

■ **EL CONSULTOR**
DE LOS AYUNTAMIENTOS

Los contratos administrativos y su aplicación: obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios

*José Antonio
Moreno Molina*

*Jaime
Pintos Santiago*

Los contratos administrativos y su aplicación: obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios

José Antonio Moreno Molina

Jaime Pintos Santiago

© José Antonio Moreno Molina y Jaime Pintos Santiago, 2018
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Septiembre 2018

Depósito Legal: M-29348-2018
ISBN versión impresa: 978-84-7052-779-1
ISBN versión electrónica: 978-84-7052-780-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

**José Antonio Moreno Molina
y Jaime Pintos Santiago**

Consejo de Redacción

Manuel **ABELLA POBLET**

Secretario de la Administración de Justicia.

Enrique **ARNALDO ALCUBILLA**

Letrado de las Cortes. Profesor Titular de Derecho Constitucional.

Feliciano **BARRIOS PINTADO**

Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones.

Julio **CASTELAO RODRÍGUEZ**

Secretario de la Administración Local. Profesor de Derecho Administrativo.

Manuel **DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO**

Letrado de las Cortes Generales.

Tomás-Ramón **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**

Catedrático de Derecho Administrativo.

Jesús **GONZÁLEZ PÉREZ**

Catedrático de Derecho Administrativo.

Jesús María **GONZÁLEZ PUEYO**

Interventor-Tesorero de Administración Local.

Federico Andrés **LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO**

Secretario de Administración Local. Magistrado.

José Antonio **LÓPEZ PELLICER**

Secretario de Administración Local. Profesor Titular de Derecho Administrativo.

Santiago **MUÑOZ MACHADO**

Catedrático de Derecho Administrativo.

Juan Alfonso **SANTAMARÍA PASTOR**

Catedrático de Derecho Administrativo. Letrado de las Cortes.

entre poderes adjudicadores basadas «exclusivamente por consideraciones de interés público»⁽²⁹⁾.

Por tanto, como conclusión, para que un convenio de colaboración quede excluido del ámbito de aplicación de la LCSP, además de no contener un objeto propio de los contratos regulados por la misma o por normas administrativas especiales, debe de cumplir las citadas condiciones que se resumen en la falta de vocación de mercado en las entidades públicas intervinientes y en el cumplimiento de la naturaleza de los convenios, es decir, ser un instrumento de cooperación entre dichas entidades para lograr un objetivo común que debe estar basado en consideraciones de interés público.

4. LOS ENCARGOS DE GESTIÓN. EN PARTICULAR TRAGSA Y LAS ENTIDADES LOCALES

4.1. Una aproximación a la cuestión

En este caso lo primero que hay que analizar es el régimen jurídico de TRAGSA y su condición o no de medio propio de qué Administraciones o poderes adjudicadores. Para ello, es necesario acudir a lo preceptuado por la normativa que la regula, esto es, a la disposición adicional vigésimo cuarta de la LCSP y al Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA) y de sus filiales⁽³⁰⁾ (en adelante, RD 1072/2010).

En ambas normas se establece que TRAGSA y sus filiales son medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los poderes adjudicadores dependientes de ellas⁽³¹⁾.

Pero además de lo dispuesto por la normativa nacional es imprescindible poner el acento en la doctrina jurisprudencial que al efecto ha sentado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde es imprescindible traer a colación, en primer lugar, la sentencia *Teckal* según la cual la utilización de los contratos

(29) PASCUAL GARCÍA, J.: «La regulación de los convenios administrativos en la ley...», *op. cit.*, págs. 169-170.

(30) Completa la normativa que regula el régimen jurídico de TRAGSA la Orden del Ministerio del Interior, de 26 de enero de 2001, por la que se dispone la integración de la sociedad estatal Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima y sus filiales en los dispositivos y planes estatales de protección civil (BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2001) en cuyo apartado primero se dispone que «TRAGSA y sus filiales son medio propio instrumental y servicio técnico de la protección civil de la Administración General del Estado».

(31) Hay que entender esta afirmación sobre las Comunidades Autónomas que lo será de aquellas que así lo dispusieran, conforme establece el segundo párrafo de la Exposición de Motivos del Real Decreto 1072/2010 (y además siempre y cuando se cumplan los dos requisitos *Teckal* respecto de esas Comunidades Autónomas y TRAGSA como acto seguido veremos).

«*in house*», por medio de los cuales, como ya sabemos, se encarga la prestación de una obra o servicio a un ente instrumental sin que se aplique la legislación contractual, sólo puede ser admitida en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios⁽³²⁾ y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes a que pertenece⁽³³⁾.

Por tanto, no se aplicará lo dispuesto en los Derechos comunitario y español de la contratación pública en el supuesto de que, de forma acumulativa, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad concesionaria realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad o autoridades a las que pertenece (sentencia *Parking Brixen*, apartado 62).

Dado que se trata de una excepción a las normas generales sobre contratación pública del Derecho comunitario o Derecho de la Unión Europea, estos dos requisitos exigidos por el TJUE deben ser objeto de una interpretación estricta, recayendo la carga de la prueba de que realmente existen las circunstancias que justifican la excepción a dichas normas en quien quiera beneficiarse de ella (sentencia *Stadt Halle y RPL Lochau*, apartado 46). Del mismo modo en estos supuestos encontramos casuística jurisprudencial consecuencia de un mal uso e interpretación incorrecta en la aplicación de estas figuras jurídicas.

Así podemos referir la STJUE en el asunto *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*⁽³⁴⁾, en la que sobre el estudio y evaluación de la vulnerabilidad sísmica de unas instalaciones hospitalarias, la Administración titular del hospital encarga a una Administración Universitaria dicho servicio sin ningún de procedimiento de licitación pública, el alto Tribunal llega a la conclusión de

(32) Respecto del primero de los requisitos de carácter acumulativo citados en la sentencia *Teckal*, el TJUE ha delimitado su alcance básicamente en la sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle y RPL Lochau*, apartado 49; en la sentencia de 21 de julio de 2005, asunto C-231/03, *CONAME*, apartado 24; en la sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, *Parking Brixen*, apartado 65; en la sentencia de 10 de noviembre de 2005, asunto C-29/04, *Comisión vs. República de Austria*, apartado 42; en la sentencia de 6 de abril de 2006, asunto C-410/04, *ANAV*, apartado 24; en la sentencia de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo*, apartados 37, 38 y 39 y en la sentencia de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, *Coditel*, apartados 45, 49, 50 y 51. En referencia a la última de las sentencias interesa consultar el trabajo de PERNAS GARCÍA, J., «La expansión de la excepción *in house* y la flexibilización progresiva del criterio del «control análogo». Comentario a la sentencia del TJUE de 13 de noviembre de 2008», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 87, junio, 2009, en donde el autor pone de relieve la relajación que hace el TJUE en la aplicación del criterio del control análogo con relación a los entes comunes a varias autoridades públicas.

(33) En cuanto al segundo de los requisitos acumulativos de la sentencia *Teckal*, el TJUE ha delimitado su alcance fundamentalmente a través de la antes aludida sentencia de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, Rec. p. I- 4166, *Carbotermo*, apartados 60, 64, 65, 67 y 70.

(34) STJUE (Gran Sala), de 19 de diciembre de 2012, asunto C-159/11.

que no se dan los dos requisitos *Teckal* y que se puede afirmar que el objeto de ambas entidades fuese la realización de una misión de servicio público común a las mismas. Declarando el fallo en consecuencia que

«El Derecho de la Unión en materia de contratos públicos se opone a una normativa nacional que autoriza la celebración, sin licitación, de un contrato mediante el cual se establece una cooperación entre entidades públicas cuando [...] tal contrato no tenga por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a dichas entidades, no se rija exclusivamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público, o pueda favorecer a un prestador privado respecto a sus competidores».

La STJUE en el asunto *Datenlotsen Informationssysteme*⁽³⁵⁾ se refiere a una cuestión prejudicial referida a la adjudicación de un contrato sin incoación de un procedimiento de licitación bajo la adjudicación denominada «*in house*» y en la que analiza específicamente el requisito de «control análogo» y en la que el Tribunal falla que:

«El artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que un contrato que tiene por objeto el suministro de productos celebrado entre, por una parte, una universidad que es una entidad adjudicadora y que en el ámbito de sus adquisiciones de productos y servicios está controlada por un Estado federado alemán y, por otra, una empresa de Derecho privado controlada por el Estado federal y los Estados federados alemanes, incluido el antedicho Estado federado, constituye un contrato público en el sentido de la referida disposición y debe, por tanto, estar sujeto a las reglas de adjudicación de contratos públicos previstas en la citada Directiva».

Ya que en la adjudicación que realiza la Universidad adjudicadora a favor de Hochschul-Infomations-System GmbH (HIS), entidad adjudicataria, no existe el requisito de «control análogo», porque la entidad adjudicadora y el adjudicatario no tienen entre sí una relación de control y no se ejerce un control sobre el adjudicatario que podría calificarse de análogo.

Otro supuesto lo conforma el caso *Centro Hospitalar de Setúbal y SUCH*⁽³⁶⁾, supuesto en el que un hospital público adjudica directamente un contrato de servicios (restaurante) a una asociación de derecho privado, de utilidad pública y sin ánimo de lucro en la que la mayoría de los socios está formada por entidades adjudicadoras y en que la minoría de socios está formada por entidades de Derecho privado que constituyen asociaciones caritativas sin ánimo de lucro, concluyendo el TJUE que no se trata de una operación «*in house*», sino de un contrato público de servicios por lo que resulta de aplicación la Directiva 2004/18/CE ya que

(35) STJUE (Sala quinta), de 8 de mayo de 2014, asunto C-15/13.

(36) STJUE (Sala Quinta), de 19 de junio de 2014, asunto C-574/12.

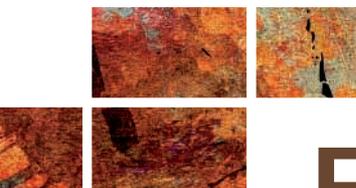
«Cuando la entidad adjudicataria de un contrato público es una asociación de utilidad pública sin ánimo de lucro que, al adjudicarse ese contrato, cuenta entre sus socios no sólo con entidades pertenecientes al sector público, sino también con instituciones privadas de solidaridad social que desarrollan actividades sin ánimo de lucro, no se cumple el requisito relativo al «control análogo» [primero de los requisitos Tec-kal], establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para que la adjudicación de un contrato público pueda considerarse una operación «in house»».

Por tanto conforme a esta sentencia estamos ante un contrato público y no cabe la aplicación de la doctrina de los contratos con medios propios o «*in house providing*» a asociaciones participadas por entidades del sector público y entes privados sin ánimo de lucro, siendo la peculiaridad de esta doctrina que la asociación de Derecho privado de la que es socio el Hospital adjudicatario, no reviste la forma de una sociedad y, por lo tanto, no posee capital social, y por otra y principalmente, que si bien forman parte de la misma entidades privadas, estas no son empresas, sino instituciones sin ánimo de lucro.

Tal es así esta circunstancia y su casuística en el caso español que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en su sesión de 19 de junio de 2013, en la facultad que posee la CNC de dirigir a las Administraciones Públicas propuestas para la modificación o supresión de las restricciones a la competencia efectiva derivadas de su actuación, aprobó un Informe de 107 hojas de título «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia».

El propósito de este informe fue ofrecer recomendaciones que favorecieran una utilización justificada de este instrumento de aprovisionamiento público, minimizando su impacto negativo sobre la competencia, debido al elevadísimo número de entidades que ostentan la condición de medio propio en todos los niveles territoriales de Administración Pública. Entidades que se encuentran activas en los más variados sectores de la actividad económica y que se constituyen así como operadores económicos que actúan en auténticos mercados, si bien con la característica fundamental de que su cliente exclusivo o principal debería ser su Administración «matriz»⁽³⁷⁾. Recomendaciones finales de este informe que pasan por bastantes modificaciones normativas, por una mayor garantía de publicidad de estos negocios jurídicos, por un reforzamiento de los

(37) Esta situación el profesor DURVAL TIAGO FERREIRA lo define como «El triunfo de los Estados sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia» en su trabajo «El régimen de la contratación *in house* según las Nuevas directivas de contratación pública». Disponible en <http://derechodebate.com/admin/uploads/555e48d80f1af-durval-tiago-ferreira-el-rgimen-de-contratacion-in.pdf>



Esta obra aborda el estudio individualizado y pormenorizado de cada uno de los contratos típicos vigentes conforme al nuevo texto de la LCSP2017, pero no sólo eso, sino que analiza las diferencias entre los contratos administrativos, los encargos de gestión y los convenios administrativos, con la finalidad de tener muy bien definidos los límites entre unos negocios jurídicos y otros, así como entre los distintos tipos contractuales.

La singularidad de esta obra es que aúna el régimen jurídico y práctico aplicable a los distintos contratos administrativos típicos, refundiendo en un solo texto la dispersión normativa y doctrinal existente sobre los mismos.

Se pretende, en definitiva, que el operador pueda conocer:

- Todas las peculiaridades y características de los distintos tipos contractuales: servicios, suministros, obras, concesión de obras y concesión de servicios.
- La obligatoria inclusión de criterios sociales y ambientales desde la definición del objeto del contrato; de los contratos administrativos y contratos privados; de las especialidades de los denominados servicios a la persona; de la reserva de contratos de servicios sociales, culturales y de salud; así como de las novedades en los contratos mixtos.
- Las peculiaridades y características propias de los contratos de concesión de servicios y de servicios, así como sus diferencias de carácter práctico a la hora de ser aplicados.
- La abundante casuística jurisprudencial, de los tribunales administrativos de recursos contractuales y de las juntas consultivas de contratación administrativa al respecto de la materia tratada.

