargos a medios propios con objeto de que pueda ser controlado el cumplimiento de los requisitos legales previstos.

totalidad o, al menos, la mayor parte de las prestaciones constitutivas del objeto del encargo. De ahí que los sujetos que tengan la consideración de medios propios no puedan contratar con terceros, como regla general, más del 50% de la cuantía del encargo [artículo 32. 7 b) LCSP]; sin embargo, no será aplicable la limitación señalada en dos casos, (1) a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios; y (2) cuando la gestión del servicio se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, o cuando la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

En todo caso, los contratos que, dentro de los límites previstos, puedan celebrar los medios propios con terceros, como dispone el artículo 32. 7 a) LCSP, quedarán sometidos a la propia LCSP, en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad, es decir, que el medio propio tenga o no la consideración de poder adjudicador, el tipo de contrato de que se trate y el valor del mismo.

B) Encargos a medios propios efectuados por entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador

Los encargos a medios propios no solo los pueden efectuar quienes deban ser considerados poderes adjudicadores conforme al artículo 3.3 LCSP, posibilidad a la que me acabo de referir sobre la base de lo dispuesto por el artículo 32, sino que otras entidades que integran el sector público, aunque no tengan la condición de poderes adjudicadores, igualmente pueden realizar encargos a medios propios en los términos previstos en el artículo 33 LCSP.

Del contenido de este artículo es oportuno ocuparse de las siguientes cuestiones:

a) Entidades que pueden realizar los encargos: entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores

La determinación de los sujetos pertenecientes al sector público que no sean poderes adjudicadores, que es a los que se refiere el apartado 1 del artículo 33 LCSP, implícitamente nos remite al artículo 3 de la propia LCSP, dado que en él, después de ser relacionadas todas las entidades que forman el sector público (artículo 3.1), se citan aquellas que, siendo parte del sector público, han de ser consideradas como poderes adjudicadores (artículo 3.3); de ello ha de deducirse que la determinación de los entes del sector público que, sin ser poderes adjudicadores, pueden efectuar encargos a medios propios, que es a lo que se refiere el artículo 33 LCSP, pasa por

confrontar el contenido de los apartados 1 y 3 del citado artículo 3, en la medida en que el artículo 3. 1 LCSP relaciona los entes que forma parte del sector público, y el artículo 3. 3 LCSP cita a aquellos entes que integran el sector público y que, además, gozan de la condición de poderes adjudicadores⁴; de cuya confrontación ha de deducirse el listado de entes del sector público que, al no formar parte de la relación de poderes adjudicadores, solo pueden efectuar encargos a medios propios en los términos previstos en el artículo 33 de la LCSP.

b) Sobre los medios propios de los entes del sector público que no sean poderes adjudicadores

Podrán ser considerados medios propios respecto de los entes del sector público que no sean poderes adjudicadores aquellas personas jurídicas, sometidas a derecho público o derecho privado, cuando cumplan todos los requisitos que enuncia el apartado 2 del artículo 33. Se trata de los siguientes:

-Que el ente (sin ser poder adjudicador) que hace el encargo ostente el control, directo o indirecto, sobre el ente destinatario del mismo; es decir, que la relación entre el que realiza el encargo y el que tiene que cumplirlo se ajuste al control que ejerce una sociedad (dominante) sobre otra (dependiente).

- Que la totalidad del capital social o patrimonio del ente destinatario del encargo sea de titularidad pública, por lo que resulta incompatible la condición de medio propio de un ente con la participación de capital privado en el mismo.

- Que más del 80% de las actividades del ente considerado como medio propio se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le hayan sido confiados por la entidad que lo controla o por otras personas jurídicas a su vez controladas por la misma entidad. Resulta, por lo tanto, admisible que otras entidades dependientes de la entidad del sector público que ejerce el control sobre el medio propio puedan realizar también encargos a este.

c) Los encargos efectuados por los entes del sector público que no sean poderes adjudicadores a los medios propios no son contratos, por lo que quedan al margen de la legislación de contratos del sector público.

⁴ Hay que tener en cuenta que dentro del sector público, los más caracterizados de los poderes adjudicadores son las Administraciones públicas, y que la relación de estas a los efectos de la LCSP se halla en artículo 3.2 del mismo texto legal.

No obstante, señalado lo anterior, considerando que los entes considerados medios propios receptores de los encargos, con independencia de su forma jurídica, forman parte del sector público, dado que, conforme impone el artículo 33. 2 b) LCSP, la totalidad del capital social o patrimonio de los medios propios ha de ser de titularidad pública, las relaciones que, en su caso, mantengan los entes considerados medios propios con terceros para el cumplimiento de lo que constituya el objeto del encargo, se han de materializar mediante el cumplimiento de la LCSP; por lo que a los contratos que celebren los medios propios con terceros para realizar los encargos que hubieran recibido, les resultan aplicables las reglas contenidas en los artículos 321 y 322 LCSP, precisamente para regular los “contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poder adjudicador”, aplicación que, como es evidente, se ha de producir sobre la base de que el ente destinatario del encargo en cuanto medio propio no ostente la condición de poder adjudicador de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3. 3 d) LCSP, que será lo habitual.