

# La nueva Ley de Contratos pone coto a la utilización instrumental por los poderes adjudicadores de los encargos a medios propios

**Blanca Lozano Cutanda**

Catedrática de Derecho Administrativo  
Consejera académica de GA\_P

**Irene Fernández Puyol**

Abogada senior del Área  
de Derecho Público de GA\_P

---

*La Ley 9/2017, de contratos de sector público, ha introducido nuevas restricciones para que una entidad pueda ser considerada medio propio de un poder adjudicador, tales como la necesidad de que más del 80 % de las actividades del medio propio se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos confiados en el marco de la contratación in-house, o una limitación cuantitativa a la subcontratación: el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no podrá exceder del 50 % de la cuantía del encargo. Con estas y otras medidas se trata de evitar una utilización abusiva por los poderes adjudicadores de los encargos a medios propios para eludir las normas que rigen la contratación pública y menoscabar, con ello, el principio de libre competencia.*

El Derecho europeo, impulsado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha ido imponiendo condiciones cada vez más estrictas a la atribución por Administraciones y entidades públicas de los denominados encargos a «medios propios o servicios técnicos» (*in-house providing* en la terminología anglosajona), en tanto en cuanto permite excluir la aplicación de las normas que regulan la contratación pública y, con ellas, la libre competencia. Al recurrir a esta técnica, los poderes públicos pueden encomendar determinadas tareas a sus medios propios, cuando se den ciertos requisitos, sin acudir al mercado para la provisión de las obras, servicios o suministros.

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Las restricciones que ha ido imponiendo la jurisprudencia europea para que una entidad pueda ser considerada medio propio de un poder adjudicador han sido incorporadas a la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública y, en su transposición, a la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público («Ley de Contratos» en adelante); como dice su exposición de motivos, «en la ley, siguiendo las directrices de la nueva directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia».

Interesa destacar que la Ley de Contratos introduce incluso algunas limitaciones no contenidas en la directiva, con lo que su regulación de los medios propios es mucho más limitativa de la contratación *in-house* que la hasta ahora contenida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Entre las nuevas condiciones introducidas por la Ley de Contratos para que una entidad pueda calificarse de medio propio de un poder adjudicador, podemos destacar las siguientes:

- a) El requisito de que el medio propio efectúe «la parte esencial» de su actividad con el ente o los entes que ejercen un control análogo se concreta ahora en un porcentaje, que es el previsto en la directiva: es necesario que «más del 80 % de las actividades del medio propio se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo». De esta forma, el medio propio únicamente podrá prestar servicios hasta en un 20 % de su actividad con operadores privados.
- b) El requisito de que el capital del medio propio sea en su totalidad de titularidad pública se extiende también ahora a las fundaciones (siguiendo también en este punto a la directiva, que exige, sin distinción, «que no exista participación de capital privado en la persona jurídica controlada»). La Ley de Contratos dice así que «cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o *patrimonio* tendrá que ser de titularidad o *aportación* pública»; con la referencia tanto al «capital» como al «patrimonio» y tanto a la «titularidad» como a la «aportación», claramente se exige que, cuando se trate de fundaciones, su patrimonio provenga exclusivamente de aportaciones públicas. Se impide, de esta forma, que las fundaciones constituidas por capital parcialmente privado puedan constituirse como medios propios, aun cuando en atención a su régimen de control y a otros factores se consideren fundaciones del sector público<sup>1</sup>.
- c) La Ley de Contratos mantiene la exigencia formal del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (no prevista en la directiva) de que la condición de medio propio de la

---

<sup>1</sup> Así, en el ámbito de la Administración estatal, el artículo 128 de la Ley 40/2015 sólo exige para adquirir este carácter de fundaciones del sector público estatal el tener una participación mayoritaria del sector público institucional estatal.

entidad destinataria del encargo respecto del poder adjudicador concreto que lo efectúa esté reconocida expresamente en sus estatutos o actos de creación<sup>2</sup>, pero ahora se impone el cumplimiento de dos requisitos para que se pueda reconocer esta condición:

- «1.º conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio;
- »2.º verificación por parte de la entidad pública de la que dependa el ente de que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social» (este requisito se presumirá que se cumple cuando el ente haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los grupos, subgrupos y categorías de que conste).

El segundo requisito venía exigido ya para el sector público estatal por el artículo 86 de la Ley 40/2017, de Régimen Jurídico del Sector Público, que exige acreditar que la entidad dispone «de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación».

Con esta exigencia se trata de evitar que el ente instrumental tenga que recurrir en exceso, por carecer de los medios necesarios para llevar a cabo el encargo, a la subcontratación.

- d) Precisamente, el cuarto límite importante introducido por la Ley de Contratos se refiere a la subcontratación: se establece, con algunas excepciones<sup>3</sup>, un límite cuantitativo general a la subcontratación (ahora únicamente algunos medios propios tienen fijados en su normativa reguladora límites de este tipo), en virtud del cual «el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 % de la cuantía del encargo».

La voluntad de la ley de limitar la posibilidad de que los medios propios subcontraten el objeto del encargo tiene por objeto evitar situaciones de fraude de la legislación de contratación pública. Como ha puesto de relieve el Tribunal de Cuentas, el fraude de las normas

---

<sup>2</sup> Nótese, sin embargo, que ya no se habla de *norma*, sino de *acto* de creación, con lo que se reconoce implícitamente la posibilidad de creación del ente encomendado por acuerdo de los órganos de gobierno de la Administración de que se trate, como se reconocía ya en el Decreto Foral 23/2014, por el que se regulan los encargos a entes instrumentales de la Administración en la Comunidad Foral de Navarra.

<sup>3</sup> Esta previsión no es aplicable 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. Tampoco se aplicará a los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en que dicha gestión se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

de contratación puede resultar cuando un poder adjudicador utiliza a la encomendaria «como una mera entidad intermedia con cuyo concurso se habilita un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías para el interés público, al sustituir un eventual contrato administrativo (si lo hubiera celebrado directamente la Administración) por uno privado (celebrado por un ente instrumental sometido al derecho privado)»<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> «Informe de fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados ministerios, organismos y otras entidades públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa», aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 30 de abril del 2015 y, en el mismo sentido, «Informe de fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los ministerios, agencias y organismos autónomos del área político-administrativa del Estado, ejercicios 2008-2012», aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 28 de noviembre del 2013. Ambos informes son accesibles en internet.