Fundación Democracia y Gobierno Local

Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales

Encarnación Montoya Martín

Serie claves del gobierno local, 9

Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Serie Claves del Gobierno Local, 9
ISBN: 978-84-612-8626-3

Fundación Democracia y Gobierno Local

Serie Claves del Gobierno Local, 9
ISBN: 978-84-612-8626-3

Fundación Democracia y Gobierno Local

Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales

Serie Claves del Gobierno Local, 9
ISBN: 978-84-612-8626-3
Fundación Democracia y Gobierno Local

Serie Claves del Gobierno Local, 9
ISBN: 978-84-612-8626-3

Fundación Democracia y Gobierno Local

Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales

Encarnación Montoya Martín

Serie claves del gobierno local, 9

Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Serie Claves del Gobierno Local, 9
ISBN: 978-84-612-8626-3

Fundación Democracia y Gobierno Local

© Fundación Democracia y Gobierno Local
Rambla de Catalunya, 126
08008 Barcelona
General Castaños, 4, 2.º derecha
28004 Madrid

Producción y asesoramiento lingüístico: Francesc Gil Lluch. Tel. 932 095 705
Preimpresión y maquetación: Sisdigraf, SL. Tel. 933 052 450

Depósito legal: ????????
ISBN: 978-84-612-8626-3

Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita del titular del copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares mediante alquiler o préstamo públicos.

Serie Claves del Gobierno Local, 9
ISBN: 978-84-612-8626-3
Fundación Democracia y Gobierno Local

A Pablo y a Cecilia.
Y a mis padres, que tanto nos quieren y nos cuidan.

Serie Claves del Gobierno Local, 9
ISBN: 978-84-612-8626-3
Fundación Democracia y Gobierno Local

Serie Claves del Gobierno Local, 9
ISBN: 978-84-612-8626-3

Fundación Democracia y Gobierno Local

Prólogo **11**
Alfonso Pérez Moreno

Abreviaturas más utilizadas **15**

Introducción **17**

Los medios propios o servicios técnicos en el ámbito de los contratos sujetos al Derecho comunitario de la contratación pública

1. Las relaciones *ad intra* entre las administraciones públicas y sus entes instrumentales sujetos al Derecho privado desde la perspectiva del Derecho comunitario **25**
1.1. Los hitos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en torno a los encargos *in house* 26
1.2. La jurisprudencia del TJCE en torno a TRAGSA 43
1.2.1. STJCE de 8 de mayo de 2003, relativa a los gastos derivados del establecimiento del registro oleícola financiados por el FEOGA 45
1.2.2. La STJCE de 19 de abril de 2007, cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el caso ASEMFO 46
1.2.2.1. El auto del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2005 (RAJ 4119) de planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJCE
1.2.2.2. Una sentencia polémica 51
1.2.3. La STS de 30 de enero de 2008 (RAJ 645) o el cierre en falso de un conflicto 55
1.2.3.1. Las voces disidentes 59

2. Los medios propios y servicios técnicos de la Administración en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público **65**
2.1. Las relaciones *ad extra* del medio propio o servicio técnico con terceros 68
2.2. La amplia delimitación de los negocios domésticos: la consagración de la "cesión de medios propios" entre administraciones públicas 72

ISBN: 978-84-612-8626-3

2.2.1. Los antecedentes normativos: los convenios de colaboración y encomiendas de gestión en el TRLCAP 75
2.2.2. La relación entre el artículo 4.1.c), d) y n) de la LCSP: la Administración pública y sus entes instrumentales de Derecho público como contratista o adjudicataria de contratos públicos 83
2.2.3. Los requisitos de los negocios domésticos 92
2.2.3.1. El control. La LCSP formula una petición de principio 93
2.2.3.2. Realizar la parte esencial de la actividad para los poderes adjudicadores que los controlan 96
2.2.3.3. Necesidad de reconocimiento expreso de la condición de medio propio por la norma de creación o los estatutos 100
2.2.3.4. La urgencia o la emergencia no constituyen presupuesto ni fundamento de los encargos domésticos 101
2.3. La configuración de TRAGSA y sus filiales como medio propio . . . 102
2.3.1. TRAGSA no es medio propio de las entidades locales 105

La sociedad mercantil como modo de gestión de los servicios públicos locales

1. Contrato de servicios *versus* contrato de concesión de servicios públicos en el ámbito comunitario 111
1.1. Los principios de Derecho comunitario aplicables a los contratos de concesión de servicios públicos 115
1.2. Los encargos *in house* en el ámbito de los contratos de concesión de servicios públicos 123

2. El contrato de gestión de servicios públicos en la LCSP 129

3. Los modos de gestión de los servicios públicos en la legislación local 133
3.1. Consideraciones generales 134
3.2. La modificación del artículo 85.2.A).d) de la LBRL por la disposición final primera de la LCSP: la sociedad mercantil local como forma directa de gestión de los servicios públicos . . . 140
3.2.1. La "cesión" de medios propios entre administraciones 141
3.2.2. Sociedad mercantil local de control conjunto por varias administraciones: una interpretación funcional del requisito del control 151
3.3. Referencia a la sociedad de economía mixta 178
3.3.1. Creación *ex novo* 178
3.3.2. Privatización de una sociedad de capital íntegramente público . . . 188

Bibliografía 199

ISBN: 978-84-612-8626-3

En el libro colectivo *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, coordinado por el profesor Gómez Ferrer, contribuí en la primera y segunda edición –ésta al filo de la reforma introducida por la Ley de "medidas" 62/2003– con el tema "La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público". Después de subrayar las transformaciones de los sujetos de la contratación administrativa, con la proliferación de *entes instrumentales* nacidos de la potestad personificadora de las administraciones públicas, y con la exigencia del Derecho comunitario de garantizar la igualdad de oportunidades a los potenciales contratistas europeos, me atreví a proponer una conclusión que no me resisto a transcribir porque creo que está aludida en la exposición de motivos de la nueva Ley de contratos del sector público (Ley 30/2007, de 30 de octubre, en adelante, LCSP):

"A) Es necesario coordinar las reformas superpuestas desde una perspectiva única pendiente: clarificar, racionalizar y juridificar el sector público en el Derecho español.

El 'sistema de administraciones públicas', completado con todas las posibilidades de entificación en poder de las mismas, debería ser objeto de la cabecera de la Ley de régimen jurídico y procedimiento administrativo común. Se daría en ese marco base de vocación codificadora una mejor respuesta a las funciones legislativas atribuidas en la materia al Estado por el artículo 149.1.18 de la Constitución.

"B) La utilización del Derecho privado por las administraciones públicas no puede ser un cauce de fuga del Derecho Administrativo buscando ámbitos de exención de la observancia de principios y reglas consagrados para garantizar una 'buena Administración' (optimizadora de recursos al servicio objetivo de los intereses generales).

ISBN: 978-84-612-8626-3

"C) La función cooperadora del Derecho comunitario en la evitación de parte de esa fuga del Derecho Administrativo es un nuevo accidente coyuntural que debe ser superado con una completa y ordenada regulación de Derecho interno sobre el sector público. A los gestores de la dirección política ha de corresponder la elección de entre las fórmulas, pero no la improvisación voluntaristas de las mismas."

Efectivamente, la alusión creo que está en el último extenso párrafo del apartado II de la citada exposición de motivos de la LCSP:

"Desarrollar la Ley de contratos como una norma que, desde su planeamiento inicial, se diseñe teniendo en cuenta su aplicabilidad a todos los sujetos del sector público, permite dar una respuesta más adecuada a los problemas antes apuntados, aproximando su ámbito de aplicación al de las normas comunitarias de referencia, incrementando la seguridad jurídica al eliminar remisiones imprecisas y clarificar las normas de aplicación, aumentando la eficiencia de la legislación al tomar en cuenta la configuración jurídica peculiar de cada destinatario para modular adecuadamente las reglas que le son aplicables, y previendo un nicho normativo para que, *en línea con las posiciones que postulan una mayor disciplina en la actuación del sector público en su conjunto*, puedan incluirse reglas para sujetos que tradicionalmente se han situado extramuros de esta legislación. La identificación de las disposiciones ligadas a las directivas de contratación, por su parte, permite enmarcar de forma nítida el ámbito de regulación disponible para el legislador nacional, dentro del respeto a los principios y disposiciones del Derecho comunitario originario que determinan la sumisión de toda la contratación pública, cuando menos, a los principios de publicidad y concurrencia, a efectos de matizar el régimen de contratación de los diferentes sujetos sometidos a la Ley, y facilitar el análisis de la norma de cara a adoptar decisiones de política legislativa."

La preocupación por responder con una adecuada técnica jurídica a la delimitación del ámbito subjetivo de las instituciones administrativas que hiciera imposible la "fuga" del Derecho Administrativo garantizador de la primacía del interés general en la contratación, me había unido antes a la profesora Encarnación Montoya cabalmente cuando tuve la satisfacción de ser el director de su tesis doctoral, es decir, más propiamente, un privilegiado testigo cualificado de su esfuerzo que luce con brillantez en el libro *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado* (Marcial Pons, Madrid, 1996).

La importancia esencial del conflicto jurídico que se manifiesta en el manejo táctico de los entes instrumentales, su constante movilidad casi camaleónica, su conexión con el tema de la extensión o "el alcance" del Estado –en la expresión de Fukuyama, en el libro *La construcción del Estado. Hacia*

ISBN: 978-84-612-8626-3

un nuevo orden mundial en el siglo XXI, Barcelona, 2004–, y el deslinde entre *público* y *privado* en las actuaciones administrativas, se ha incrustado en la visión de esta profesora iusadministrativista como el punto estratégico desde el cual otear el panorama cambiante del Derecho público. Fruto de esta vigilia permanente es este nuevo trabajo.

Trata ahora de hacer un chequeo a las nuevas regulaciones de las modalidades de gestión por entes instrumentales delimitadas como medios propios o servicios técnicos de la Administración, tanto en su manifestación general como en su aplicación a la gestión de los servicios públicos locales. La profesora Montoya considera que la Ley 30/2007, de 30 de octubre (LCSP), ha positivizado en sus artículos 4.1.n) y 24.6 la jurisprudencia del caso TRAGSA-ASEMFO (sentencia del TJCE de 19 de abril de 2007). Asimismo, esta ley ha modificado en la disposición final primera el artículo 85.2.A) de la Ley básica de régimen local en lo relativo a la "sociedad mercantil local". Estas innovaciones obligan a delimitar el ámbito excluido de la aplicación de los procedimientos públicos de licitación en la contratación mediante una definición de los límites de los llamados impropiamente "contratos" domésticos o *in house providing*.

Ciertamente, la LCSP, al intentar estratificar en sus tres círculos los entes del sector público en sus niveles de vinculación a las reglas de la contratación, ha planteado dudas e inseguridades. Las relaciones *ad intra* de las administraciones con sus medios propios o servicios técnicos se suman al conjunto de interrogantes para dilucidar sin error la exclusión del Derecho comunitario de los contratos públicos. Hace tiempo que vengo expresando mi inquietud por el escaso desarrollo del estudio de la organización administrativa. Los avances que se produjeron hace veinte años no han continuado después cuando, cabalmente, se han hecho más complejas las estructuras político-administrativas especialmente en los estados compuestos, como el nuestro. Las relaciones interadministrativas, sean intersubjetivas e interorgánicas, y las modalidades de colaboración social en la gestión administrativa se han hecho más intensas y variadas obligando a una remodelación fronteriza del sector público y de las potestades organizativas y domésticas.

La falta de un crecimiento de la teoría de la organización obliga a abordar desde áreas más reducidas o desde perspectivas institucionales puntuales lo que podría tratarse como una simple consecuencia de un criterio general.

El trabajo de la profesora Montoya tiende a inducir de los supuestos que analiza unos principios interpretativos que delimiten con certidumbre la noción de medio propio o instrumental o servicios técnicos de la Administración y los límites de los encargos de gestión doméstico o *in house providing*.

ISBN: 978-84-612-8626-3

Unido a este fértil esfuerzo, hay que destacar la apretada síntesis creativa en el conjunto de la obra, que viene a completar una dimensión necesaria en el tratamiento del ámbito de la nueva LCSP, y produce una clarificación de las nuevas praxis con potencial peligro de evasión de la normativa comunitaria.

Alfonso Pérez Moreno
Catedrático de Derecho Administrativo

ISBN: 978-84-612-8626-3

CE: Constitución española de 1978.
EPE: Entidad pública empresarial.
JCCA: Junta Consultiva de Contratación Administrativa.
LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local.
LCAP: Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas.
LCSP: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.
LMMGL: Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local.
LPAP: Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas.
LOFAGE: Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.
RAJ: Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia.
RAP: Revista de Administración Pública.
REDA: Revista Española de Derecho Administrativo.
RSCL: Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de servicios de las corporaciones locales.
STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
TCE: Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
TJCE: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
TRLCAP: Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas.
TRRL: Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.

ISBN: 978-84-612-8626-3

Serie Claves del Gobierno Local, 9
ISBN: 978-84-612-8626-3

Fundación Democracia y Gobierno Local

Introducción

El presente trabajo, que tiene su origen en nuestra participación en el Seminario de la Fundación Democracia y Gobierno local sobre las consecuencias jurídicas de la polémica sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) de 19 de abril de 2007, asunto TRAGSA-ASEMFO, tiene por objeto el estudio de los medios propios o servicios técnicos de la Administración en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP). Pues, a nuestro juicio, la LCSP en los artículos 4.1.n) y 24.6 ha positivizado la jurisprudencia del caso TRAGSA con carácter general al delimitar los negocios domésticos excluidos de su ámbito de aplicación.

Asimismo, nos proponemos analizar la incidencia de la LCSP en el ámbito local, esto es, la noción de medio propio o servicio técnico en el marco de los modos de gestión de los servicios públicos locales. Y ello porque, por una parte, la concesión de servicios públicos, institución jurídica de larga tradición en nuestro ordenamiento y en los demás con regímenes de Derecho Administrativo de inspiración continental o francesa, siempre ha quedado excluida de la normativa comunitaria de la contratación pública, lo que ha provocado dificultades a la hora de averiguar en qué medida les afecta el Derecho comunitario; y por otra parte, porque la disposición final primera de la LCSP ha modificado el artículo 85.2.A de la LBRL, dedicado a los denominados modos directos de gestión de los servicios públicos, en su apartado d), "Sociedad mercantil local". Por consiguiente, se trata de examinar la conformidad con el Derecho comunitario de las formas directas de gestión de los servicios públicos locales, en particular entre las fórmulas sujetas a Derecho privado, la sociedad mercantil pública participada por una o varias administraciones públicas, así como los medios propios personificados de control conjunto por varias administraciones.

Respecto a las relaciones entre la Administración pública y sus entidades instrumentales, la cuestión que hay que resolver es si en este caso la adjudicación ha de someterse a los procedimientos públicos de licita-

ISBN: 978-84-612-8626-3

ción. Este asunto hace referencia pues a las relaciones *ad intra*, cuestión que remite a la delimitación de la noción de medio propio o instrumental o servicio técnico de la Administración y a la definición de los límites de los impropiamente denominados "contratos"[1] domésticos o *in house providing*. El fundamento de los encargos domésticos se encuentra en la inexistencia de relación contractual entre ambos entes, en la medida en que no existe el elemento esencial del contrato, como es la libre confluencia de dos voluntades diferenciadas que persiguen la satisfacción de intereses jurídicos y económicos distintos, pues en la práctica supone que no hay contrato. Y ello se justifica entendiendo que en tales casos nos encontramos ante una fórmula de organización o gestión, al modo de la encomienda de gestión administrativa, en la que las entidades adjudicadoras utilizan medios propios, aunque dotados de personalidad jurídica propia para satisfacer sus necesidades, en lugar de acudir al mercado. Se trata de una opción de naturaleza organizativa en la que el ente instrumental no puede negarse a aceptar el encargo, ya que el reconocimiento de personalidad jurídica lo es sólo a efectos auxiliares o instrumentales, sin que en modo alguno ostenten la condición de tercero.

Este plano interno viene a completar el ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP, pues se trata de aplicar convenientemente la exclusión del Derecho comunitario de los contratos públicos, fundada en la adecuada delimitación de la noción de medio propio de la Administración. Este ámbito de las relaciones calificadas de internas o domésticas está adquiriendo una importancia creciente en todos los países de la Unión Europea, en particular por lo que se refiere a su compatibilidad con los principios generales del Derecho comunitario originario: igualdad y no-discriminación, salvaguarda de las libertades de prestación de servicios, de establecimiento, transparencia y realización efectiva del mercado único. Por lo demás, este asunto presenta perfiles propios en el ámbito local. No se nos escapa que en la

1. Se denominan impropiamente "contratos" toda vez que el fundamento de la excepción de los encargos domésticos es que cuando el negocio jurídico se celebra entre una administración y su medio propio o servicio técnico no hay contrato, pues no se celebra entre dos partes dotadas de autonomía de voluntad propia. Los medios propios o servicios técnicos constituyen una manifestación del ejercicio de la potestad organizatoria de las administraciones públicas. Por ello, el fundamento del medio propio o servicio técnico es el de realizar, en calidad de servicio instrumental, los encargos que la Administración le encomiende, careciendo de capacidad decisoria propia, al estar dominado por la Administración.

ISBN: 978-84-612-8626-3

mayoría de las sentencias del TJCE sobre los negocios *in house* están implicados entes locales en uso de los diferentes modos de gestión de sus actividades y servicios, así como de fórmulas de relación interadministrativa entre municipios, que es preciso abordar.

En otro orden de cosas, la delimitación de la noción de medio propio o servicio técnico de la Administración subraya en nuestra opinión la necesidad de elaborar con rigor desde el plano doctrinal el concepto de ente o entidad instrumental que hasta ahora se ha manejado con total falta de precisión.[2] En efecto, entiendo que se trata de un concepto que conlleva consecuencias jurídicas muy precisas desde el ámbito de la contratación, del patrimonio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, entre otros. Baste apuntar ahora que la relación que media entre la Administración territorial matriz y su ente instrumental se caracteriza por tratarse de una relación de subordinación, tiene como esencial la dependencia, por lo que sería una contradicción admitir que pueda existir una relación jurídica en la que la matriz y la instrumental ocupen posiciones de igual rango, premisa que define el negocio convencional o contractual. Por consiguiente, entre la matriz y la instrumental sólo caben relaciones de subordinación a través de la potestad de dirección, como forma de articular el cumplimiento de los fines de la matriz a través de la instrumental.

2. Sin embargo, en el plano del Derecho positivo se trata de un concepto jurídico que se está acuñando en nuestro ordenamiento. Baste citar, como ejemplo, el artículo 158 de la Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía, que bajo la rúbrica "Entes instrumentales" dispone:

"La comunidad autónoma podrá constituir empresas públicas y otros entes instrumentales, con personalidad jurídica propia, para la ejecución de funciones de su competencia."

Asimismo, la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, dedica el título III a las "Entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía". No obstante, no se establecen las consecuencias jurídicas precisas que en todos los planos se derivan de dicha instrumentalidad. Ésta es una labor cuya construcción corresponde enfrentar a la doctrina administrativista. Véase en este sentido el trabajo pionero de ORTIZ MALLOL, J. "La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración pública: algunas notas", RAP, 163, 2004, p. 245-278.

ISBN: 978-84-612-8626-3

Serie Claves del Gobierno Local, 9
ISBN: 978-84-612-8626-3

Fundación Democracia y Gobierno Local

Los medios propios o servicios técnicos en el ámbito de los contratos sujetos al Derecho comunitario de la contratación pública

Serie Claves del Gobierno Local, 9
ISBN: 978-84-612-8626-3

Fundación Democracia y Gobierno Local

Serie Claves del Gobierno Local, 9
ISBN: 978-84-612-8626-3

Fundación Democracia y Gobierno Local

El estudio de los encargos domésticos como excepción a la aplicación de la legislación de contratos públicos se ha de abordar analizando separadamente los que tienen por objeto prestaciones que constituyen el objeto de los contratos sujetos al Derecho comunitario de la contratación pública, es decir, los contratos de obras, suministros y servicios regulados en la actual 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, suministros y de servicios (en adelante Directiva 2004/18); de aquellos encargos que se desenvuelven en el ámbito de lo que en Derecho comunitario se califica como contrato de concesión de servicios públicos que ha quedado al margen de la normativa comunitaria de la contratación pública y que tiene un especial protagonismo en la esfera local, por lo que se tratará en el capítulo II de este trabajo.

Es obligado analizar los medios propios o servicios técnicos en primer lugar, desde la vertiente del Derecho comunitario y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), toda vez que se trata de determinar los perfiles de los "contratos *in house*" como excepción a la aplicación del Derecho comunitario de la contratación pública. Aquí cabe destacar, por su impacto para España, el caso ASEMFO-TRAGSA. En segundo lugar, examinaré las prescripciones que la LCSP tiene sobre este asunto, al objeto de valorar su acomodo al Derecho comunitario europeo.

ISBN: 978-84-612-8626-3

Serie Claves del Gobierno Local, 9
ISBN: 978-84-612-8626-3

Fundación Democracia y Gobierno Local

1. Las relaciones *ad intra* entre las administraciones públicas y sus entes instrumentales sujetos al Derecho privado desde la perspectiva del Derecho comunitario

El origen de los encargos *in house provinding*, es decir, negocios entre las administraciones públicas territoriales en cuanto entidades adjudicadoras y sus entes instrumentales personificados,[3] como excepción a la sujeción de la normativa de contratos públicos se encuentra en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. La letra a) del artículo 1 de la referida Directiva define el contrato público de servicios como todo contrato a título oneroso celebrado por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora, por lo que comprende cualquier proveedor de servicios, sea persona física o jurídica, incluidos los organismos de Derecho público que tengan la condición de entidades adjudicadoras. Por otra parte, es el apartado b) de dicho precepto el que define el concepto de poder adjudicar como ámbito subjetivo de aplicación de la misma. En definitiva, presidida por la idea de la apertura de los contratos públicos a la mayor competencia posible la normativa comunitaria de la contratación pública se aplica cuando una entidad adjudicadora proyecta celebrar con una entidad jurídicamente distinta de ella un contrato a título oneroso, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora. No obstante, el

3. Lo que se clasifica como una modalidad de colaboración público-privado institucionalizada a tenor del *Libro verde de la Comisión acerca de la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública* de 30 de abril de 2004 [COM (2004) 327]. Véase el interesante trabajo de Míguez Macho, L. "Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español", RAP, 175, 2008, p. 157-215.

ISBN: 978-84-612-8626-3

artículo 6 de la meritada Directiva 92/50 enunciaba la siguiente salvedad, en términos similares al actual artículo 18 de la vigente Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo:[4]

"La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo a la letra b) del artículo 1, sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado."

1.1. Los hitos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en torno a los encargos *in house*

En la sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto Teckal, el Tribunal de Justicia sienta los mimbres de su doctrina acerca de los medios propios. La sentencia trae causa en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal administrativo regional para L'Emilia-Romagna en el litigio pendiente entre Teckal Srl y el municipio de Viano y la Azienda Gas-Acqua Consorziale (en adelante AGAC) de Reggio Emilia acerca de la adjudicación, por parte de este municipio, de la gestión del servicio de calefacción de determinados edificios municipales. Los hechos que dieron lugar al litigio se centran en el acuerdo del Ayuntamiento de Viano en virtud del cual confió a la AGAC, mancomunidad de municipios de la zona, en la que participa Viano, la gestión del servicio de calefacción de determinados edificios municipales, acuerdo que no estuvo precedido de ningún procedimiento de licitación. La misión de AGAC consiste específicamente en la explotación y mantenimiento de las instalaciones de calefacción de diversos edificios municipales, incluidas las intervenciones de mejora necesarias, así como el suministro de combustible. Por su parte, Teckal es una empresa privada que desempeña sus actividades en el ámbito de los

4. El artículo 18 de la vigente Directiva 2004/18/CE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, dispone:

"La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos de servicios adjudicados por un poder adjudicador a otro poder adjudicador o a una agrupación de poderes adjudicadores sobre la base de un derecho exclusivo del que gocen éstos en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado."

ISBN: 978-84-612-8626-3

servicios de calefacción, suministrando a particulares y a organismos públicos el gasóleo que compra previamente a las empresas productoras. Además de ocuparse del mantenimiento de instalaciones de calefacción que funcionan con gasóleo y con gas. En definitiva, el municipio de Viano confió mediante un acto único, tanto la prestación de determinados servicios como el suministro de determinados productos. Al ser superior el valor de los productos se rige por la Directiva 93/36, relativa a los contratos públicos de suministro. Para el Tribunal de Justicia, el municipio como ente territorial es una entidad adjudicadora y por consiguiente corresponde al juez nacional verificar si la relación entre dicho municipio y AGAC reúne también los demás requisitos exigidos por la Directiva 93/36 para constituir un contrato público de suministros.

Por lo que se refiere a la existencia de contrato, es decir, un convenio entre dos personas distintas, manifiesta el Tribunal que:

"basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera 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 y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan" (apartado 51).

En definitiva, el TJCE formula la doctrina de la delimitación de las prestaciones excluidas de la normativa comunitaria de contratos públicos por constituir la parte contratante un medio propio o servicio técnico de la entidad adjudicadora sobre la base de la concurrencia de los siguientes requisitos acumulativos: 1. Que la entidad adjudicadora ejerza sobre el ente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; 2. Que el ente realice la parte esencial de su actividad para el ente o entes que lo controlan.

No creemos que sea acertado extraer del tenor literal de la doctrina Teckal la conclusión de que el requisito del control análogo sólo se predica respecto de una entidad o poder adjudicador que constituya o participe en el ente instrumental. En otros términos que sólo pueda ser ente dominante un solo poder adjudicador, pues llevaría a excluir *ab radice* las fórmulas de control conjunto por parte de varias administraciones, en particular las entidades locales, en su consideración de fórmulas de colaboración interadministrativas institucionalizadas excluidas de la legislación de contratos públicos. El segundo requisito de ejercer la parte esencial de su actividad admita que el ente instrumental en su condición de

ISBN: 978-84-612-8626-3

medio propio basta que en conjunto realice la parte esencial de su actividad para el o los poderes adjudicadores que en conjunto lo dominan. En otras palabras, no es necesario que realice la parte esencial de su actividad respecto de cada uno de los poderes adjudicadores.

Por lo demás, es importante destacar que en el asunto Teckal el contratista era una mancomunidad constituida por varias entidades adjudicadoras, de la que formaba parte asimismo la entidad adjudicadora de que se trataba, es decir, el municipio de Viano.

–STJCE de 7 de diciembre de 2000, caso ARGE, que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por la Oficina Federal de Adjudicaciones de Austria, en el marco de un litigio entre ARGE Gewässerschutz (en lo sucesivo ARGE) y el Ministerio Federal de Agricultura y Montes, entidad adjudicadora, sobre la participación de licitadores semipúblicos en un procedimiento de adjudicación de contratos de servicios públicos.

ARGE es una asociación de empresas y técnicos civiles que presentó proposiciones en un procedimiento abierto de adjudicación organizado por dicho ministerio. Los contratos controvertidos tenían por objeto la toma de muestras y el análisis de las aguas de una serie de lagos y ríos austriacos. Además de ARGE, también presentaron ofertas prestadores de servicios del sector público.

En opinión de ARGE, la participación de licitadores semipúblicos que reciben subvenciones públicas implica necesariamente una desigualdad de trato y una discriminación del licitador no subvencionado a la hora de determinar la mejor oferta. Según ARGE la ilicitud de dicha participación resulta de la finalidad de la Directiva 92/50, consistente en eliminar en general las prácticas restrictivas de la competencia en la contratación. No obstante, responde el Tribunal de Justicia que el principio de igualdad de trato de los licitadores no se viola por el mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a organismos que reciben de ellas o de otras entidades adjudicadoras subvenciones, siempre que la subvención recibida sea conforme con el Derecho comunitario.

La última cuestión prejudicial plantea los límites de la excepción de la aplicación de las directivas en materia de adjudicación de contratos públicos, denominada *in house providing*, relativa a los contratos celebrados entre una entidad adjudicadora y determinados organismos públicos vinculados a ella, asunto para cuya respuesta el Tribunal de Justicia se remite a la doctrina asentada en el caso Teckal.

ISBN: 978-84-612-8626-3

–STJCE de 11 de enero de 2005, caso Stadt Halle RPL Lochau, resuelve la petición de decisión prejudicial planteada en el marco de un litigio entre, por una parte, la ciudad alemana de Halle y la sociedad RPL Recyclingpark Lochau GmbH (en lo sucesivo, RPL Lochau) y, por otra, la sociedad Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (en lo sucesivo, TREA Leuna) respecto a la regularidad de la adjudicación sin procedimiento de licitación pública de un contrato de servicios en relación con el tratamiento de residuos por la ciudad de Halle a RPL Lochau, cuyo capital pertenece mayoritariamente a la ciudad de Halle y en una fracción minoritaria a una sociedad privada.

RPL Lochau es una sociedad de responsabilidad limitada constituida en 1996. En su capital participan, por una parte, en una proporción del 75,1%, Stadtwerke Halle GmbH, cuyo socio único, Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle GmbH, pertenece íntegramente a la ciudad de Halle, y, por otra, en una proporción del 24,9%, una sociedad privada de responsabilidad limitada. El órgano jurisdiccional remitente califica a RPL Lochau como "sociedad participada del sector público", cuyo objeto social es la explotación de plantas de reciclado y eliminación de residuos. Se trataba pues de una sociedad mercantil participada mayoritariamente, de manera indirecta, por la ciudad de Halle.

Se planteó por el órgano jurisdiccional remitente esencialmente si, en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar con una sociedad privada jurídicamente distinta de ella en cuyo capital tiene una participación mayoritaria y sobre la cual ejerce cierto control un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, está siempre obligada a aplicar los procedimientos de licitación pública previstos en dicha Directiva por el mero hecho de que una empresa privada participe, incluso en una proporción minoritaria, en el capital de esta sociedad contratista. En definitiva, la cuestión se refiere a la situación particular de una sociedad denominada "de economía mixta", que opera con arreglo a las normas del Derecho privado, en relación con la obligación de una entidad adjudicadora de aplicar las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos cuando se cumplan los requisitos previstos en ellas.

A tal efecto señala el Tribunal de Justicia que una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir

ISBN: 978-84-612-8626-3

a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, y no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos (apartado 48). Es decir, el Tribunal de Justicia alude al ejercicio de la potestad organizatoria, pues los entes territoriales en cuanto poderes adjudicadores pueden decidir realizar las tareas que tienen encomendadas con sus propios medios personificados o no, o bien acudir a la colaboración externa.

Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está excluido que puedan darse otras circunstancias en las que la licitación no sea obligatoria aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Esto sucede en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan (doctrina de la sentencia Teckal). La participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Subraya el Tribunal de Justicia que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta.[5]

5. Asimismo, la STJCE de 18 de enero de 2007, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de Lyon, en el asunto J. Arroux, municipio de Roanne (Polonia) y Societé d'équipement de la Loire, relativa a la adjudicación sin procedimiento público de licitación de un contrato de obras para la construcción de un centro de ocio. En lo que aquí importa, el Tribunal de Justicia afirma en el apartado 64 que sobre una sociedad de economía mixta no puede ejercer una entidad adjudicadora un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, pues cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos distintos a los perseguidos por la autoridad pública. Un comentario a esta sentencia puede verse en ARIMANY LAMOGLIA, E. "La apertura al mercado de los encargos de ejecución de obras de urbanización conferidos directamente a sociedades del sector público: crónica del caso Centro de ocio de la ciudad de Roanne", REDA, 133, 2007, p. 65-88.

ISBN: 978-84-612-8626-3

Asimismo, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores (apartados 50 y 51).

De la sentencia Stadt Halle podemos concluir de manera clara que el concurso de accionistas privados en una sociedad mercantil rompe el lazo o nexo de control propio de los encargos *in house provinding*, que se define como "control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios". Lo que no obsta al hecho de que si en la sociedad de economía mixta la participación accionarial pública es mayoritaria o en virtud de los derechos de voto o facultades de nombramiento de más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia sean nombrados por una entidad adjudicadora, la referida sociedad reúna los requisitos de la influencia dominante propia de la noción de empresa pública. En otros términos, una empresa pública por el mero hecho de serlo no constituye un medio propio y servicio técnico de la Administración territorial matriz a efectos de la noción de encargos domésticos excluidos del Derecho comunitario de la contratación pública[6] al tratarse de negocios que carecen de naturaleza contractual. Por ende, no se identifican empresa pública y medio propio a efectos de la aplicación de la normativa de la contratación pública, tratándose de una práctica contraria al Derecho comunitario la

6. *Vid.* la actual Directiva 2006/111/CE, de 16 de noviembre, sobre transparencia de las relaciones financieras entre los estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas, cuyo artículo 2.b) define las "empresas públicas" como cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen.

Se presumirá que hay influencia dominante cuando, en relación con una empresa, el Estado u otras administraciones territoriales, directa o indirectamente: *i*) posean la mayoría del capital suscrito de la empresa; *ii*) dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, y *iii*) puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa. Asimismo, véase la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas, que constituye la trasposición a nuestro ordenamiento de la citada Directiva, desarrollada por el Decreto 1759/2007, de 28 de diciembre.

ISBN: 978-84-612-8626-3

mera declaración formal como medios propios de todas las empresas públicas de una administración, si no cumplen los requisitos que exige el TJCE. En este sentido, hay que citar, a modo de ejemplo, el Decreto 147/2000, de 10 de noviembre, de normas reguladoras de la contratación de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, cuyo artículo 9, bajo la rúbrica "Régimen jurídico de las actuaciones", que a título obligatorio llevan a cabo las empresas públicas dispone:

"1. Las empresas públicas de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares a que hace referencia el artículo 1.b) de la Ley 3/1989, de 29 de marzo, de entidades autónomas y empresas públicas y vinculadas a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, estarán obligadas a realizar, con la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, las obras, los trabajos y las actividades que les encarguen las diferentes consejerías del gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y los organismos de ella dependientes, en las materias que constituyan el objeto social de las empresas y, especialmente, aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren.

"Las obras, los trabajos y las actividades realizadas en estos temas se considerarán ejecutados por la propia Administración y, en consecuencia, tendrán el régimen previsto con esta finalidad en la Ley de contratos de las administraciones públicas."

Téngase en cuenta que a tenor del artículo 1.b) de la Ley 3/1989, de entidades autónomas y empresas públicas de las Islas Baleares, tienen la consideración de empresas públicas:

"1. Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia sometidas a la comunidad autónoma, pero que deban ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado.

"2. Sociedades civiles o mercantiles con participación mayoritaria de la comunidad autónoma, de las entidades autónomas de la misma o de las sociedades en que la comunidad autónoma o las entidades citadas tengan también participación mayoritaria en el capital social y aquellas entidades de Derecho público adscritas a la comunidad autónoma que deban ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado."

Por tanto, la citada normativa ampara la calificación general y meramente formal de medio propio de sociedades mercantiles públicas con participación privada, es decir, empresas mixtas, infringiendo el Derecho y la

ISBN: 978-84-612-8626-3

jurisprudencia comunitarios, confundiendo pues la noción de empresa pública y medio propio o servicio técnico a efectos de la exclusión de la contratación pública.

–Sentencia de 13 de enero de 2005, Comisión contra el Reino de España, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de las directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE, relativas respectivamente a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro y obras, al excluir del ámbito de aplicación del TRLCAP en el artículo 1.3 a las entidades de Derecho privado; y por otro, que es lo que ahora nos importa, al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación material del TRLCAP en el artículo 3.1.c) los convenios de colaboración que celebren las administraciones públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de las directivas. A juicio de la Comisión se trata de una exclusión absoluta, puesto que algunos de estos convenios pueden tener la misma naturaleza que los contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las referidas directivas, además de tratarse de una exclusión que no figura en las mismas.

Para el Tribunal de Justicia basta en principio que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera 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 y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan. Así, con invocación de la doctrina anteriormente asentada en la sentencia de 18 de noviembre de 1999 concluye en el apartado 40 que al excluir "a priori del ámbito de aplicación del Texto refundido las relaciones entre las administraciones públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, la normativa española de que se trata en el caso de autos constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las directivas 93/36 y 93/37". Por ende, el fallo declara el incumplimiento de España de las obligaciones que le incumben en virtud de las directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE al excluir del ámbito de aplicación del TRLCAP en el artículo 1.3 a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1.b) de cada una de las mencionadas directivas; al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto refundido y en concreto del artículo 3.1.c) de éste los

ISBN: 978-84-612-8626-3

convenios de colaboración que celebren las administraciones públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas directivas. Esta sentencia condenatoria motivó la modificación puntual del TRLCAP, reformando la redacción del apartado c) del artículo 3.1 y añadiendo un apartado l al mismo precepto, relativo a las encomiendas de gestión excluidas de la aplicación de la Ley, asunto sobre el que volveremos más adelante, al estudiar los medios propios y servicios técnicos en la LCSP.

–STJCE de 11 de mayo de 2006, Caso Carbotermo SpA, resuelve la petición prejudical planteada por el Tribunal Administrativo Regional de Lombardía en el marco de un litigio entre las empresas Carbotermo SpA (en lo sucesivo, Carbotermo) y Consorzio Alisei, por una parte, y el Comune di Busto Arsizio (en lo sucesivo, municipio de Busto Arsizio) y la empresa AGESP SpA (en lo sucesivo, AGESP), y por otra, relativo a la adjudicación a esta última de un contrato de suministro de combustible y de mantenimiento, adecuación a la normativa y actualización tecnológica de las instalaciones de calefacción de los edificios municipales.

AGESP Holding SpA (en lo sucesivo, AGESP Holding) es una sociedad anónima creada el 24 de septiembre de 1997, como resultado de la transformación de la Azienda per la Gestione dei Servizi Pubblici, empresa especial del municipio de Busto Arsizio. El 99,98% del capital social de AGESP Holding pertenece al municipio de Busto Arsizio, y los demás accionistas son los municipios de Castellanza, Dairago, Fagnano Olona, Gorla Minore, Marnate y Olgiate Olona, cada uno de ellos propietario de una acción. Por su parte, AGESP es una sociedad anónima creada por AGESP Holding y cuyo capital social pertenece en la actualidad en un 100% a AGESP Holding.

El Ayuntamiento alegó la exclusión del deber de licitación por considerar AGESP un medio propio exceptuando del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria de la contratación pública. La importancia de la sentencia Carbotermo radica, a nuestro juicio, en que en ella el Tribunal de Justicia abunda en la delimitación del requisito del "control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios". En efecto, según el Tribunal de Justicia el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, según los términos de la sentencia Teckal.

ISBN: 978-84-612-8626-3

Una vez más aflora la conclusión de que las empresas públicas mercantiles por el hecho de ser tales no son medio propio instrumental o servicio técnico de la Administración matriz a efectos de la exclusión de la contratación pública. La participación accionarial mayoritaria o exclusiva es un indicio no determinante de que el ente matriz poder adjudicador tiene una influencia dominante. Pero el control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios requiere un *plus*, toda vez que no se olvide que en Derecho comunitario rige la regla general de la igualdad y no-discriminación entre empresa pública y empresa privada que formula el artículo 86.1 del Tratado desde sus orígenes. Ese *plus* de control se caracteriza por el Tribunal de Justicia como la capacidad de influencia en los objetivos estratégicos y decisiones importantes de la empresa, lo que obliga a analizar las disposiciones y circunstancias del caso.

En el asunto Carbotermo el Tribunal de Justicia manifiesta que de los estatutos de AGESP Holding y AGESP se desprende que confieren al consejo de administración de cada una de ellas las más amplias facultades para la gestión ordinaria y extraordinaria de la sociedad. Dichos estatutos no reservan al municipio de Busto Arsizio ninguna facultad de control ni le atribuyen ningún derecho de voto especial para restringir la libertad de acción reconocida a ambos consejos de administración. En esencia, el control que el municipio ejerce sobre estas dos sociedades no va más allá de la capacidad de acción que el Derecho de sociedades reconoce a la mayoría de los socios, lo que limita considerablemente su capacidad para influir en las decisiones de ambas (apartado 38).

Además, la eventual influencia del municipio de Busto Arsizio en las decisiones de AGESP se ejerce a través de una sociedad *holding*. Según las circunstancias del caso, la intervención de un intermediario de este tipo puede debilitar el eventual control ejercido por el poder adjudicador sobre una sociedad anónima por el mero hecho de participar en su capital (apartado 39).

Asimismo, en el asunto Carbotermo el Tribunal de Justicia precisa respecto del requisito relativo a realizar la parte esencial de su actividad para la entidad que la controla que el volumen a tener en cuenta es el que se realiza en virtud de decisiones de adjudicación de la entidad adjudicadora. Cuando se trate de varias ha de considerarse cumplido cuando se realice mayoritariamente la parte esencial de su actividad para el conjunto de las entidades adjudicadoras que lo controlan, criterio ratificado en la STJCE de 19 de abril de 2007, asunto TRAGSA-ASEMFO.

ISBN: 978-84-612-8626-3

–La sentencia de 18 de diciembre de 2007 resuelve la petición de decisión prejudicial en el marco de un litigio entre la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (en lo sucesivo, Asociación Profesional) y la Administración General del Estado, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (en lo sucesivo, Ministerio), en relación con la decisión de este último de adjudicar los servicios postales, sin licitación pública previa, a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA (Correos).

El artículo 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, prevé que las administraciones públicas podrán celebrar los convenios de colaboración a los que se refiere el artículo 3 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, con Correos, para la prestación de las actividades que corresponden a su objeto social. A tenor del artículo 58 de la Ley 14/2000, la posibilidad de celebrar los convenios de colaboración de que se trata no se circunscribe a los servicios postales no liberalizados o reservados, sino que comprende la gestión y explotación de cualesquiera servicios postales, sin distinguir ni limitarse, por tanto, al servicio postal universal y dentro de éste a los reservados.

La Asociación Profesional interpuso recurso ante el Ministerio contra la resolución administrativa que, mediante el convenio de colaboración, había adjudicado servicios postales liberalizados sin licitación pública previa. El Ministerio consideró que no había celebrado ningún contrato con Correos, sino que esta entidad presta sus servicios en virtud de un convenio de colaboración celebrado con arreglo al artículo 3, apartado 1, letra d), de la Ley de contratos de las administraciones públicas y al artículo 58, apartado 2, párrafo quinto, de la Ley 14/2000. Contra esta resolución denegatoria del Ministerio la Asociación Profesional interpuso un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: si el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales –tanto reservados como no reservados– a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado miembro.

ISBN: 978-84-612-8626-3

Con relación a los servicios postales reservados con arreglo a la Directiva 97/67 el Tribunal de Justicia declara que el artículo 7 de la Directiva 97/67 autoriza a los estados miembros a reservar determinados servicios postales al proveedor o proveedores del servicio postal universal, en la medida en que sea necesario para el mantenimiento de dicho servicio postal universal. Por consiguiente, siempre que se hayan reservado, de conformidad con la citada Directiva, servicios postales a un único proveedor del servicio postal universal, será inevitable que tales servicios queden al margen de la competencia. Por lo que atañe a tales servicios reservados, no resultan aplicables las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, cuyo objetivo principal es la libre circulación de las mercancías y de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los estados miembros (apartados 40 y 41).

Otra cosa sucede respecto de los servicios no reservados, donde a su vez distingue en función de si alcanzan o no los umbrales del Derecho comunitario.

En el supuesto de que se haya alcanzado el referido umbral, se suscita la cuestión de determinar si el convenio de colaboración constituye efectivamente un contrato en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50. En efecto, el Gobierno español considera que el citado convenio de colaboración no reviste carácter contractual sino instrumental, dado que Correos no tiene ninguna posibilidad de negarse a celebrar tal convenio, sino que debe aceptarlo obligatoriamente. Sin embargo, el Tribunal de Justicia pone de relieve la distinta situación de Correos con relación a TRAGSA, pues "Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal, tiene un cometido totalmente distinto, que implica en particular que su clientela está compuesta por cualquier persona interesada en utilizar el servicio postal universal. El mero hecho de que Correos no disponga de libertad alguna ni en lo que atañe a la aceptación y ejecución de los encargos del Ministerio ni en cuanto a la tarifa aplicable a los servicios que presta no puede tener como consecuencia automática el que no se haya celebrado ningún contrato entre ambas entidades" (apartado 53).

En efecto, tal situación no es necesariamente diferente de la que existe cuando un cliente privado quiere utilizar los servicios de Correos que forman parte del servicio postal universal, puesto que del propio cometido del proveedor de este servicio se desprende que, en tal supuesto, también está

ISBN: 978-84-612-8626-3

obligado a prestar el servicio solicitado, y ello, en su caso, a tarifas fijas o, de todos modos, a tarifas transparentes y no discriminatorias. Pues bien, no cabe duda alguna de que tal relación debe calificarse de contractual. Tan sólo en el supuesto de que el convenio celebrado entre Correos y el Ministerio fuera en realidad un acto administrativo unilateral que impusiera obligaciones exclusivamente a cargo de Correos, acto que se apartaría sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de dicha sociedad –extremo que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente–, podría llegarse a la conclusión de que no existe contrato alguno y de que, por consiguiente, no resulta aplicable la Directiva 92/50 (apartado 54). En el marco de tal verificación, el órgano jurisdiccional remitente habrá de examinar si Correos dispone de la capacidad de negociar con el Ministerio el contenido concreto de los servicios que debe prestar y las tarifas aplicables a tales servicios.

Según el Gobierno español el convenio de colaboración no puede estar sujeto a las normas que regulan los contratos públicos, dado que concurren los criterios *in house*. Mas para el Tribunal de Justicia, sin que resulte necesario analizar con mayor detenimiento la cuestión de si se cumple el requisito del "control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios", no se cumple el segundo requisito. En efecto, consta que Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal en España, no realiza la parte esencial de su actividad con el Ministerio ni con la Administración pública en general, sino que dicha sociedad presta servicios postales a un número indeterminado de clientes del referido servicio postal (apartado 59). El Gobierno español alega, no obstante, que las relaciones que vinculan a la Administración pública con una sociedad titular de un derecho exclusivo son, por su propia naturaleza, relaciones de exclusiva, lo que supone un estadio superior al de "actividad esencial". Correos es titular de un derecho exclusivo debido al hecho de que dicha sociedad está obligada a prestar a las administraciones públicas los servicios que constituyen su objeto social, que incluye tanto los servicios reservados como los no reservados (apartado 60).

Aun suponiendo que la referida obligación pudiera calificarse efectivamente de derecho exclusivo –extremo cuya apreciación incumbiría al órgano jurisdiccional remitente–, tal derecho no es idóneo para, en el marco del análisis que debe efectuarse en lo que atañe a los dos requisitos del *in house*, satisfacer la exigencia según la cual el proveedor de servicios de que se trate debe realizar la parte esencial de su actividad con el

ISBN: 978-84-612-8626-3

ente o entes públicos que lo controlan (apartado 61). Para el Tribunal de Justicia esta última exigencia tiene por objeto, en particular, garantizar que la Directiva 92/50 siga siendo aplicable en el caso de que una empresa controlada por uno o varios de estos entes opere en el mercado y pueda competir, por tanto, con otras empresas. Pues bien, consta que Correos opera en el mercado postal español y que, salvo en lo que atañe a los servicios reservados con arreglo a la Directiva 97/67, compite en dicho mercado con otras empresas postales (apartado 62). Por consiguiente, procede concluir que un convenio de colaboración como el controvertido en el litigio principal no puede, por ello, quedar al margen de la aplicación de la Directiva 92/50 (apartado 63).

A la hora de aquilatar la relación entre los derechos exclusivos y el requisito de llevar a cabo la parte esencial de la actividad con el ente o entes que lo controlan señala el Tribunal de Justicia que aunque la existencia de un derecho exclusivo puede justificar la no aplicación de la Directiva 92/50, dado que, a tenor de su artículo 6, dicha Directiva "no se aplicará a los contratos públicos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo a la letra b) del artículo 1, sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado", en cualquier caso, no se cumple el tercero de los mencionados requisitos, según el cual la disposición que atribuya el derecho exclusivo debe ser compatible con el Tratado (apartado 65).

En efecto, aun suponiendo que la disposición nacional de que se trata atribuya al proveedor nacional del servicio postal universal el derecho exclusivo a prestar a las administraciones públicas los servicios postales no reservados con arreglo al artículo 7 de la Directiva 97/67 –servicios a los que se circunscribe el presente análisis–, dicha disposición nacional es incompatible con la finalidad de esta Directiva (apartado 66). Los estados miembros no pueden ampliar según su voluntad los servicios reservados a los proveedores del servicio postal universal en virtud del artículo 7 de la Directiva 97/67, ya que tal ampliación sería contraria a la finalidad de dicha Directiva, que persigue establecer una liberalización progresiva y controlada en el sector postal (apartado 67).[7]

7. *Vid.* STJCE de 11 de marzo de 2004, Asempre y Asociación Nacional de Empresas de externalización y Gestión de Envíos y Pequeña Paquetería, C240/02, Rec. p. I-2461 (apartado 24).

ISBN: 978-84-612-8626-3

Esta constatación no sólo es válida para una reserva horizontal, es decir, para la reserva de un determinado servicio postal en cuanto tal, sino que, en aras de garantizar el efecto útil del artículo 7 de la Directiva 97/67, también lo es para la reserva vertical de un servicio de este tipo que consista en la prestación exclusiva de servicios postales a determinados clientes. En efecto, la aplicación de la normativa española controvertida en el litigio principal supondría que, en la práctica, todos los servicios postales que cualquier entidad pública española necesitara podrían ser potencialmente prestados por Correos, con exclusión de cualquier otro operador postal, lo que resultaría manifiestamente contrario a la finalidad de la citada Directiva. En conclusión, la Directiva 92/50 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50 y constituyan contratos celebrados por escrito y a título oneroso (apartado 69).

Pese a que determinados contratos no están comprendidos en el ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebren están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado y en particular el principio de no-discriminación por razón de la nacionalidad. Este criterio se aplica con mayor razón aun cuando se trata de contratos públicos de servicios cuyo valor no supera los umbrales fijados por la Directiva 92/50. El mero hecho de que el legislador comunitario haya considerado que los procedimientos especiales y rigurosos previstos en las directivas sobre contratos públicos no son adecuados cuando los contratos públicos son de escaso valor no significa que éstos estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Entre las disposiciones del Tratado aplicables específicamente a los contratos públicos de servicios cuyo valor no alcanza los umbrales fijados por la Directiva 92/50 figuran los artículos 43 del CE y 49 del CE.

Los principios de igualdad de trato y de no-discriminación por razón de la nacionalidad implican una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública adjudicadora se asegure de que los mencionados

ISBN: 978-84-612-8626-3

principios son respetados y consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia los contratos de prestación de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (apartado 75). En principio, la falta total de licitación en la adjudicación de un contrato público de servicios no responde a los requisitos de los artículos 43 del CE y 49 del CE ni a los principios de igualdad de trato, no-discriminación y transparencia (apartado 76).

Interesantes son las consideraciones del Tribunal de Justicia con respecto al invocado artículo 86 del CE (apartados 77-83). De la lectura conjunta de los apartados 1 y 2 del artículo 86 del CE resulta que el apartado 2 de éste puede invocarse para justificar la concesión, por parte de un Estado miembro, a una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general, de derechos especiales o exclusivos contrarios a las normas del Tratado, en la medida en que el cumplimiento de la misión específica a ella confiada no pueda garantizarse sino mediante la concesión de tales derechos y siempre que el desarrollo de los intercambios comerciales no resulte afectado de una forma contraria al interés de la Comunidad. Una empresa como Correos, a la que se ha encargado, con arreglo a la normativa de un Estado miembro, garantizar el servicio postal universal, constituye una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general en el sentido del artículo 86.2 del CE. No obstante, aun suponiendo que la obligación de proporcionar a las administraciones públicas los servicios que constituyen el objeto social de Correos pudiera considerarse como un derecho exclusivo en beneficio de esta última, es preciso hacer constar que no puede invocarse el artículo 86.2 del CE para justificar una normativa nacional como la controvertida en la medida en que ésta se refiera a los servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67.

En efecto, la Directiva 97/67 desarrolla el artículo 86 del CE, apartado 2, en lo que atañe a la posibilidad de reservar determinados servicios postales al proveedor del servicio postal universal. Mas el TJCE ya ha declarado que los estados miembros no pueden ampliar según su voluntad los servicios reservados a los proveedores del servicio postal universal, ya que tal ampliación sería contraria a la finalidad de dicha Directiva, que persigue establecer una liberalización progresiva y controlada en el sector postal. En este contexto, procede recordar que, en el marco de la Directiva 97/67, se tiene en cuenta la cuestión de saber si reservar deter-

ISBN: 978-84-612-8626-3

minados servicios postales al proveedor del servicio postal universal es necesario para que dicho servicio postal universal pueda prestarse en condiciones económicamente aceptables.[8] Por consiguiente, tratándose de los servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67, el artículo 86 del CE, apartado 2, no puede servir de fundamento para justificar el derecho exclusivo, en beneficio del proveedor del servicio postal universal, a prestar tales servicios a las administraciones públicas.

No obstante, el Gobierno español alega que, debido a su carácter instrumental y no contractual, el convenio de colaboración no puede estar sujeto a las normas en materia de adjudicación de contratos públicos, pues Correos no tiene ninguna posibilidad de negarse a celebrar un convenio de colaboración como el controvertido. Para el Tribunal de Justicia tan sólo en el supuesto de que el convenio de colaboración fuera en realidad un acto administrativo unilateral que impusiera obligaciones exclusivamente a cargo de Correos, acto que se apartaría sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de dicha sociedad –extremo que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente–, podría llegarse a la conclusión de que tal convenio no está sujeto a las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos (apartados 84 y 85).

Para el Tribunal de Justicia los artículos 43, 49 y 86 del CE como los principios de igualdad de trato, no-discriminación por razón de la nacionalidad y transparencia deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que permite que las administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique no alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50 y no constituyan, en realidad, un acto administrativo unilateral que imponga obligaciones exclusivamente a cargo del proveedor del servicio postal universal y que se aparte sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de este último, extremo cuya verificación corresponde al órgano jurisdiccional remitente (apartados 86, 87 y 88).

8. STJCE de 15 de noviembre de 2007, International Mail Spain, C162/06, Rec. p. I-0000 (apartado 50).

ISBN: 978-84-612-8626-3

1.2. La jurisprudencia del TJCE en torno a TRAGSA

El tratar específicamente el caso TRAGSA se debe al impacto que ha tenido en España y sobre todo porque a nuestro juicio la LCSP ha positivizado con carácter general la desacertada doctrina alumbrada por el TJCE en la sentencia de 19 de abril de 2007. Asimismo, ello nos permite hacer referencia a los modelos autonómicos análogos a TRAGSA, como por ejemplo el caso de la Empresa Pública de Gestión Medioambiental de Andalucía, así como su utilización por los entes locales.

La constitución de la Sociedad Estatal Empresa de Transformación Agraria, SA[9] fue autorizada por el Decreto 379/1977, de 22 de enero. Desde su origen TRAGSA nace como un medio propio de la Administración resultado de la personificación del Parque de Maquinaria del IRYDA, vinculado al campo del desarrollo agrario. Ya la exposición de motivos del referido Decreto 379/1977 explica que se persigue realizar "a través de una empresa investida de personalidad jurídica en el campo del Derecho privado los trabajos actualmente encomendados al Parque de Maquinaria del Instituto, trabajos que no pueden confiarse a empresas particulares por la especialización que requieren, por su dispersión en el espacio y en el tiempo, por la necesidad de cumplir programas de trabajos que no admiten demoras, o porque son obras de escasa o nula rentabilidad en los casos en que el Gobierno, con motivo de huracanes o calamidades similares, ordena al Instituto actuaciones de urgencia en socorro de los damnificados".

Tras sucesivas modificaciones, su régimen jurídico se establece en el artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, en cuyo desarrollo se aprueban sus estatutos por el Decreto 371/1999, de 5 de marzo, aún vigentes, en sustitución del Decreto 379/1977. El artículo 1 del Decreto 371/1999 dispone que su objeto es regular el régimen jurídico, económico y administrativo de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA) y sus filiales en sus relaciones con las administraciones públicas, en el ámbito de la acción administrativa dentro o fuera del territorio nacional, en su condición de medio propio instrumental y servicio técnico de las mismas. El resto de las actuaciones empresariales de TRAGSA y sus filiales se regirán por las normas de general aplicación a las sociedades mercantiles. Según dispone el artículo 2:

9. *Vid.* ampliamente sobre el régimen jurídico de TRAGSA y sus filiales AMOUEDO SOUTO, C. *TRAGSA. Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004.

ISBN: 978-84-612-8626-3

"El capital social de la sociedad estatal TRAGSA será íntegramente de titularidad pública. Las comunidades autónomas interesadas podrán participar en el capital social de TRAGSA mediante cualquiera de los instrumentos jurídicos previstos en el ordenamiento, previa autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, a propuesta de los ministerios de Agricultura, Pesca y Alimentación y de Medio Ambiente."

Por lo que se refiere a su régimen jurídico, del artículo 3 interesa destacar:

"1. TRAGSA y sus filiales son medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado, de cada comunidad autónoma que así lo disponga y de los organismos dependientes de aquélla y de éstas.

"Los diferentes departamentos o consejerías de las citadas administraciones públicas, así como sus organismos dependientes y las entidades de cualquier naturaleza vinculadas a aquéllas para la realización de sus planes de actuación, podrán encomendar a TRAGSA o a sus filiales los trabajos y actividades que precisen para el ejercicio de sus competencias y funciones, así como las que resulten complementarias o accesorias, de acuerdo con el régimen establecido en este Real decreto.

"2. TRAGSA y sus filiales están obligadas a realizar los trabajos y actividades que le sean encomendados por la Administración. Dicha obligación se refiere, con carácter exclusivo, a los encargos que les formule como su medio propio instrumental y servicio técnico, en las materias que constituyen su objeto social.

"[…] 6. Las relaciones de TRAGSA y sus filiales con las administraciones públicas en su condición de medio propio y servicio técnico tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado."[10]

10. Desde la constitución de TRAGSA, el Estado ha mantenido una participación directa a través del Patrimonio Nacional del 20%, mientras que del 80% restante han sido titulares el IRYDA, el ICONA, Parques Nacionales y el organismo autónomo Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA). Desde el 21 de febrero del 2003, por acuerdo de Consejo de Ministros, se procedió a reestructurar el grupo de empresas participadas por el Estado, entre ellas TRAGSA, a través de la Dirección General del Patrimonio y del Grupo Societario de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI). Igualmente, se han ido incorporando también al accionariado de la empresa las comunidades autónomas de Madrid, Castilla-La Mancha, Cantabria y Navarra.

A su vez, TRAGSA es matriz de un grupo empresarial constituido por las sociedades filiales Tecnologías y Servicios Agrarios, SA (Tragsatec), Sanidad Animal y Servicios Ganaderos, SA (Tragsega), y Producción y Tecnología de Prefabricados (PTP), en España; Trapsa, en Portugal; Cytasa-Decypar, en Paraguay, y la participada Albaida.

ISBN: 978-84-612-8626-3

1.2.1. STJCE de 8 de mayo de 2003, relativa a los gastos derivados del establecimiento del registro oleícola financiados por el FEOGA

El artículo 3, apartado 5, párrafo primero, del Reglamento 154/1975 define los gastos que se consideran imputables en función de la calificación jurídica del operador encargado de la ejecución de los trabajos de establecimiento del registro oleícola, que puede ser tanto la propia Administración como quien haya contratado con ella. Así, pueden financiarse bien los gastos derivados de los contratos celebrados con los operadores privados, bien los costes distintos de los de gestión y control de los trabajos cuando sean los servicios propios de la Administración quienes los ejecuten. En consecuencia, si se demuestra que TRAGSA actúa en realidad como servicio de la Administración pública española, la negativa a financiar entre otros el beneficio del adjudicatario estará justificada.

El Tribunal de Justicia analiza el régimen de TRAGSA establecido en el artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y confirma el régimen jurídico especial de que disfruta esta empresa desde su creación, como un "medio propio instrumental y un servicio técnico de la Administración". A tenor de la citada disposición está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o a través de sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes. Su capital es público. Por lo que concluye que un organismo de esta índole, que pese a su autonomía financiera y contable está plenamente sujeto al control del Estado, debe considerarse uno de los servicios propios de la Administración española en el sentido del Reglamento 154/1975. En el apartado 203 de la sentencia el Tribunal de Justicia recuerda

Tragsatec, constituida en 1990, ha alcanzado un importante puesto en la ingeniería y consultoría europea de vanguardia, gracias al desarrollo y la utilización de avanzada tecnología, especialmente en su aplicación directa al conocimiento y uso del territorio y a la gestión de sus recursos.

Por su parte, Tragsega, constituida el 20 de diciembre de 2001, es la empresa de más reciente creación, especializada en actuaciones en el ámbito ganadero y de la sanidad animal. Tragsega es hoy una empresa de servicios altamente especializada, implantada en el territorio nacional y dedicada a la lucha integral contra las enfermedades de los animales, a la ordenación y control de las explotaciones e industrias ganaderas, la aplicación de tecnología de la información en este sector, así como a una innovadora línea de investigación y desarrollo.

El grupo TRAGSA está actualmente integrado en la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales.

ISBN: 978-84-612-8626-3

que el FEOGA financia únicamente las intervenciones emprendidas según las normas comunitarias en el marco de la organización común de los mercados agrícolas. Si bien es cierto que el incumplimiento de otras normas distintas de las relativas a dicha organización no conlleva automáticamente una corrección financiera en concepto de liquidación de cuentas del FEOGA, no lo es menos que en virtud del artículo 8, apartado 1, del Reglamento 729/1970, los estados miembros deben asegurarse de la regularidad de las operaciones, por lo que las operaciones efectuadas infringiendo lo dispuesto en la normativa comunitaria relativa a los contratos públicos no pueden considerarse, en este sentido, regulares. Se desprende de ello que, el incumplimiento de dicha normativa puede, en principio, justificar una corrección financiera.

Respecto a las consecuencias de considerar a TRAGSA como parte de la Administración pública, el Tribunal de Justicia recuerda que ha admitido una excepción a la aplicación de las directivas en materia de adjudicación de contratos públicos llamada *in house provinding*, relativa a los contratos celebrados por una entidad adjudicadora con determinados organismos públicos vinculados a ella. Los límites de esta excepción se detallaron, en particular, en las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal, y de 7 de diciembre de 2000, ARGE. Y llega a la conclusión de que esto es lo que sucede en el presente asunto. En efecto, TRAGSA es un medio propio instrumental a tenor de su régimen jurídico, es una sociedad estatal en cuyo capital social pueden participar las comunidades autónomas mediante la adquisición de acciones (apartado 204). Por lo que estima que las autoridades españolas podían encomendar legítimamente a TRAGSA los trabajos relativos a la implantación del registro oleícola sin recurrir al procedimiento de licitación (apartados 205 y 206).

1.2.2. La STJCE de 19 de abril de 2007, cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el caso ASEMFO

Merece especial atención la STJCE de 19 de abril de 2007, y no precesamente por su calidad técnica, que queda muy por debajo de las conclusiones del Abogado General Sr. L. A. Geelhoed. La LCSP ha positivizado la polémica doctrina del asunto ASEMFO-TRAGSA al delimitar con caracter general la noción de medio propio o servicio técnico de la Administración excluido del ámbito de aplicación de la norma. Asimismo, el legislador español ha optado, con discutible acierto técnico, por incluir en la LCSP una disposición espe-

ISBN: 978-84-612-8626-3

cífica, la disposición adicional trigésima, dedicada al régimen jurídico de TRAGSA y sus filiales, inspirada en la referida sentencia. Fácilmente se advierten los riesgos que conlleva la opción de "codificar" la doctrina de una sentencia discutida sobre una materia, los encargos *in house*, cuyos perfiles se encuentran en proceso de construcción por el TJCE.

1.2.2.1. El auto del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2005 (RAJ 4119) de planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJCE[11]

Para el Tribunal Supremo en principio parece clara la configuración de TRAGSA como medio propio de la Administración en virtud del artículo 88 de la Ley 66/1997, lo que respaldaría plenamente las afirmaciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Audiencia Nacional. No sería sino una actuación propia de la Administración al margen del sistema de libre competencia y del mercado. La libre competencia no se vería afectada, ya que TRAGSA, pese a su configuración como empresa pública con personalidad jurídica propia, no entra en el juego de la libre competencia, sino que se limita a ejecutar las intervenciones que la Administración le ordena, sin capacidad ni de negarse a actuar, ni para determinar los precios y costes de la actuación. En definitiva, una forma de actuar directamente por la propia Administración.

En efecto, nuestra normativa de contratos ha contemplado de manera tradicional la "autocontratación" o excepción al sometimiento de la Administración a procedimientos públicos de licitación, aunque de manera restrictiva. Así, según el artículo 60 de la LCE, de 8 de abril de 1965, "sólo podrán ser ejecutadas directamente por la Administración las obras en las que concurran algunas de estas circunstancias: l. Que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales, suficientemente aptos para la realización de las obras proyectadas, en cuyo

11. El origen del pleito que enfrenta a la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) y TRAGSA se encuentra en la denuncia por parte de dicha asociación ante el Servicio de Defensa de la Competencia por abuso de posición dominante de TRAGSA, denuncia que es archivada por dicho servicio al entender que tiene la consideración de medio propio, y que por ende actúa fuera del mercado. ASEMFO recurre ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, que por la Resolución de 30 de marzo de 1998 procede a la desestimación, confirmando la consideración de medio propio de TRAGSA. La resolución del TDC es recurrida por ASEMFO ante la Audiencia Nacional, cuya sentencia desestima el recurso y confirma la precedente resolución del TDC. Finalmente, ASEMFO impugna la sentencia de la Audiencia Nacional en casación ante el Tribunal Supremo.

ISBN: 978-84-612-8626-3

caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución".[12] Y en parecidos términos se expresan los artículos 153 de la LCAP 13/1995 y el artículo 152 del TRLCAP.[13]

Mas la clave del planteamiento de la cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo se centra en los problemas que se suscitan con la compatibilidad de los principios generales del Derecho comunitario la posibilidad de que por medio de una participación directa de la Administración y haciendo uso de la habilitación legal contemplada en las leyes reguladoras de la contratación pública, la Administración asuma por medio de una sociedad pública que recibe la consideración legal de medio propio, un número tal de contratos que altere de manera decisiva

12. Véase como muestra de dicha interpretación restrictiva el informe 7/1996, de 19 de diciembre, de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, adoptado como informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre la viabilidad de la celebración de contratos entre la Comunidad de Madrid y TRAGSA, al amparo de los convenios suscritos con dicha empresa:

"La interpretación del alcance de este precepto [artículo 153.1.a)] no admite lugar a dudas. Del mismo se deduce la necesidad de que los servicios de que disponga la Administración para la ejecución de la obra sean internos de la misma, quedando excluidos los supuestos de personificación de los servicios en empresas o entes públicos.

"Esta conclusión se funda tanto en una interpretación puramente literal del precepto como en la propia lógica del mismo.

"Desde un punto de vista estrictamente gramatical, la Ley utiliza sustantivos con significados bien definidos, sobre todo, diferenciados de los que emplea en otros artículos para referirse a otros sujetos de Derecho público o privado con personalidad jurídica propia y diferenciada de las llamadas administraciones generales. […]

"El significado de los términos empleados en el artículo 153.1.a) y la evidente diferencia entre los mismos y los empleados en los artículos citados (artículo 1.3, 2 y disposición adicional 6), llevan a la conclusión de que el citado precepto permite la ejecución directa de obras por la Administración cuando cuente con servicios internos, orgánica y funcionalmente integrados en la estructura de la propia Administración y, por tanto, con personalidad jurídica propia, que puedan realizar la obra proyectada.

"A esta misma conclusión lleva la lógica del precepto. Los artículos 153 y 154 regulan supuestos de ejecución de obras sin contrato administrativo, bastando, conforme al apartado 2 del artículo 153, la redacción del correspondiente proyecto.

"Las obras ejecutadas por la Administración a través de sujetos de Derecho público con personalidad jurídica propia no estarían exentas de la celebración del correspondiente contrato, por cuanto la diferente personalidad jurídica de las dos partes exigiría la firma de un documento formal que recogiera las prestaciones de las partes y, en definitiva, sus derechos y obligaciones.

"Resumiendo las anteriores consideraciones, ha de concluirse que la ejecución de obras por empresas públicas y demás entes de Derecho público no puede considerarse como ejecución de obras por la propia Administración, por lo que se someterán al régimen general de los contratos administrativos de obras. La ejecución directa en estos supuestos sería contraria a los principios de publicidad y concurrencia que inspiran la contratación administrativa.

ISBN: 978-84-612-8626-3

el mercado relevante de obras, proyectos y servicios forestales. A diferencia del caso resuelto por la sentencia del TJCE de 8 de mayo de 2003, en el presente asunto la parte demandante ha puesto de relieve unas circunstancias de hecho no consideradas en la citada sentencia, como lo es la mencionada participación de la empresa pública en un determinado

"Quedarán exceptuados de la anterior consideración aquellos sujetos con personalidad jurídica propia cuyas normas creadoras o reguladoras, con rango de ley, establezcan regímenes especiales. […]

"La exclusión de las empresas públicas del contenido del artículo 153.1 de la LCAP debe extenderse a la fabricación de muebles por la propia Administración regulada en los artículos 195 y 196 de la propia Ley […].

"2. La conclusión a que se ha llegado en el anterior fundamento de este informe es íntegramente aplicable a TRAGSA. A este respecto afirma: 'TRAGSA es una sociedad estatal en la que el capital pertenece a diversos organismos del Estado. La Comunidad de Madrid no tiene participación ni en el capital, ni en la gestión y administración de la sociedad estatal'.

"Las sociedades estatales y demás empresas públicas, a pesar de tener personalidad jurídica independiente y diferenciada de la Administración que las ha creado, tienen estrechas vinculaciones con las mismas, tanto en su creación como en su funcionamiento. Sin embargo, TRAGSA es un sujeto absolutamente ajeno a la Comunidad de Madrid, por lo que ésta carece de cualquier facultad o poder respecto de aquélla, que no derive de los convenios bilaterales que tenga suscritos.

"La inexistencia de poderes o facultades específicos respecto de TRAGSA unilateralemente determinadas por la Comunidad de Madrid, supone que ni en la interpretación más libérrima del término, puede calificarse esta sociedad estatal como medio propio de la Administración autonómica. En definitiva, TRAGSA es un medio ajeno a la Comunidad de Madrid a efectos de los artículos 153 y 194 de la Ley 13/1995.

"La segunda consideración objeto del informe es la relativa a la vigencia del Convenio de 23 de mayo de 1988 suscrito por la Agencia de Medio Ambiente y TRAGSA tras la entrada en vigor de la Ley 13/1995. El referido convenio establece un sistema de encargos directos de obras y servicios por parte de la Agencia de Medio Ambiente, sin sumisión a publicidad ni procedimiento alguno y que se califican como ejecución por la propia Administración. El convenio establecía pues, las condiciones para la realización de unos encargos que según JCCA no encajan en el artículo 153.1 de la LCAP. Se trata de contratos administrativos sometidos al régimen de la Ley 13/1995. En conclusión, según el informe, el citado Convenio no respeta la LCAP, siendo sus disposiciones contrarias a la Ley, 'no podrán realizarse ulteriores encargos de obras o servicios por el especial procedimiento previsto en el mismo. Igualmente, siendo inaplicables sus disposiciones, deberá procederse a su denuncia, permaneciendo el convenio vigente pero inaplicable en tanto se produzca la efectividad de esa denuncia'."

13. En efecto, el artículo 153 de la Ley 13/1995, de contratos de las administraciones públicas (LCAP), en su redacción originaria preveía que la ejecución de obras por la propia Administración podrá verificarse por los propios servicios de la misma a través de sus medios personales o reales o con la colaboración de empresarios particulares, siempre que en este último caso su importe sea inferior a […] cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

ISBN: 978-84-612-8626-3

mercado, el de las obras de naturaleza agrícola en un grado tan destacado que pudiera producir una alteración substancial del mismo, por mucho que la actuación de la referida empresa sea formalmente ajena al mercado, en la medida que desde un punto de vista jurídico sea la propia Administración la que actúa.

La cuestión prejudicial se plantea, pues, por el Tribunal Supremo en los siguientes términos:[14]

"1° Si es admisible en los términos del artículo 86.1 del TCE que un Estado miembro atribuya *ex lege* a una empresa pública un régimen de exclusión de la contratación pública, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o de interés público tanto por debajo como superando el umbral de las directivas comunitarias.

"2º Si un régimen semejantes es compatible con lo establecido en las directivas comunitarias de contratación pública y en la Directiva 2004/18/CEE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo.

"3° Si la sentencia 8 de mayo de 2003 y el resto de jurisprudencia es aplicable a TRAGSA y sus filiales teniendo en cuenta que la Administración

"que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas, servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la obra proyectada, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución."

Y en análogos términos se manifestaba el artículo 152 del TRLCAP.

14. El Tribunal Supremo ha tenido anteriormente ocasión de pronunciarse sobre el caso ASEMFO-TRAGSA en la sentencia de 18 de diciembre de 2003 (RAJ 2004/466), que desestima el recurso en el que ASEMFO impugna la adenda al Convenio interadministrativo entre el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y el Ministerio de Medio Ambiente y TRAGSA. ASEMFO sostiene que la declaración de medio propio de TRAGSA infringe el Derecho de la competencia y las directivas comunitarias de la contratación pública. En dicha ocasión, el Tribunal Supremo se limita a declarar que TRAGSA no vulnera las normas de la contratación pública, pues el artículo 153 de la LCAP regula la ejecución de obras por la Administración. Asimismo, afirma que el artículo 128.2 de la CE debe interpretarse entendiendo que no sólo admite que los entes públicos sean titulares de actividades económicas, sino también que realicen obras por medios propios como una manifestación de la iniciativa económica. Es patente la incorrección de dicha afirmación, toda vez que el fundamento de la noción de medio propio o servicio técnico de la Administración se encuentra en el ejercicio de la potestad autoorganizatoria, por lo que no puede ser una manifestación de la potestad de iniciativa pública en la economía, que contempla el artículo 128.2 de la CE invocado, que implica una actuación en y para el mercado.

Por último, respecto de la alegación de la vulneración de las normas de la competencia a nivel comunitario, el Tribunal Supremo no entra a su examen al no haber sido discutidas *ad hoc* ni ser relevantes ni determinantes del fallo por tratarse de un recurso de casación.

ISBN: 978-84-612-8626-3

encarga a TRAGSA un elevado número de obras que quedan detraídas del régimen de libre concurrencia y que esta circunstancia pudiera suponer distorsión significativa del mercado relevante."

1.2.2.2. Una sentencia polémica

A nuestro juicio la clave del acertado planteamiento de la cuestión prejudicial es haber puesto frontalmente en relación los medios propios o servicios técnicos con el artículo 86.1 del Tratado, que establece que "los estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado CE, especialmente las previstas en los artículos 12 del CE y 81 del CE a 89 del CE, ambos inclusive". Sin embargo, esta fundamental cuestión ha sido inadmitida por el TJCE, al considerar que ha sido mal planteada, pues el Tribunal de Luxemburgo ha estimado que la resolución de remisión no contiene indicaciones precisas sobre la existencia de una posición dominante, sobre la explotación abusiva de la misma por parte de TRAGSA ni sobre la repercusión de dicha posición dominante en el comercio entre los estados miembros. Por consiguiente, según el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ofrecer una respuesta útil a la primera cuestión.

En cuanto a la consideración de TRAGSA y sus filiales como medio propio instrumental de la Administración del Estado y de las comunidades autónomas, el Tribunal de Justicia procede a analizar en el caso de autos los requisitos establecidos desde la sentencia Teckal. Respecto del requisito relativo al control de la autoridad pública, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí sólo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Resulta de los autos, que el 99% del capital social de TRAGSA pertenece al Estado español, directamente y a través de una sociedad holding y de un fondo de garantía, y que cuatro comunidades autónomas, titulares cada una de una acción, poseen el 1% de dicho capital. Según el Tribunal de Justicia, no cabe acoger la tesis de que sólo se cumple este requisito para los trabajos realizados por encargo del Estado español. Para el Tribunal de Justicia del artículo 88, apartado 4, de la Ley 66/1997 y de los artículos 3, apartados 2 a 6, y 4, apartados 1 y 7, del Real decreto 371/1999 parece derivarse que TRAGSA está obligada a

ISBN: 978-84-612-8626-3

realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos, incluidas las comunidades autónomas, pues al igual que ocurre en sus relaciones con el Estado español, TRAGSA no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones. Sus relaciones con dichas comunidades no tienen naturaleza contractual, por lo que concluye que TRAGSA no puede tener la consideración de tercero con respecto a las comunidades autónomas que poseen una parte de su capital (apartados 57 a 61).

Al considerar que TRAGSA es medio propio de las comunidades autónomas que en conjunto poseen sólo el 1% del capital social, el Tribunal de Justicia realiza una de sus afirmaciones más discutibles. Y es discutible con su propia doctrina,[15] toda vez que como ya se ha señalado en la sentencia de 11 de mayo de 2006 caso Carbotermo afirmó que la participación accionarial exclusiva no es suficiente, aunque sí un indicio del control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios. Por tanto, la participación accionarial es un requisito necesario aunque no suficiente, pues requiere el concurso de un *plus* de control que el propio Tribunal de Justicia define como capacidad de influencia en las decisiones estratégicas e importantes de la sociedad. Y este modo de control cualificado se exige no sólo para la relación doméstica entre una sola entidad adjudicadora y su medio propio o instrumental, sino también cuando varios poderes adjudicadores eventualmente unidos por una relación de colaboración tienen un medio propio común.

En efecto, por contraste con la sala, el Abogado General Sr. L.A. Geelhoed en sus Conclusiones presentadas el 28 de septiembre de 2006 desarrolla en nuestra opinión con gran acierto esta fundamental cuestión, pues afirma que:

"Si se organiza el medio instrumental como 'medio-propio' de los entes públicos colaboradores, es preciso por analogía con los requisitos establecidos para el control sobre una persona jurídica 'común', que el con-

15. BERNAL BLAY, M.A. ha calificado esta sentencia como un paso en falso en la progresiva conformación del régimen jurídico de las relaciones *in house*, debiendo interpretarse como un error de apreciación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, "Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo sobre los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario a la STJCE de 19 de abril de 2007 (AS. C-295/05, ASEMFO vs. TRAGSA)", REDA, 137, 2008, p. 115-138.

16. *Vid.* el Informe 1/2007, de 8 de marzo, de la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre "la consideración de la sociedad estatal TRAGSA como medio propio de la Comunidad Autónoma de Aragón y la posibilidad de efectuar en su favor encargos de ejecución", en el que se concluye que TRAGSA y sus filiales no son medio propio de la Comunidad Autónoma de Aragón. Afirma la JCCA:

ISBN: 978-84-612-8626-3

trol se efectúe de tal manera que asegure la influencia 'tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes' de todos los entes públicos implicados." (Apartado 94)

Lo que le lleva a la conclusión de que en los supuestos en que un medio instrumental actúa como "medio propio" de varios entes públicos es preciso que el estatuto legal aplicable garantice la influencia real que todos los entes públicos que formulen encargos tengan, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de este "medio propio".[16] Asimismo, resulta necesario que se definan con preci-

"Debe señalarse que ninguna norma autonómica recoge de forma expresa reglas de control de la comunidad autónoma sobre TRAGSA. Por razones obvias de índole histórica, la Comunidad Autónoma de Aragón no pudo concurrir, en el momento de la constitución de TRAGSA, a la voluntad creadora del medio instrumental, ni en ningún momento posterior la ha declarado medio propio en instrumentos legales o reglamentarios de naturaleza organizativa, aunque sí le ha reconocido a la entidad mercantil tal carácter en instrumentos de naturaleza convencional.

"En este punto, esta Junta no puede tomar en consideración la declaración de TRAGSA como medio propio de la Comunidad Autónoma de Aragón efectuada por la legislación estatal, puesto que el Estado carece de título competencial en materia de organización administrativa de la comunidad autónoma. Con estos antecedentes, no parece posible afirmar que el criterio de dependencia estructural se cumpla en este caso. En segundo lugar, en cuanto a la titularidad del ente instrumental (aun a sabiendas de que este criterio no es determinante para concluir que existe control análogo) TRAGSA pertenece mayoritariamente a la Administración del Estado y, en un porcentaje mínimo, a seis comunidades autónomas españolas, cuya participación en el capital no les da el control efectivo y determinante de la sociedad. En todo caso, es claro que la Comunidad Autónoma de Aragón no participa en el capital ni, en consecuencia, en la Junta General de Socios, ni en el Consejo de Administración, ni en los órganos de dirección y control de TRAGSA, por lo que es difícil que se pueda argumentar (aun con la más favorable redacción actual del artículo 3 de la TRLCAP) que la comunidad autónoma dispone de un control efectivo sobre TRAGSA y que ésta tenga una dependencia estructural, como consecuencia de su no-participación en el capital social. El régimen de titularidad determina que la comunidad autónoma no tenga una influencia determinante sobre las decisiones estratégicas de la compañía, ni sobre las decisiones importantes que adopta, y tampoco es posible que la comunidad influya en el régimen de funcionamiento de la referida sociedad estatal. En tercer lugar, la potestad tarifaria se configura en la Ley 66/1997 y sobre todo en el Real decreto 371/1999, de 8 de marzo, como una potestad compartida por todas las administraciones públicas españolas, de las que la normativa estatal predica que TRAGSA es medio propio, y, en abstracto, la fórmula demuestra una gran sensibilidad con la autonomía de cada administración, al prever que todas participarán en la elaboración de las tarifas y que cada una de ellas las aprobará por sus órganos de gobierno correspondientes. Sin embargo, y frente a estas previsiones, los órganos correspondientes de la Comunidad Autónoma de Aragón no han aprobado en ningún momento las tarifas aplicables a los encargos."

ISBN: 978-84-612-8626-3

sión las responsabilidades públicas para cuya ejecución los entes públicos correspondientes pueden formular encargos al servicio instrumental común como "medio propio" (apartado 97). Por lo que las Conclusiones del Abogado General son opuestas a la tesis mantenida por la sentencia, toda vez que para el Sr. L.A. Geelhoed en el estatuto legal de TRAGSA no existen indicios de que las comunidades autónomas tengan ninguna influencia directa. Frente a la invocación de TRAGSA y del Gobierno español de que las comunidades autónomas pueden hacer valer su influencia a través de sus encargos, hay que hacer notar, como lo hace el Abogado General, que este tipo de control del diseño y de la ejecución de las distintas obras y proyectos, que es un control inherente a cada encargo que un ente público formula a un servicio propio o a una persona jurídica externa, no es el control al que se refiere el Tribunal de Justicia cuando habla de una influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes del servicio instrumental "propio" (apartado 98). A mayor abundamiento, el hecho de que las comunidades autónomas no ejerzan ninguna influencia sobre el estatuto legal de TRAGSA ni en el ámbito del mismo no se ve compensado, en modo alguno, por la influencia que las comunidades autónomas podrían hacer valer como accionista de la persona jurídica, dado que sólo una pequeña minoría de ellas tiene una participación meramente simbólica, en el capital social de TRAGSA (apartado 99).

Así pues, el Tribunal de Justicia con el caso TRAGSA da cobertura a la posibilidad de declarar medios propios y servicios técnicos de la Administración entes personificados que carecen de toda vinculación con la entidad adjudicadora, donde la Administración no ejerce influencia alguna, incluso sin requerir el concurso de la participación en el capital accionarial cuando se trate de sociedades mercantiles. Por otra parte, no se olvide que el fundamento de los encargos domésticos como excepción a la normativa comunitaria de contratos públicos reside en que se encomiendan encargos de cumplimiento obligatorio porque se ejerce un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios, y no a la inversa, es decir, no se constituye legalmente un ente instrumental como medio propio por el dato de la previsión de la formulación de encargos de cumplimiento obligatorio. Semejante entendimiento volatiliza el fundamento de los encargos domésticos, donde no hay relación contractual porque el medio propio es una manifestación de la potestad organizatoria. Entiendo, pues, que se abre una brecha muy peligrosa desde la perspec-

ISBN: 978-84-612-8626-3

tiva de los principios del Derecho comunitario en general, tales como el principio de libre competencia, transparencia, igualdad y no-discriminación, y de la elusión de los procedimientos públicos de licitación.

Por lo que respecta al segundo requisito, conforme al cual TRAGSA debe realizar lo esencial de su actividad con el ente o entes públicos a los que pertenece, de la jurisprudencia del caso Carbotermo resulta que, cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, este requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto. Por lo que, para el TJCE, TRAGSA realiza por término medio más del 55% de su actividad con las comunidades autónomas y alrededor de un 35%, con el Estado, por lo que considera que esta sociedad realiza lo esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la controlan (apartados 62 a 64).

No obstante, a nuestro juicio, este requisito que es imprescindible para prevenir que se falsee el juego de la competencia en el mercado común, ha de ser concretado con mayor precisión por la doctrina del TJCE, toda vez que el estatuto legal de los entes configurados como medios propios suele tener –como en el caso TRAGSA– un objeto híbrido por cuanto además de los negocios domésticos operan también en el mercado.[17] Más adelante, al estudiar los requisitos de los medios propios o servicios técnicos según la LCSP, volveremos a detenernos en este requisito.

1.2.3. La STS de 30 de enero de 2008 (RAJ 645) o el cierre en falso de un conflicto

El Tribunal Supremo ha puesto fin al contencioso que ha enfrentado ASEMFO contra TRAGSA y la Administración del Estado dictando la sentencia de 30 de enero de 2008, por la que ha resuelto el recurso de casación interpuesto y que había sido suspendido por el planteamiento de la cues-

17. *Vid.* SOSA WAGNER, F.; FUERTES LÓPEZ, M. "¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación *in house*)", *La Ley*, 3, 2007, p. 1669-1680, subrayan asimismo el carácter elemental de este requisito para que el contrato sea doméstico y pueda quedar en casa. Igualmente ponen de relieve que el problema está en la determinación de cuándo ha de entenderse que gran parte de la actividad o que la mayor parte del volumen se realiza para las administraciones.

ISBN: 978-84-612-8626-3

tión prejudicial ante el TJCE. No obstante, considero que el conflicto se ha cerrado en falso, pues se ha dictado sentencia sin dar oportunidad al TJCE de pronunciarse sobre la primera y fundamental pregunta relativa a la compatibilidad con el artículo 86 del TCE del régimen legal de TRAGSA como medio propio de objeto híbrido, es decir, que lleva a cabo actividades fuera de mercado como medio propio junto con actividades de mercado para otros entes adjudicadores o terceros. En efecto, el Tribunal Supremo ha resuelto no volver a plantear dicha cuestión que por falta de pruebas no fue admitida por el TJCE y que, por consiguiente, ha quedado sin resolver.

Sobre la inaplicación a TRAGSA de la legislación nacional y comunitaria de contratos públicos, el Tribunal Supremo afirma:

"Pues bien, desde el punto de vista del Derecho interno, el hecho de que el régimen jurídico de TRAGSA esté configurado por la referida Ley 66/1997 y expresamente contemplado por la propia Ley de contratos de las administraciones públicas (artículo 153) –*ratione temporis* no es aplicable la 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (*vid*. su disposición final duodécima sobre entrada en vigor), cuya disposición adicional trigésima establece el 'Régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA), y de sus filiales'– hace que debamos partir de la conformidad a derecho de la inaplicación a TRAGSA y sus filiales de la regulación ordinaria sobre contratación pública, salvo que entendiésemos que dicho régimen es contrario a la Constitución o al Derecho comunitario. […] En cuanto a la compatibilidad de dicho régimen con el derecho comunitario, queda expresa y claramente establecida por la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2007."

Sobre la vulneración del derecho de la competencia señala el Tribunal Supremo que de la sentencia recurrida se deduce que la sala de instancia no consideró acreditada ni la existencia de una posición de dominio por parte de TRAGSA ni, menos aún, que hubiese abuso de una tal posición. El Tribunal Supremo manifiesta que:

"En primer lugar, es preciso descartar la infracción de los preceptos constitucionales alegados (31, 38, 128 y 103), ya que su invocación no pasa de ser una apelación genérica a la falta de justificación de la existencia de una entidad como TRAGSA y de su calificación como medio propio y servicio técnico de la Administración para el sector agrícola y forestal. Sin embargo, el marco constitucional económico 'mixto', como lo califica la actora, permite una amplísima posibilidad de intervención al sector público, de tal forma que resulta prácticamente inviable descartar, con esa sola base genérica,

ISBN: 978-84-612-8626-3

una concreta actuación económica de la Administración. Así, la existencia de TRAGSA y sus filiales con su actual régimen jurídico no impide la actuación privada en el sector –de hecho está expresamente contemplada la colaboración de la iniciativa privada–, ni puede considerarse manifiestamente arbitraria o carente de justificación, habida cuenta de la existencia de fincas de titularidad pública y de la concurrencia en el ámbito agrario y forestal de circunstancias como la necesidad de actuaciones urgentes o la existencia de obras de escasa o nula rentabilidad económica como para generar la intervención de la iniciativa privada. También es claro que se trata de un ámbito (la actuación económica pública) en el que forzosamente hay que dar un amplio margen de discrecionalidad tanto al Gobierno como, en mayor medida todavía, al legislador, que es el directo responsable en este caso de la configuración jurídica de TRAGSA."

Otra cosa es el juicio que dicho régimen jurídico pueda suscitar desde la perspectiva del derecho de la competencia, cuestión que subyace claramente al propio planteamiento constitucional que la actora formula. Según el Tribunal Supremo, tiene razón la sala de instancia cuando afirma que la parte no ha acreditado que TRAGSA ejerza una posición de dominio ni, menos aún, que abuse de dicha posición. Sí podría considerarse acreditado, de tener que entrar en el examen de los datos de hecho, que el significado económico de la actuación de TRAGSA y sus filiales es económicamente importante en términos absolutos; en cambio, en ningún momento la recurrente ofrece cifras relativas del porcentaje de dicha actuación en el total del mercado relevante, que sería el de las obras y trabajos agrícolas y forestales –no el de las obras públicas en general, como en algún momento sostiene TRAGSA.

En segundo lugar, la recurrente plantea en el motivo –aunque en relación más con el marco constitucional que con el del derecho de la competencia–, la referida falta de justificación para la configuración legal de TRAGSA como medio propio y su absorción de una parte significativa –en algún momento afirma que de la práctica totalidad– del mercado de las obras agrícolas y forestales. Resulta evidente que desde la perspectiva del derecho de la competencia no resultaría discutible la intervención de la Administración a través de un servicio técnico propio en casos de emergencia o falta de rentabilidad de la actuación. Sin embargo, sí podría resultar cuestionable tal intervención en el resto de los casos si la misma afecta de manera relevante al mercado afectado. Aun sin contar con datos respecto al significado relativo de la actuación de TRAGSA y sus filiales en el conjunto de las obras

ISBN: 978-84-612-8626-3

y actuaciones agrícolas y forestales, todo parece apuntar a que no se trata de una intervención marginal, como lo prueba el hecho, reiteradamente mencionado, de que el Servicio de la Competencia propusiese al Tribunal de Defensa de la Competencia el planteamiento al Gobierno de la posibilidad de modificar el marco normativo debido a la perturbación que la actuación de TRAGSA pudiese ocasionar en dicho sector económico.

Dicha cuestión estaba implícita con toda claridad en la primera y tercera preguntas formuladas en la cuestión prejudicial a la que nos hemos referido en el anterior fundamento de derecho, y a ello nos referimos más adelante.

En cuanto a la invocación por parte de la recurrente en este motivo del artículo 6.3 de la Ley de defensa de la competencia, tendría razón la sala de instancia respecto de su inaplicabilidad al caso desde el momento en que no está acreditada la posición de dominio de TRAGSA. Por otra parte, la virtualidad para el caso de dicho precepto quedaría igualmente excluida desde el momento en que quien actúa es la propia Administración por medio de un servicio propio sin margen de actuación autónoma, no una empresa que, aunque pudiese tener naturaleza pública, actuase al menos con autonomía funcional.

Sobre la vulneración del artículo 86 del TCE, en el motivo cuarto, la parte razona extensamente sobre que el régimen jurídico de TRAGSA supone colocar a esta empresa y a sus filiales en una posición ventajosa (dominante y privilegiada) desde el punto de vista del derecho de la competencia y examina las circunstancias que deben concurrir para que pueda exceptuarse la aplicación de las previsiones del Tratado –en especial de las relativas a la competencia– a las empresas encargadas de servicios de interés económico general. De su análisis la parte concluye que en TRAGSA no concurren las premisas legales para aplicar la excepción contemplada en el artículo 86.2 del Tratado para el cumplimiento de servicios económicos de interés general, generándose una situación contraria a las normas comunitarias sobre competencia. A mayor abundamiento, considera que no se le habría encargado a TRAGSA el cumplimento de una actividad de interés general; que su actividad tiene una justificación exclusivamente comercial, y sólo un tercio de su actividad se refiere a obras extraordinarias por razones de urgencias que no admiten demora; que recibe una financiación privilegiada, y que no podría asumir un monopolio porque sería incapaz de absorber toda la demanda existente.

A este respecto, declara el Tribunal Supremo que "el Tribunal de Justicia era sabedor de que el régimen jurídico de TRAGSA permite a ésta intervenir de forma relevante –aunque no se hubiese acreditado que ostentara una

ISBN: 978-84-612-8626-3

posición dominante– e incondicionada en el sector económico agrícola y forestal en el que se configura como medio propio de la Administración, llegando a la conclusión que dicho régimen no planteaba problemas desde la perspectiva de la inaplicación a la misma del régimen comunitario de contratación pública y, como consecuencia de ello, a considerar innecesario dar respuesta a la tercera pregunta. Esta posición del Tribunal de Justicia lleva a la conclusión de que si el régimen de TRAGSA es conforme con el Derecho comunitario, ello supone admitir la falta de trascendencia en el caso concreto de reducir el mercado afectado desde el punto de vista de la competencia, con independencia de la mayor o menor justificación de la intervención pública en dicho sector (fundamento jurídico 5).

1.2.3.1. Las voces disidentes

El magistrado Eduardo Espín Templado formula un voto particular cuyo fundamento se circunscribe a la procedencia de haber dictado sentencia sin plantear antes una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. En efecto, acertadamente pone de manifiesto el magistrado que el Tribunal entendió que no contaba con todos los datos de hecho y de derecho para responder. En particular, sostuvo que no se había acreditado que TRAGSA ostentase una posición dominante en el mercado afectado, dado que el artículo 86.1 del Tratado comunitario había que entenderlo en relación con otro precepto y que éste no podía ser sino el 82.

Sin embargo, basta la lectura de la pregunta para comprobar que ninguna referencia se hacía a la hipotética posición dominante de TRAGSA y sí a la detracción del sistema de contratación pública de la realización de obras públicas (agrícolas y forestales, en el caso concreto) "sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público" y sin límite económico mínimo o máximo. Por tanto, la referencia del artículo 86.1 debería haberse entendido más bien al 43 y al 49, relativos a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios. Esto es, la duda se planteaba porque de admitirse que el legislador nacional puede crear un medio propio sin ningún tipo de restricción, ello suponía que se detraían de la posibilidad de concurrir a la correspondiente licitación pública a cualquier empresa comunitaria, aunque las españolas y demás empresas comunitarias si pudieran participar en ese mismo mercado en otros países de la Unión.

De esta manera, en su sentencia el Tribunal ha ratificado la referida decisión de 2003 relativa a la consideración de TRAGSA como un medio pro-

ISBN: 978-84-612-8626-3

pio, pero por una interpretación limitada de la cuestión prejudicial ha dejado sin responder a una cuestión de fondo de mayor relevancia: si había alguna limitación a los legisladores nacionales en la configuración de un medio propio.

Asimismo, declara con acierto Espín Templado que esta problemática se agudizará previsiblemente en el futuro a la vista de la falta de respuesta comunitaria. El legislador español, en su reciente renovación de la legislación sobre contratación pública (Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, disposición adicional trigésima) ha ratificado el régimen jurídico de TRAGSA para esta empresa pública y la amplía explícitamente a sus filiales. Y aunque en una mención inicial se expresa que su función es "la prestación de servicios esenciales en materia de desarrollo rural, conservación del medio ambiente, atención a emergencias y otros ámbitos conexos", lo cierto es que la enumeración de actuaciones concretas que se consideran comprendidas en el apartado 4 de la citada disposición adicional es de una amplitud que va mucho más allá de lo que podría calificarse como "servicios esenciales" en el sector. De esta manera, prácticamente se abre a dicho conglomerado empresarial público todo el mercado de la obra agrícola y forestal, sin condicionamiento en razón de un especial interés público como la ausencia de iniciativa privada por falta de rentabilidad, emergencias, etc.

En definitiva, dicha cuestión sigue abierta y, en consecuencia, entiende que lo procedente hubiera sido plantear una nueva cuestión prejudicial en la que, al margen ya de la cuestión de la configuración general de TRAGSA como servicio técnico de la propia Administración, se hubiera inquirido al Tribunal de Justicia sobre los límites de su actuación como tal medio propio en el sentido ya indicado.[18]

18. Para el magistrado, se hubiera debido plantear una pregunta en los términos siguientes o análogos:

"¿Es compatible con el artículo 86 del Tratado CE, en relación con el 12, el 43 y el 49 del mismo texto legal, una regulación nacional que configura un medio propio de la Administración con competencias para intervenir en un sector del mercado sin limitación de ningún género –como la necesaria presencia de un interés público relevante, razones de necesidad o urgencia o ausencia de iniciativa privada–, de tal forma que dicho sector económico o un porcentaje significativo del mismo queda fuera de la posibilidad de que las empresas comunitarias accedan al mismo mediante los sistemas de contratación administrativa, cuando dicho mercado está abierto a la concurrencia comunitaria en otros países de la Unión? ¿Admiten las directivas comunitarias sobre contratación pública su inaplicación mediante la creación libre

ISBN: 978-84-612-8626-3

También el magistrado Campos Sánchez-Bordona en su voto particular discrepa de la sentencia que ha sido dictada sin "replantear" al TJCE la primera de las cuestiones prejudiciales suscitadas en el auto de reenvío de 1 de abril de 2005. Estima que la sala debería haber formulado de nuevo la cuestión prejudicial, una vez ampliada, ante la persistencia de las dudas sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario del régimen jurídico de la empresa pública TRAGSA.[19]

Particularmente acertadas son a nuestro juicio las consideraciones que el magistrado formula acerca de las consecuencias de la STJCE de 19 de abril de 2007 que llevan a amparar la cesión como medios propios de entes instrumentales por otras administraciones que ningún control ejercen sobre los mismos. En efecto, Campos Sánchez Bordona declara en el fundamento jurídico 2:

"El debido acatamiento a la interpretación de las normas comunitarias sobre contratación pública que hace la sentencia de 19 de abril de 2007 no impide, sin embargo, expresar las inquietudes que suscita. Pues si cualquier empresa pública (y ahora también sus filiales) puede ser considerada como un medio instrumental y servicio técnico propio de cualesquiera de las administraciones públicas que posean en ella una participación ínfima y meramente simbólica, el requisito del 'control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios' (primer 'criterio Teckal') queda indudablemente devaluado.

"Las administraciones estatales, autonómicas y municipales pueden sentirse, con este precedente, 'invitadas' o bien a crear o bien a participar

y discrecional de cualquier medio propio, aunque no medie un interés público relevante que requiera la intervención directa de la Administración, razones de necesidad o urgencia, ausencia de iniciativa privara u otro fundamente análogo?"

19. Mediante providencia de 9 de octubre de 2007, el Tribunal Supremo sometió de nuevo a las partes del proceso, para que alegaran al respecto, la oportunidad o conveniencia de que la sala se dirigiera al Tribunal de Justicia suscitando de nuevo la cuestión por él inadmitida. En aquella providencia se afirmó cómo la primera cuestión prejudicial del auto de planteamiento inicial (de 1 de abril de 2005) no se refería a un supuesto abuso de posición de dominio de TRAGSA, sino a la exclusión de la competencia que, en sí misma, podía ocasionarse. En la misma providencia se planteaba si es admisible desde la óptica del artículo 86.1 en relación con otros preceptos del Tratado de la Comunidad Europea (artículos 12, 42, 49 y 81 a 89) que el legislador nacional configure un medio propio con capacidad para actuar en un determinado mercado sin ningún tipo de limitación. Vista la falta de respuesta del Tribunal de Justicia a la primera cuestión prejudicial, subsiste la duda de si el Derecho comunitario impone algún tipo de limitación al legislador a la hora de crear y definir un medio propio de la Administración en un determinado sector.

ISBN: 978-84-612-8626-3

(en este último caso sin coste alguno, sólo con su presencia simbólica) en sociedades mercantiles públicas, propias o ajenas, que sean calificadas de medios instrumentales propios, encomendándoles por la vía del encargo directo lo que, de otro modo, serían contratos públicos sujetos al régimen de adjudicación comunitario. Y tal previsión no se extiende sólo al campo de los servicios (sector tradicional de aplicación de aquella jurisprudencia) sino también al de obras. Los riesgos que esta 'apertura' interpretativa comporta para la efectividad del sistema comunitario de contratación pública, que incluye los principios de publicidad, transparencia y no-discriminación, son evidentes.

"En todo caso, manifiesta el magistrado que, en lo relativo al específico tema de la aplicación de las normas comunitarias en materia de contratación pública, la sentencia mayoritariamente votada no hace sino deducir las debidas consecuencias del pronunciamiento y de la doctrina del Tribunal de Justicia expuesta en la sentencia de 19 de abril de 2007.

"Subsisten, sin embargo, las dudas que propiciaron el planteamiento de la primera cuestión prejudicial, a saber, el de si existen límites previos (*ex* artículo 86 del Tratado) para que las administraciones públicas excluyan o eviten, por la vía de las encomiendas *in house*, el régimen de contratación pública comunitario.

"Pero no llega a responder a la pregunta clave que le planteábamos: ¿pueden las administraciones públicas utilizar sin restricciones las encomiendas que cumplan los 'criterios Teckal' cuando, con ello, sustraen del mercado una parte significativa de las obras públicas forestales y agrarias?

"En este caso la duda se proyecta sobre el mercado agrario y forestal pero igualmente podría suceder con el resto de grandes obras de infraestructura a las que se debe aplicar, en principio, la Directiva 93/37CEE ¿Todas las obras públicas de un Estado miembro podrían encomendarse de modo directo a un 'medio instrumental' de la Administración de dicho Estado, de modo que no hubiera lugar a someterlas a los procedimientos públicos de adjudicación? La indudable 'restricción de la competencia' que se opera en estos casos (el régimen comunitario de contratación tiende, precisamente, a favorecer la competencia en el seno de un ya único mercado interior) ¿es compatible con las normas y principios del Tratado a las que se refiere el artículo 86.1? Este precepto ¿no ha de entenderse también como un principio con virtualidad propia que impregne de modo 'horizontal' todo el régimen jurídico de la actuación de las empresas públicas?

ISBN: 978-84-612-8626-3

"El Tribunal de Justicia ha puesto reiteradamente de manifiesto la estrecha relación que existe entre el citado artículo 86, apartado 1, del Tratado CE con los artículos 43 o 49 del mismo Tratado: los estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de contratos públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe las libertades protegidas por dichos preceptos y vulnera los principios de igualdad de trato, no-discriminación por razón de nacionalidad y transparencia. La razón de ser de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos es precisamente facilitar la libre circulación de las mercancías y de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los estados miembros.

"Es cierto, no obstante, que el Tribunal de Justicia admite que determinadas encomiendas o encargos realizadas *in house* a los servicios instrumentales propios de las administraciones públicas no son propiamente contratos públicos y, en las condiciones de la jurisprudencia Teckal quedan excluidos de la aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación e incluso de las normas enunciadas en los artículos 12, 43 y 49 del CE, así como de los principios generales de los que constituyen expresión específica [apartado 86 de la citada sentencia de 18 de diciembre de 2007, asunto C-220/06), Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia].

"¿Puede esta exclusión afectar a todo o a la mayor parte de un mercado de obras públicas? ¿No hay ninguna limitación –una vez que se respetan los criterios Teckal– al poder de las administraciones para crear medios instrumentales y encomendarles de modo directo la realización de las obras públicas? ¿No padece la competencia en el mercado interior si en los sectores que están ya abiertos a la concurrencia de los competidores, y fuera de los casos de urgencia o de interés público relevante, los 'poderes adjudicadores' se pueden despojar sin restricciones de este ropaje para presentarse como meras administraciones que, en régimen de autoorganización, atribuyen a sus propios 'medios instrumentales' la ejecución de los contratos de obras públicas? Éstas eran, en el fondo, las preguntas cuya respuesta solicitábamos del Tribunal de Justicia."

ISBN: 978-84-612-8626-3

Serie Claves del Gobierno Local, 9
ISBN: 978-84-612-8626-3

Fundación Democracia y Gobierno Local

2. Los medios propios y servicios técnicos de la Administración en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público

Llegados a este punto, corresponde ahora valorar la conformidad con el Derecho comunitario de la regulación llevada a cabo por la LCSP de los negocios jurídicos internos realizados por la Administración con sus medios propios o servicios técnicos. Por su parte, la sociedad mercantil local como modo directo de gestión de servicios públicos [artículo 85.2.d) de la LBRL] que ha sido objeto de puntual modificación por mor de la disposición final primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, será objeto de estudio más adelante en el capítulo segundo.

La utilización por las administraciones públicas de medios propios o servicios técnicos personificados para satisfacer las necesidades de interés general (artículo 103.1 de la CE) cuya competencia tienen atribuidas alcanza una gran complejidad, toda vez que obliga a diferenciar dos esferas de relaciones que pueden entablar los medios propios, de naturaleza jurídica diferente. Por una parte, las relaciones internas o domésticas con la Administración matriz que los controlan y que en puridad constituyen la razón de ser y el fundamento del concepto de medio propio o servicio técnico. Y por otra parte, las relaciones externas o con terceros, de clara naturaleza contractual, y a las que hay que aplicar por ende las prescripciones de la contratación pública en orden a salvaguardar los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no-discriminación propios de la contratación del sector público. A ambos planos alude expresamente el artículo 4.1.n) de la LCSP.

La noción de medio propio y servicio técnico se aborda con carácter general en los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP como un supuesto de

ISBN: 978-84-612-8626-3

negocio excluido de su aplicación.[20] Asimismo hay que aludir al apartado c), relativo a los convenios entre administraciones públicas que están excluidos de la LCSP.

En efecto, el artículo 4, bajo la rúbrica de "Negocios y contratos excluidos" exceptúa del ámbito de aplicación de la Ley en el apartado 1: "c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las universidades públicas, las comunidades autónomas, las entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley",[21]

20. Cortes Generales, DOCG, año 2007, VIII Legislatura, núm. 756, comparecencia del profesor J.M.ª Baño León en relación con el proyecto de Ley de contratos del sector público. (Número de expediente 121/000095.) (Número de expediente 219/000776.) Afirmó Baño León: "Destaca como novedad del proyecto, porque está mucho más desarrollado, yo creo que está bastante bien, el artículo 4.1.n), los contratos *in house*, los contratos, que me gusta llamar en castellano domésticos, que es mucho más fácil, los contratos que hace la Administración con un ente que depende de sí mismo. Habría probablemente que afinar la regulación que se hace luego en las disposiciones adicionales, sobre todo en el caso TRAGSA." Asimismo señaló que se trata de un problema de una gran dimensión y en el que puede haber algunos aspectos que no coincidan exactamente con el Derecho comunitario.

21. BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serie A, 95-22, de 29 de marzo de 2007. En el Congreso se planteó la enmienda núm. 44 por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de supresión del artículo 4.1.c), que tenía la siguiente redacción:

"c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las universidades públicas, las comunidades autónomas, las entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza y cuantía, tengan la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada."

Como justificación se expuso que:

"Como ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y viene recordando sistemáticamente la Comisión Europea, los contratos de obras, suministros y servicios celebrados entre organismos públicos deben atenerse a lo dispuesto en el Tratado de la UE y a los principios generales de contratación que se derivan de él, aun cuando su cuantía sea inferior a los umbrales comunitarios establecidos. Con la redacción actual de la letra c), apartado 1, únicamente se exceptúan los contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que quedarían incluidos los no armonizados, hecho este que es contrario a la doctrina jurisprudencial comentada."

Puede consultarse la Recomendación 8/2008, de 13 de mayo, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, sobre los convenios de colaboración con las entidades públicas y personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, en especial sobre los convenios de desarrollo e investigación y su distinción de los contratos de servicios.

ISBN: 978-84-612-8626-3

dando cumplimiento a la STJCE de 13 de enero de 2005 condenatoria de España arriba reseñada.

Por su parte, la letra n) del mismo artículo 4.1 se refiere a "Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la sección II del capítulo II de este título preliminar, las entidades de Derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174".[22]

22. Véase la redacción de estos preceptos en el Proyecto de ley 121/000095, contratos del sector público, BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serie A: Proyecto de ley, 8 de septiembre de 2006, núm. 95-1. El artículo 4.1.n) excluía:

"Los contratos celebrados con entidades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública o sobre las que se ejerza un control análogo al que se ostenta sobre los propios servicios, y que realicen la parte esencial de su actividad con el ente o entes que las controlan, así como las encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para la entidad que las recibe de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por quien confiere la encomienda y que se retribuyan mediante la aplicación de tarifas aprobadas por el sujeto que ostenta su control, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 24.6. No obstante, la subcontratación de prestaciones contratadas con las entidades mencionadas en este apartado, y los contratos que deban celebrarse para la ejecución de la encomienda quedarán sometidos a esta ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la sección 2ª del capítulo II de este título preliminar, las entidades de Derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174."

BOCD, Congreso de los Diputados, núm. A, 95-22, de 29 de marzo de 2007. El Grupo Parlamentario Popular en el Congreso presentó la enmienda 46 a este precepto, proponiendo la modificación del contenido de la letra n), apartado 1, del artículo 4, en el sentido de suprimir al final del párrafo la frase "y, en todo caso, cuando […] 121.1 y 174", quedando redactado de la siguiente forma:

"n) Los contratos celebrados con entidades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública o sobre las que se ejerza un control análogo al que se ostenta sobre los propios servicios, y que realicen la parte esencial de su actividad con el ente o entes que las controlan, así como las encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para la entidad que las recibe de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por quien confiere la encomienda y que se retribuyan

ISBN: 978-84-612-8626-3

2.1. Las relaciones *ad extra* del medio propio o servicio técnico con terceros

La noción de medio propio o servicio técnico considerado desde el ámbito subjetivo, o el encargo doméstico si el punto de vista adoptado es el objetivo, o el de la actividad, se refiere a las relaciones *ad intra*, manifestación de la potestad autoorganizatoria de la Administración. Empero, cuando el ente instrumental que tiene la consideración de medio propio entable una relación onerosa con un tercero y cuyo objeto consista en

mediante la aplicación de tarifas aprobadas por el sujeto que ostenta su control, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 24.6. No obstante, la subcontratación de prestaciones contratadas con las entidades mencionadas en este apartado, y los contratos que deban celebrarse para la ejecución de la encomienda quedarán sometidos a esta ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos."

El Grupo Parlamentario justificó dicha posición en que:

"No parece lógico, de acuerdo con el concepto de poder adjudicador del artículo 3, limitar exclusivamente a los artículos 121.1 y 174 el régimen aplicable a las entidades instrumentales, siendo que en estos casos debería aplicarse la Ley en los términos que en cada caso se establezca."

Por su parte, el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso presentó la enmienda núm. 155, de modificación de la letra n) del apartado 1 del artículo 4, que tendrá la siguiente redacción:

"1.n) Los contratos que celebren las administraciones públicas con entidades que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tengan la consideración de medio propio y servicio técnico de las mismas, así como las encomiendas de gestión que se confieran a estas mismas entidades cuando sean de ejecución obligatoria para ellas de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por quien realiza la encomienda, y se retribuyan mediante la aplicación de tarifas aprobadas por el sujeto que ostenta su control. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones contratadas o para la ejecución de la encomienda quedarán sometidos a esta ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la sección 2.ª del capítulo II de este título preliminar, las entidades de Derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174."

La propuesta se justificó en conexión con la enmienda al artículo 24.6, se precisa el régimen de las entidades que tienen la condición de medios propios y en consecuencia los contratos que quedan excluidos de esta ley por celebrarse entre una administración pública y una entidad que tiene la consideración de medio propio.

Por su parte, el artículo 24, "Ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares", en su apartado 6 disponía que:

"Las fundaciones del sector público, entidades y sociedades que se encuentren en los casos previstos en el artículo 4.1.n) se considerarán medios propios de la Administración, a los efectos

ISBN: 978-84-612-8626-3

alguno de los contratos regulados en la Ley, dicha relación ha de someterse a las prescripciones de la LCSP. En otros términos, cuando para la realización del encargo el ente instrumental acuda a la "subcontratación" –práctica por otra parte muy extendida–, ésta se sujetará a la normativa de contratos del sector público, aunque en distinto grado según la calificación jurídica que, a efectos del ámbito subjetivo, merezca la entidad a tenor del artículo 3 de la LCSP, así como del tipo y cuantía de tales contratos. Así lo expresa con rotundidad el artículo 4.n):

"No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidas a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos."

Pues los entes del sector público que tengan la condición de medio propio "entes, organismos y entidades" del sector público (en expresión del artículo 24.6) pueden dar lugar en su actividad a relaciones a dos bandas de naturaleza jurídica netamente diferenciada: por una parte, la interna o doméstica con la Administración matriz, en cuya virtud ésta encarga la realización de una prestación, que está excluida de la normativa de contratos públicos porque no hay contrato, siempre que se cumpla con los requisitos de la doctrina Teckal y sus ulteriores precisiones; y por otra parte, relaciones contractuales con terceros que se someten en distinto grado a la Ley en función de la calificación que reciba el medio propio a tenor del artículo 3, relativo al ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP.[23] Así pues, o tendrán la calificación de poder adjudicador (que no sean

de la letra a) del apartado 1 de este artículo, cuando así se establezca expresamente en sus normas de creación o en sus estatutos, que deberán precisar, asimismo, el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos."

Y a tenor del apartado 1.a) del mismo precepto:

"La ejecución de obras podrá realizarse por los servicios de la Administración, ya sea empleando exclusivamente medios propios o con la colaboración de empresarios particulares siempre que el importe de la parte de obra a cargo de éstos sea inferior a 5.278.000 euros, cuando concurra alguna de estas circunstancias: a) Que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución."

23. Puede consultarse CHINCHILLA MARÍN, C. "La nueva Ley de contratos del sector público: Ambito de aplicación y otras cuestiones novedosas", RVAP, 79, 2007. p. 43-69. GIMENO FELIU, J. M., "El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratos del sector público: luces y sombras", RAP, 176, 2008, p. 9-54.

ISBN: 978-84-612-8626-3

Administración pública) si cumplen los requisitos del artículo 3.3.b) de la LCSP, que recoge la doctrina comunitaria acerca de la noción de organismo de Derecho público, a saber: personalidad jurídica propia, creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. En este caso, las normas aplicables a sus contratos, que siempre tendrán la calificación de privados,[24] se sujetarán a las prescripciones del artículo 121.1 (establecimiento de prescripciones técnicas y preparación de pliegos), así como a las normas aplicables a la adjudicación de los contratos por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración pública. El artículo 174 establece el régimen de adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 13),[25] sujetándolos a un régimen de adjudicación casi idéntico a

24. El artículo 20.1 de la LCSP proclama:

"Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de administraciones públicas", es decir, que se trate de entes que no se clasifiquen como Administración en el apartado 2 del artículo 3, pues sólo los contratos celebrados por los entes que tienen la consideración de Administración a tenor del mismo artículo 3.2 pueden ser calificados de administrativos. La consecuencia procesal de esta opción es que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para resolver las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada (incluidos los contratos subvencionados del artículo 17 de la LCSP) según el artículo 21.1 de la LCSP. En cambio, corresponde a la jurisdicción civil resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Asimismo, le corresponde la competencia para conocer cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada, artículo 21.2 de la LCSP."

25. El artículo 13.1 dispone:

"1. Son contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso, y los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministro, y los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del anexo II, cuyo valor estimado, calculado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 76, sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes, siempre que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador. Tendrán también la consideración de contrato sujeto a regulación armonizada los contratos subvencionados por estas entidades a los que se refiere el artículo 17."

ISBN: 978-84-612-8626-3

cuando quien adjudica es un ente que tiene la consideración de Administración pública según la LCSP (es decir, uno de los enumerados en el artículo 3.2). Por su parte, el artículo 175 para la adjudicación de los contratos que no están sujetos a regulación armonizada las entidades del sector público han de elaborar unas instrucciones que garanticen el cumplimiento de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no-discriminación y adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en ellas, y publicarse en el perfil del contratante de la entidad. En el ámbito del sector público estatal la aprobación de tales instrucciones requiere informe previo de la Abogacía del Estado.

Por su parte, cuando el ente, organismo o entidad del sector público (enumerados en el artículo 3.1 de la LCSP) no tenga la consideración de poder adjudicador por no cumplir los requisitos acumulativos del artículo 3.3.b) de la Ley, su régimen de adjudicación se asimila al supuesto visto antes de la adjudicación por los poderes adjudicadores de contratos que no estén sujetos a regulación armonizada. En efecto, el artículo 176 dispone la obligación de ajustarse en la adjudicación a los principios de la contratación pública, esto es, publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no-discriminación, así como adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa. Principios que deben plasmarse en las instrucciones[26] internas que aprueben estas entidades y que deben

La noción de contrato sujeto a regulación armonizada pretende delimitar el ámbito de libre disponibilidad del legislador español frente a las prescripciones del Derecho comunitario en materia de contratación pública. El artículo 13 de la LCSP conforma dicha noción en función de la concurrencia de tres criterios cumulativos:

–Subjetivo, sólo pueden celebrar contratos sujetos a regulación armonizada entes, organismos y entidades que tengan la consideración de poder adjudicador, es decir, que cumplen lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Ley.

–Material, sólo determinados tipos de contratos pueden tener dicha consideración y son el contrato de colaboración entre el sector público y privado en todo caso, contratos de obras, concesión de obras públicas, suministro y servicios.

–Un criterio cuantitativo, cuando el valor de tales contratos sea igual o superior a los umbrales comunitarios, excepto el contrato de colaboración público y privado que lo será en todo caso, con independencia de su cuantía.

26. En el sector público estatal el precepto ordena que tales instrucciones sean informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de la entidad.

ISBN: 978-84-612-8626-3

ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, así como publicarse en el perfil del contratista.[27]

En conclusión, las relaciones *ad extra* del medio propio con terceros constituyen una relación contractual, dado que según el artículo 2.1 de la LCSP "son contratos del sector público y, en particular, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3".

2.2. La amplia delimitación de los negocios domésticos: la consagración de la "cesión de medios propios" entre administraciones públicas

En el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, la esencia del encargo doméstico se halla en la opción de la Administración de realizar la prestación con sus propios medios personificados o no sin acudir a colaboración externa a través de la elección de un contratista. Como ya hemos analizado, la normativa comunitaria de contratos públicos, así como la jurisprudencia del TJCE, lo admiten sin ambages, siempre que se cumplan los requisitos del negocio doméstico o *in house providing*.

Por su parte, la doctrina se ha planteado las consecuencias que tiene la utilización de los medios propios para los terceros potencialmente interesados en la concurrencia a tal objeto prestacional, y si así se vulnera

27. *Vid.* el Informe 8/2003, de 18 de diciembre, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, sobre el sometimiento a la contratación pública de las sociedades públicas calificadas como medio propio de la Administración en sus operaciones con terceros. Bajo la vigencia del TRLCAP afirmó rotundamente que:

"1. Las sociedades de capital íntegramente de la Generalitat Valenciana que constituyan un medio propio de la Administración y que de acuerdo con la normativa comunitaria se configuren como poder adjudicador deberán contratar la ejecución de sus contratos con terceros conforme a las normas de contratación pública en los contratos incluidos en la aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública hasta la adjudicación. 2. En los contratos excluidos de aplicación de las directivas, se deberán respetar los principios básicos en cuanto a igualdad, transparencia, libre competencia y libre prestación de servicios y mercancías. En este sentido, se recomienda la publicidad del anuncio de licitación en medios de comunicación incluidos diarios oficiales dada su gran difusión; el establecimiento de unos criterios de selección del contratista que no discriminen por razón de nacionalidad al licitador, o el país de origen del producto o mercancía y la fijación de unos criterios objetivos, en su caso, para la selección de las proposiciones."

ISBN: 978-84-612-8626-3

algún derecho o interés amparado por el ordenamiento jurídico.[28] En este sentido, y desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico interno, los posibles bienes jurídicos afectados por tal proceder son: derecho a ser contratista de la Administración, contenido esencial de la libertad de empresa y la libre competencia.

Pero, por una parte, ni hay un derecho constitucional a ser contratista de la Administración, no le es aplicable el artículo 23.2 de la CE, y por otra, por lo que se refiere a la libertad de empresa de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se infiere que su contenido esencial no comprende un deber de los poderes públicos de garantizar un determinado mercado a los empresarios privados en todos los sectores, y menos aún, el deber de garantizar un determinado nivel de contratación con las admi-

28. A este respecto es ilustrativa la comparecencia de D. Francisco Cal Pardo, presidente de TECNIBERIA/ASINCE, acordada por la Mesa de la Comisión, para informar el Proyecto de ley de contratos del sector público (Exp. 219/000773), VIII Legislatura 2007, núm. 748, en relación con las encomiendas de gestión:

"La ley excluye del ámbito de aplicación a las encomiendas de gestión que deban hacer de manera obligatoria las entidades que vienen obligadas a ello y exige que los subcontratos que estas organizaciones hacen con empresas privadas se sometan a la ley. Nos sorprende un poco que establezca una mención especial a las relaciones que considera instrumentales y no contractuales de Tracsa y sus empresas.

"Nos parece un poco sorprendente que en una ley de carácter horizontal no específico –podríamos aceptarlo si se tratase de una ley de medio ambiente o de agricultura– se haga una cita explícita de un conjunto de empresas las cuales se benefician normalmente de encomiendas de gestión.

"¿Qué decimos nosotros? Primero, que convendría clarificar y matizar la ambigüedad con la que la ley define las encomiendas de gestión, la Ley del régimen jurídico de administraciones públicas y el procedimiento administrativo común. Nos gustaría que se volviese a la sentencia de los tribunales de justicia de las comunidades europeas del 13 de enero de 2005, en la que condenan al Reino de España a que todo aquello que sea susceptible de ser contratado entre empresas públicas dependientes de organismos del Estado y estos organismos sea contratado a partir de unos niveles económicos de 350.000 euros en el caso de las obras y de 120.000 euros en el caso de las ingenierías. Nosotros estamos muy de acuerdo con esto, y de hecho la ley recoge las cien medidas de productividad de los primeros días de marzo del año 2006, pero, al mismo tiempo, dice que quedan excluidas las encomiendas de gestión. Desde entonces estamos viendo que las encomiendas de gestión se están utilizando con mucha frecuencia y nos gustaría que éstas se redujesen al máximo. Entendemos que puede haber encomiendas de gestión en determinados momentos, pero hay muchas situaciones en las que se puede acudir perfectamente en tiempo y forma a la empresa privada sin necesidad de acudir a una encomienda de gestión que muchas veces se hace por comodidad del contratante."

ISBN: 978-84-612-8626-3

nistraciones públicas. Como ha manifestado Huergo Lora,[29] una interpretación de la libertad de empresa garantizada en el artículo 38 de la CE en el sentido de implicar una reserva incondicionada al sector privado de cuantas oportunidades de contratación o negocio surjan en la actuación administrativa, de tal modo que sería inconstitucional toda norma que reserve alguna de esas oportunidades para la gestión directa por parte de la Administración, por sí o a través de una sociedad en mano pública, carece de fundamento, pues supondría extraer del texto constitucional la regla del contratista interpuesto.[30]

Por ello, manifiesta certeramente Ortiz Mallol, "la Administración puede decidir si actúa con medios propios (orgánicos o personificados) o requiere de la colaboración de un tercero para la realización de sus competencias y la consecución del interés general.[31] Precisamente, el hecho de que la Administración persiga un interés general que se sobrepone frente al interés particular del interesado en contratar con ella es el que determina la negación de un derecho subjetivo a 'ser contratista'. Lo que sí existe es un derecho subjetivo a que, cuando la Administración decide acudir a la contratación, se produzca la misma con concurrencia, publicidad y que, luego del procedimiento que se realice, se decida en adjudicación motivada y objetivamente".[32]

29. Consúltese el trabajo de HUERGO LORA, A., "Liberad de empresa y la colaboración preferente de las administraciones con empresas públicas", RAP, 154, 2001, p. 129-171, en particular p. 151-157 y 168-171.

30. HUERGO LORA, A., *op. cit.*, estima que supondría asimismo una restricción a la potestad de iniciativa pública económica y a la potestad autoorganizatoria de la Administración carente de fundamento en nuestro orden económico constitucional, que por ejemplo reconoce la potestad de reserva de recursos y servicios esenciales, lo cual se configura como una potestad "más" que la potestad "menos" de actuar sus competencias funciones y actividades de su titularidad a través de su propios entes personificados, sean éstos de Derecho público o de Derecho privado.

31. En este mismo sentido se manifiesta REBOLLO PUIG, M., "Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", RAP, 161, 2003. Subraya el profesor Rebollo Puig que en estos supuestos no tiene que haber ningún contrato o convenio, ni tiene sentido que lo haya, pues todo se produce en virtud de la decisión unilateral de la Administración matriz, que es determinante de la relación que surge. La decisión de realizar la obra, el suministro, el estudio o el proyecto por medio del ente institucional es exclusiva de la Administración matriz. Por ende, no es necesario el consentimiento del ente institucional, que, como mero instrumento que es, está obligado a realizar lo que se le ordene, exactamente igual que lo está un servicio no personificado. Hay sólo un acto administrativo con una serie de efectos que no son contractuales (p. 383-384).

32. ORTIZ MALLOL, J., "La relación de dependencia de las entidades instrumentales…", *op. cit.*, p. 270-271.

ISBN: 978-84-612-8626-3

En este punto, procede analizar el régimen de tales encargos internos en la LCSP.[33]

2.2.1. Los antecedentes normativos: los convenios de colaboración y encomiendas de gestión en el TRLCAP

Al objeto de analizar el régimen de los negocios domésticos en la LCSP resulta oportuno partir de sus antecedentes normativos inmediatos, es decir, la regulación contenida en el TRLCAP, pues ello ha de contribuir a la mejor interpretación del actual régimen de los medios propios en la vigente LCSP.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Real decreto ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, quedaban excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3.1 del TRLCAP, entre otros, los siguientes convenios de colaboración:

"c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las comunidades autónomas, la entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí.

"d) Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales. Quedarán asimismo excluidos de la presente Ley los convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea."

El artículo 3.1 del TRLCAP no hacía, pues, referencia alguna a las encomiendas de gestión contempladas en el artículo 15 de la Ley 30/1992, configuradas como una modalidad de colaboración entre órganos o entidades de la misma o de distinta Administración pública consistente en la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios, por lo que en la medida en que se efectúe entre entidades con personalidad jurídica propia y sea onerosa, puede integrar el objeto de un contrato administrativo típico. Esta posibilidad resultaba admitida por la Ley 30/1992 cuando se realizara a favor de entidades públicas, con independencia de que pertenecieran a la

33. Puede consultarse Escrihuela Morales, F.J., *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y servicios*, La Ley, Madrid, 2007, p. 135-145.

ISBN: 978-84-612-8626-3

misma o a distinta Administración, pero se rechazaba por la Ley 30/1992 cuando hubiera de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a Derecho privado, debiendo ajustarse entonces al TRLCAP.

En virtud del Real decreto ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, se modificó puntualmente el TRLCAP para adecuarlo al Derecho comunitario y a la STJCE condenatoria de España de 13 de enero de 2005. Así se reformó el artículo 3.1.c), que quedó redactado en los términos siguientes:

"Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las comunidades autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2."

Asimismo, se añadió un nuevo apartado, letra l), a este mismo artículo 3.1, que excluía del ámbito material de aplicación de la Ley: "Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública." Exclusión que comprendía todos los contratos cualquiera que fuera su objeto y sin límite de cantidad.

Esta reforma, llevada a cabo en virtud del artículo 34 del Real decreto ley 5/2005, de 11 de marzo, implicó importantes cambios en el régimen de los convenios de colaboración y de los acuerdos de encomienda de gestión celebrados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades públicas empresariales y restantes entidades públicas o privadas del sector público estatal, aunque el apartado d) del artículo 3.1 del TRLAP no fue objeto de modificación.

Por tanto, los efectos de la modificación del artículo 3.1 pueden resumirse así:

Reducción de la extensión de la exclusión de la aplicación del TRLCAP derivada del apartado c), que se limita a los convenios de colaboración entre esas personas jurídico-públicas si concurren las siguientes circunstancias: que su objeto no sea el propio de los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia o servicios regulados en el TRLCAP; o que, siendo su objeto propio de uno de tales contratos típicos, su cuantía sea inferior a las cuantías económicas referidas en el precepto.

ISBN: 978-84-612-8626-3

En definitiva, el precepto prohíbe la celebración de convenios de colaboración entre administraciones o entidades jurídico-públicas cuyo objeto sea el propio de esos contratos cuando su importe sea igual o superior a esas cuantías, quedando sujetos a la aplicación del TRLCAP, salvo que a su vez resultara de aplicación la exclusión contenida en el nuevo apartado l) del artículo 3.1.

Al no modificarse el apartado d) del artículo 3.1 del TRLCAP, la exclusión de la aplicación de este apartado seguía afectando únicamente a los convenios de colaboración celebrados entre la Administración General del Estado o sus organismos y entidades públicas con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado y cuyo objeto no esté comprendido en los contratos regulados en el TRLCAP o en normas administrativas especiales. Por ende, no se podrán celebrar convenios de colaboración entre la Administración o entidades públicas, por un lado, y entidades privadas –aunque se trate de sociedades o fundaciones del sector público–, por otro, cuyo objeto sea el propio de un contrato administrativo, sea de los típicos regulados en el TRLCAP, o sea, un contrato administrativo especial, quedando esos supuestos sujetos a la aplicación del TRLCAP y debiendo, por consiguiente, adjudicarse con arreglo a los procedimientos establecidos en el mismo, salvo que, a su vez, resultara de aplicación la exclusión añadida en el nuevo apartado l) del artículo 3.1.

La introducción de este apartado l) implica que las reglas derivadas del apartado c) y del apartado d) han de quedar matizadas por la consideración de que, no obstante lo establecido en ellos, estarán en todo caso excluidos de la aplicación del TRLCAP los acuerdos de encomiendas de gestión realizados a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública. Al introducirse la regla contenida en la letra l), deberán entenderse excluidos del ámbito de la LCAP los acuerdos de encomienda de gestión realizados por una administración, organismo o entidad en favor de entidades públicas o privadas dependientes de ella, y ello aun cuando el objeto de la gestión encomendada coincida con el de alguno de los contratos a los que aluden, en cada caso, los apartados c) y d) del artículo 3.1, o cuando su importe supere, en el caso de encomiendas de gestión a favor de entidades públicas, las cuantías fijadas en el apartado c) del precepto.

En aras de clarificar el alcance de la interpretación de estas modificaciones y resolver las amplias dudas suscitadas sobre esta materia, la Abogacía del Estado elaboró la Instrucción 2/2005, de 21 de julio, sobre el régimen

ISBN: 978-84-612-8626-3

jurídico aplicable a los convenios de colaboración y a los acuerdos de encomienda de gestión celebrados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades públicas empresariales y restantes entidades públicas y privadas del sector público estatal.[34] En efecto, dicha Instrucción declara que:

1. Quedan sometidos a la aplicación del TRLCAP y no pueden instrumentarse a través de convenios de colaboración entre administraciones y entidades públicas los contratos que, por su objeto e importe, deban hallarse sujetos a las correspondientes normas comunitarias, siempre que la Administración que actúe como contratista o proveedor goce de autonomía decisoria respecto de la Administración que actúe como entidad adjudicadora [supuesto del apartado c)].

2. En cambio, no quedan sometidos al TRLCAP y pueden instrumentarse a través de encomiendas de gestión realizadas entre una administración o entidad pública, por un lado, y una entidad pública o privada del sector público, por otro, aun en el caso de que por su objeto e importe debieran estar, en principio, sujetas a la normativa comunitaria, siempre que se den los requisitos delimitados por el TJCE para considerar que existe un caso de *in house* o utilización de medios instrumentales: que la Administración o entidad pública que actúe como entidad adjudicadora ejerza sobre la entidad pública o privada que actúe como contratista o proveedor un control análogo al que ostenta sobre sus propios servicios y que, al mismo tiempo, esta entidad realice la parte esencial de su actividad con aquella Administración o entidad pública que la controla plenamente [supuesto del apartado l)].

A este respecto, se destaca en la referida Instrucción que "aun cuando estos dos requisitos establecidos por la doctrina del TJCE […] no figuren recogidos explícitamente en la redacción del nuevo párrafo l) del artículo 3.1 del TRLCAP (únicamente puede considerarse que se alude a uno de ellos, el relativo al control análogo al ejercido sobre los propios servicios, al mencionar, en el caso de las sociedades públicas, que su capital debe ser íntegramente de titularidad de la Administración encomendante), se considera imprescindible que concurran en todo caso para poder consi-

34. A la misma interpretación acerca de los apartados c), d) y l) del artículo 3.1 del TRLCAP llega el Informe 1/2006, de 9 de febrero, de la JCCA de la Generalidad de Cataluña, sobre régimen jurídico de las relaciones onerosas entre la Administración de la Generalidad de Cataluña y otras entidades del sector público.

ISBN: 978-84-612-8626-3

derar que las encomiendas de gestión a que se refiere ese precepto quedan excluidas de la aplicación del TRLCAP, lo que no sería posible, de acuerdo con esa doctrina jurisprudencial, en los supuestos que faltara cualquiera de esos requisitos".[35]

Respecto del nuevo apartado l) del artículo 3.1 la meritada Instrucción interpreta el ámbito de los acuerdo de encomienda de gestión que regula como sigue.

–Desde el punto de vista del elemento subjetivo, que se realicen en favor de algunas de las siguientes entidades:

1. Organismos autónomos, entidad pública empresarial u otras entidades de Derecho público del sector público estatal [ya que todas ellas quedan comprendidas en la dicción "entidades" del apartado l) del artículo 3.1 del TRLCAP], siempre que concurran cumulativamente las siguientes circunstancias: que la Administración, organismo o entidad pública que realiza la encomienda de gestión ejerza sobre el organismo o entidad pública que la recibe un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; y que además ese organismo o entidad en cuyo favor se acuerda la encomienda de gestión realice la parte esencial de su actividad con la Administración, organismo o entidad pública que la otorga.[36]

35. En el mismo sentido, el Informe 1/2006, de 9 de febrero, de la JCCA de la Generalidad de Cataluña citado afirma:

"es preciso tener en cuenta que, a la luz de la normativa y de la jurisprudencia comunitaria, y pese el tenor literal de la letra l) del artículo 3.1, no se puede entender que la titularidad o la propiedad total de la entidad o de la sociedad por parte de la Administración sea, por sí misma, condición suficiente para justificar la exclusión indiscriminada de la aplicación de la Ley de contratos de todas las relaciones entre la Administración y dicha entidad o sociedad.

"Efectivamente, para considerar a una determinada entidad como un medio propio de la Administración y poder recurrir a la figura del encargo de gestión excluido del ámbito de aplicación del TRLCAP tiene que concurrir, además de la titularidad pública a la que alude el nuevo apartado l) del artículo 3.1 las circunstancias del control análogo al que la Administración ejerce sobre sus propios servicios, y de realización por la entidad de la parte esencial de su actividad para la Administración que la controla.

"Con estas precisiones, se puede concluir que el encargo de gestión a que se refiere el artículo 3.1.l) es la instrumentación que prevé la Ley de contratos para la figura de lo que hemos llamado contratos internos o *in house providing*."

36. Como destacaba la Instrucción de la Abogacía del Estado citada, al reducir el ámbito de la exclusión del TRLCAP de los convenios de colaboración entre administraciones, organismos o entidades públicas mediante la nueva redacción del artículo 3.1.c), el legislador ha modificado el criterio de que la encomienda de gestión quedaba en todo caso excluida del TRLCAP cuando se realizara entre administraciones o entidades públicas, que se plasmaba en el

ISBN: 978-84-612-8626-3

2. Sociedades mercantiles estatales, cuando su capital pertenezca totalmente a la Administración General del Estado, organismo o entidad pública que realiza la encomienda de gestión a su favor, y fundaciones del sector público estatal. A las primeras se alude expresamente en el apartado l) del artículo 3.1 del TRLCAP, y las segundas quedan comprendidas en el término "entidades" utilizado por el precepto, siempre y cuando concurran cumulativamente los requisitos de la doctrina *in house*: que la Administración, organismo o entidad pública que realiza la encomienda de gestión ejerza sobre la sociedad o fundación que la recibe un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; y además, que esa sociedad o fundación en cuyo favor se acuerda la encomienda de gestión realice la parte esencial de su actividad con la Administración, organismo o entidad pública que la otorga.[37]

–Desde el punto de visto objetivo, que se observen en ellas las exigencias contenidas en relación con las encomiendas de gestión en el artículo 15 de la Ley 30/1992:

1. Que su objeto sea la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos de la Administración General del Estado, cuya encomienda a los organismos o entidades anteriormente indicadas se considere conveniente por razones de eficacia o por carencia de medios técnicos idóneos para su desempeño (artículo 15.1 de la Ley 30/1992).[38]

artículo 15.1, 3 y 4 de la Ley 30/1992 y que deben entenderse parcialmente modificados tras la entrada en vigor de la reforma del artículo 3.1 del TRLCAP por el Real decreto ley 5/2005, de 11 de marzo, que sólo permite tales encomiendas a favor de entidades plenamente controladas por la Administración pública encomendante al amparo de la letra l) del artículo 3.1 o, mediante convenio de colaboración, cuando quede excluido del TRLCAP conforme a la nueva redacción de la letra c) del artículo 3.1.

37. Al introducir en el artículo 3.1 del TRLCAP el nuevo apartado l) –en el que se establece expresamente la posibilidad de que las encomiendas de gestión se realicen a favor de las sociedades mercantiles cuyo capital les pertenezca en su totalidad, y de cuya redacción se deduce, implícitamente, que también pueden realizarlas a favor de otras entidades privadas del sector público–, el legislador ha modificado el criterio de que la encomienda de gestión no podía realizarse a favor de personas sometidas a Derecho privado, que se plasmaba en el artículo 15.3 de la Ley 30/1992, y que debe entenderse parcialmente reformado tras la entrada en vigor de la modificación introducida en el artículo 3.1 del TRLCAP por el Real decreto ley 5/2005, que permite tales encomiendas a favor de determinadas personas jurídico-privadas controladas por la Administración pública encomendante.

38. Es posible que el objeto de la encomienda de gestión, así definido, coincida con el de alguno de los contratos regulados en el TRLCAP o en normas administrativas especiales y que su cuantía exceda de los umbrales fijados en el apartado c) del artículo 3.1, mas en tales

ISBN: 978-84-612-8626-3

2. Que se formalice por acuerdo expreso de la Administración General del Estado, organismo o entidad pública que otorga la encomienda de gestión. Dicho acuerdo de encomienda de gestión no deberá recibir la denominación de convenio de colaboración, a fin de evitar cualquier duda relativa a la posible aplicación al mismo de las previsiones de los apartados c) y d) del artículo 3.1 del TRLCAP. En el acuerdo de encomienda de gestión deberá incluirse, al menos, la expresa mención de la actividad o actividades encomendadas, el plazo de vigencia y la naturaleza o alcance de la gestión encomendada (artículo 15.3 de la Ley 30/1992).

3. Que el acuerdo de encomienda de gestión, y su eventual resolución, se publiquen en el BOE (artículo 15.3 de la Ley 30/1992).[39]

supuestos no serán de aplicación las prescripciones del TRLCAP, toda vez que las reglas establecidas en los apartados c) y d) del artículo 3.1 del TRLCAP deben entenderse ambos sometidas a la excepción común derivada de la aplicación de la letra l) de ese mismo precepto.

39. Véase la Ley 4/2005, de 8 de julio, de reordenación del sector público empresarial de la Comunidad de Extremadura, por la que se autoriza la creación de la Sociedad de Gestión Pública de Extremadura, y en la que se adecua a la modificación del artículo 3.1 del TRLCAP por el RDL 5/2005. Asimismo, se regula el régimen jurídico de los convenios y protocolos a través de los cuales se encomendarán funciones a las empresas instrumentales dependientes de la nueva Sociedad de Gestión Pública de Extremadura. A tal efecto, el artículo 1.1 dispone:

"Se constituye la empresa pública Sociedad de Gestión Pública de Extremadura, de capital íntegramente suscrito por la Junta de Extremadura, que adoptará la forma jurídica de sociedad anónima unipersonal con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar en el ámbito de su objeto."

Con relación a su objeto social, el artículo 3 establece:

"1. La empresa pública Sociedad de Gestión Pública de Extremadura, por sí misma, o a través de sus empresas participadas, tendrá como objeto social la realización de todo tipo de actividades de carácter material, técnico o de servicios que le puedan ser encomendados por cuenta y bajo la supervisión y control de la Junta de Extremadura, sus organismos e instituciones, a través de los oportunos convenios o protocolos, actuando en el marco de tales encomiendas de gestión en nombre y como medio propio de la Administración autonómica a los efectos establecidos en el artículo 3.1.l) del Real decreto ley 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas. 2. La empresa pública Sociedad de Gestión Pública de Extremadura, previo acuerdo de Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, podrá constituir sociedades mercantiles bajo la forma de anónimas y con el carácter de unipersonales como nuevos entes instrumentales para la ejecución de actuaciones que le encargue la Administración autonómica, así como acordar la fusión o escisión de las ya creadas a estos mismos fines."

Por lo que se refiere al régimen de la encomienda de gestión a las empresas públicas autonómicas, el artículo 8 ordena:

"1. Las distintas consejerías, así como sus organismos, instituciones y entes públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, podrán celebrar convenios y protocolos con empresas

ISBN: 978-84-612-8626-3

Por último, la disposición final cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2007, en lo que aquí importa modificó el apartado l) del artículo 3.1 del TRLCAP, que quedó redactado como sigue:

"Las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y

públicas de la comunidad autónoma cuyo capital sea íntegramente público y titularidad de la comunidad autónoma, para la ejecución de actividades o cometidos propios de aquéllas. Dichas empresas tendrán la consideración de medio propio instrumental de la Junta de Extremadura y de las entidades públicas vinculadas o dependientes de la misma, a los efectos de la ejecución de obras, trabajos, asistencias técnicas y prestación de servicios que se les encomienden, así como a los efectos de percibir subvenciones o fondos provenientes de otras administraciones u organismos públicos diferentes a la Administración y/o organismo encomendante. La encomienda de dichas actividades no podrá implicar, en ningún caso, la atribución de potestades, funciones o facultades sujetas de Derecho Administrativo propias de la Administración. Las relaciones de estas empresas públicas y las distintas consejerías en su condición de medio propio y servicio técnico, tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado y el importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios, servicios y suministros que realicen se determinará atendiendo a los precios que figuren en el presupuesto de ejecución que previamente haya aprobado el órgano competente que en ningún caso podrá suponer un beneficio industrial para la empresa pública, sin perjuicio de los coste de administración general que pudieran dimanar de su gestión. En todo caso, la encomienda de gestión deberá respetar los principios de indemnidad y equilibrio presupuestario, requiriéndose, a estos efectos, informe expreso de la consejería de la que dependa el sector público empresarial, así como a los efectos de garantizar la estabilidad presupuestaria, informe de la consejería competente en materia de presupuesto.

"[…]

"Todos los actos de las empresas públicas de la Comunidad Autónoma de Extremadura cuyo capital sea íntegramente público y titularidad de la comunidad autónoma dicten en el ejercicio de sus competencias en materia de contratación, dentro de la ejecución de los convenios y protocolos referidos en el apartado i) estarán sujetos a lo dispuesto en el artículo 2 del RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el TRLCAP y serán recurribles en alzada ante el órgano que le hubiera efectuado la encomienda.

"2. Los convenios y protocolos tendrán las estipulaciones jurídicas, económicas y técnicas necesarias e irán acompañados de una memoria en la que se detallarán los siguientes extremos: a) Objeto del convenio, financiación de la actividad, entorno económico y sectorial, necesidad o conveniencia del método utilizado. b) Objetivos económicos y sociales y los medios a emplear. c) En su caso, las contraprestaciones o avales a conceder por la Junta de Extremadura. d) Control por la consejería competente en materia de sector público empresarial, de la ejecución del convenio y posterior explotación económica, sin perjuicio del control que pueden ejercer la consejería u organismo que haya suscrito el convenio […]."

ISBN: 978-84-612-8626-3

entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan."

Dicho precepto se constituye, pues, en antecedente inmediato de la vigente regulación de los encargos domésticos a medios propios o servicios técnicos de la Administración en la vigente LCSP, y nos va a permitir valorar el alcance del actual régimen de los medios propios o servicios técnicos en la LCSP. Asimismo, hay que subrayar que es en esta redacción donde el legislador, por un lado, recoge expresamente los requisitos de la doctrina comunitaria acerca de los negocios *in house* pero, por otro lado, en el supuesto de la utilización de personificaciones societarias mercantiles como medio propio parece disociar la participación pública exclusiva como presupuesto del control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios de la titularidad o pertenencia de dicha participación de la Administración encomendante de la prestación, de suerte que dicha redacción parece amparar la disociación entre accionariado público y control análogo.

2.2.2. La relación entre el artículo 4.1.c), d) y n) de la LCSP: la Administración pública y sus entes instrumentales de Derecho público como contratista o adjudicataria de contratos públicos

Para averiguar el régimen de los encargos internos en la LCSP es preciso delimitar el apartado n) del artículo 4.1 del apartado c) del mismo precepto. Entiendo, pues, que en primer lugar hay que ponerlos en relación.

La norma se limita a transcribir en sentido estricto el tenor literal del artículo 3.1.l) del TRLCAP tras la reforma del RDL 5/2005, apartado que en la redacción originaria no recogía los requisitos de la doctrina *in house*, pues según su tenor literal sólo requería titularidad pública exclusiva de la Administración encomendante. De ahí que en el régimen de los encargos de gestión que regula esta ley sólo se impone la pertenencia accionarial exclusiva directa o indirecta de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Empero, como hemos reiterado a lo largo de este trabajo, la titularidad accionarial es un requisito necesario pero no suficiente de la definición de ente instrumental como medio propio, pues hace falta el ejercicio de un control análogo y realizar la parte esencial de su actividad con la Administración que lo controla. En definitiva, la norma extremeña no se ajusta ni a la doctrina del TJCE ni al artículo 24.6 de la LCSP, pues se limita a calificar como medio propio todas las empresas públicas cien por cien titularidad autonómica.

En cambio, estimamos acertada la previsión en la Ley extremeña de la creación de otras sociedades mercantiles instrumentales imponiendo el requisito de la titularidad exclusiva –entiendo que directa o indirecta– de la propia Administración. Dicha previsión desafortunadamente se omite en la disposición adicional trigésima de la LCSP para el caso de las filiales que puede crear o participar TRAGSA, en cuyo caso, siempre que entre en el accionariado la

ISBN: 978-84-612-8626-3

La condición de medio propio o servicio técnico se desarrolla en la Ley en el artículo 24 bajo la rúbrica "Ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares", cuyo apartado 6 establece:

"A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública."

El precepto hace referencia a "entes, organismos y entidades del sector público". Al objeto de desentrañar su significado preciso, ha de ser puesto en relación con el artículo 3 de la propia norma, dedicado al ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP, que, como es sabido, constituye una de sus novedades principales. Por consiguiente, y sin desviarnos del objeto de nuestra reflexión, resulta obligado para averiguar el significado o tipología concreta de entes comprendidos bajo las genéricas expresiones de "entes, organismos y entidades del sector público" susceptibles de ser considerados medios propios o servicios técnicos, poner dicha referencia en relación con el artículo 3 de la LCSP dedicado al ámbito subjetivo de la Ley.

A tal efecto, el artículo 3 establece tres círculos concéntricos. En el apartado 1 realiza una enumeración extensa que comprende el más amplio concepto de sector público de origen económico, financiero y presupuestario, donde además de las administraciones territoriales se pretende abarcar la amplia y variada tipología de entes instrumentales de Derecho público y de Derecho privado de la Administración. El apartado 2 enumera con carácter taxativo los entes, organismos y entidades del sector público que tienen la consideración de Administración pública, y constituye el círculo más estricto al que se aplica en toda su virtualidad la LCSP (artículos 19 y 21.1). Por último, el apartado 3 acoge el concepto comunitario de poder adjudicador,[40] de suerte que para interpretar los entes, organismos y entidades del sector

participación privada, no podrán disfrutar de la condición de medio propio en sus relaciones internas con la Administración del Estado y las comunidades autónomas.

40. Puede verse MONTOYA MARTÍN, E., "La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del concepto de 'poder adjudicador' en las directivas de la contratación pública de servicios, suministros y obras", RAAP, 41, 2001.

ISBN: 978-84-612-8626-3

público a los que se refiere el artículo 24.6 hay que contraponerlo con el artículo 4.c). Este último precepto se aplica sólo a los convenios que por su propia naturaleza no tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley, es decir, contratos administrativos (artículo 19.1), siempre que se celebren entre entes que tengan la consideración de Administración pública. Y a tenor del artículo 3.2 de la LCSP sólo tienen la consideración de Administración pública:

a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior, es decir, administraciones territoriales y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social; *b*) los organismos autónomos; *c*) las universidades públicas; *d*) las entidades de Derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, es decir, las denominadas administraciones independientes o reguladoras, y e) las entidades de Derecho público vinculadas a una o varias administraciones públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes: 1ª que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o 2ª que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

Se trata, pues, de requisitos de carácter no acumulativo y que coinciden con los criterios de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria, para delimitar el sector público administrativo del sector público empresarial en su artículo 3.

Asimismo, según la LCSP no tendrán la consideración de Administración pública a efectos de la contratación las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las comunidades autónomas y de las entidades locales.

En conclusión, el artículo 4.1.c) comprende los convenios entre las entidades del sector público que a tenor del artículo 3.2 se clasifican como Administración pública con el fin de someterlos a la LCSP cuando por su naturaleza tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley, lo que comprende además de los contratos administrativos típicos los especiales, y cualquiera que sea su cuantía, a diferencia del precedente artículo 3.1.c) del TRLCAP.

ISBN: 978-84-612-8626-3

Por su parte, el apartado d) del artículo 4.1 de la LCSP excluye:

"Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales."

Fácilmente se infiere que la literalidad de este apartado es prácticamente coincidente con la redacción de su precedente, el artículo 3.1.d) del TRLCAP, aunque ahora tales relaciones reciben la escueta calificación de convenio frente a la de convenio de colaboración del TRLCAP.[41] Es por ello por lo que hay que mantener respecto de este apartado la interpretación expuesta y avalada por la Instrucción de la Abogacía del Estado respecto del artículo 3.1.d) del TRLCAP.

Por consiguiente, consideramos que podría entenderse que el artículo 24.6 en relación con el 4.1.n) de la LCSP tiene por objeto la regulación como medios propios o servicios técnicos que no tienen un fundamento convencional sino organizatorio de las relaciones entre Administración y los entes del sector público referidos en el artículo 3.1 de la LCSP que no tienen la consideración de Administración pública a tenor de la misma Ley. Por lo que comprendería la posibilidad de configurar como medios propios o servicios técnicos a las relaciones entre la Administración matriz y las entidades públicas empresariales (EPES), entidades asimiladas de las comunidades autónomas[42] y la entidad pública empresarial local introducida en la LBRL en virtud de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre,

41. Asimismo, la coletilla de que los convenios incluidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea centrados ahora en los que se concluyan en el sector de la defensa se contemplan en la LCSP en un apartado específico, la letra e) del artículo 4.1.

42. Lo que a la vez ha suscitado algunas dudas en las comunidades autónomas que no siguen para su administración institucional el modelo y la terminología de la LOFAGE. Tal es el caso de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de administración de la Junta de Andalucía, pues a partir de su aplicación las entidades contempladas en el artículo 6.1.b) de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de hacienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía (LHA), pasan a configurarse, en los términos establecidos en la disposición transitoria única de la Ley 9/2007, como agencias públicas empresariales. Por ende, la cuestión que se plantea con relación a la LCSP es si cabe hacer el paralelismo automático entre las agencias públicas empresariales de la Ley andaluza 9/2007 y las EPES de la LOFAGE, que a tenor del artículo 3.2 de la LCSP no tienen la consideración de Administración pública a efectos de la contratación. Sobre este asunto puede consultarse la Instrucción 3/2008, de 21 de abril, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, sobre la aplicación de la Ley de contratos del sector público a las entidades de Derecho público del artículo 6.1.b) de la Ley general de la hacienda pública de la Comunidad Autónoma de

ISBN: 978-84-612-8626-3

de medidas de modernización del gobierno local;[43] sociedades mercantiles públicas[44] y fundaciones públicas.[45] Ya hemos visto que acertadamente y para llegar a una plena adecuación del régimen de los convenios y encomiendas excluidas de la normativa de contratos públicos, así como en aras de una cabal interpretación sistemática del TRLCAP sobre este

Andalucía. La postura de la Comisión es que estas entidades públicas no son asimilables en bloque y de manera automática a las EPES de la Administración del Estado a efectos de su encuadramiento en el ámbito subjetivo de la LCSP. Consecuentemente, estaríamos ante el supuesto de las entidades de Derecho público incluidas en la letra e) del artículo 3.2, que tendrán la consideración de Administración pública a efectos de la LCSP, si cumplen alguna de las dos características previstas en el citado apartado.

A modo de ejemplo, puede verse el Decreto 46/1993, de 20 de abril, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de constitución efectiva y adscripción a la Consejería de Cultura y Medio Ambiente de la empresa pública Gestión de Programas y Actividades Culturales y Deportivas, que configura dicha entidad de Derecho público, sujeta al ordenamiento jurídico privado en sus relaciones con terceros, como medio propio de la comunidad autónoma.

La disposición adicional decimocuarta de la Ley 3/1991, de 28 de diciembre, del presupuesto de la comunidad autónoma para 1992 creó, adscrita a la Consejería de Cultura y Medio Ambiente, una empresa de la Junta de Andalucía de las previstas en el artículo 6.1.b) de la Ley general de la hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con personalidad jurídica y patrimonio propios y plena capacidad jurídica y de obrar.

Esta empresa tiene como objeto llevar a cabo las tareas técnicas y económicas requeridas para el desarrollo y ejecución de programas y actividades en el ámbito cultural y deportivo, así como la realización de proyectos de participación o coproducción con iniciativas del sector público y privado, y la gestión de actividades e infraestructuras, todo ello con el objetivo de optimizar la gestión cultural y deportiva y de sistematizar las diversas formas jurídicas de gestión que han venido utilizándose, pudiendo a tal fin tanto emplear cualquiera de las formas previstas en la legislación vigente sobre sociedades mercantiles como adscribírsele por la Junta de Andalucía otras sociedades ya creadas o que se creen en lo sucesivo.

El Decreto citado establece en el artículo 2 respecto del régimen de actuación:

"1. La Empresa Pública de Gestión de Programas y Actividades Culturales y Deportivas actuará en régimen de entidad de Derecho público, con sujeción a sus propias normas especiales en lo referente a su estructura y funcionamiento, a la Ley del patrimonio de la comunidad autónoma, y su Reglamento cuanto le sea de aplicación, a la Ley general de la hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y demás de general aplicación en cuanto a su régimen económico y financiero, y a las normas de Derecho privado, mercantil, civil o laboral que le sean aplicables por lo que respecta a las relaciones jurídicas externas, adquisiciones patrimoniales y contratación de cualquier índole, el régimen de personal y, en general, sus actividades frente a terceros."

Destaca entre sus funciones el apartado i) del artículo 4, que dispone:

"Cualquier otra que le sea encomendada por la Consejería de Cultura y Medio Ambiente en el ámbito del objeto de la empresa, de conformidad con las funciones encomendadas por la disposición adicional decimocuarta, tres, de la Ley 3/1991, de 28 de diciembre, del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1992, así como por el presente Decreto.

ISBN: 978-84-612-8626-3

asunto, la Instrucción de la Abogacía del Estado sobre el régimen jurídico aplicable a los convenios de colaboración y a los acuerdos de encomiendas de gestión interpretó que la excepción incluida en la letra l) del artículo 3.1 debía aplicarse tanto en el supuesto de relaciones internas entre la Administración y entidades instrumentales públicas que tengan la consideración de entidad adjudicadora según el Derecho comunitario de la contratación pública o se trate de una Administración como "adjudicataria" [supuesto del artículo 4.1.c)], así como a las relaciones internas e instrumentales entre las administraciones y sus entidades instrumentales de Derecho privado, singularmente sociedades mercantiles y fundaciones. De ahí que en coherencia ha de sostenerse la interpretación de que la referencia subjetiva contenida en el artículo 24.6 en puridad ha de ser genérica, comprensiva de todas las entidades del sector público, ampliamente enumeradas, en el artículo 3.1 de la LCSP.

Sin embargo, estimo que en aras de la claridad y de despejar toda sombra de duda, el artículo 4.1.c) de la LCSP aplicable –insistimos– sólo a las relaciones entre administraciones y entes instrumentales que en la propia Ley tienen la consideración de Administración pública (artículo 3.2 de la LCSP), debería añadírsele expresamente la excepción de la excepción, es decir, quedan excluidos de la LCSP los encargos domésticos

"A tal fin, la Empresa Pública de Gestión de Programas y Actividades Culturales y Deportivas deberá ejecutar con carácter obligatorio las actividades que le sean encomendadas por la Consejería de Cultura y Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, de acuerdo con sus competencias.

"Los trabajos y actividades que, conforme a lo ya expuesto, la Empresa Pública de Gestión de Programas y Actividades Culturales y Deportivas realice para la Consejería de Cultura y Medio Ambiente, cuando las circunstancias lo permitan, podrán ser considerados como realizados con los medios y por los servicios propios de esta última, a los efectos de lo establecido en los artículos 60.1 de la Ley de contratos del Estado y 191 y siguientes de su Reglamento."

43. *Vid.* nuestro trabajo *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*, Iustel, Madrid, 2006.

44. Puede consultarse el Informe 5/2006, de 20 de noviembre, de JCCA de la Generalidad de Cataluña, relativo al régimen contractual de las sociedades mercantiles públicas.

45. Puede verse el Informe 4/2004, de 10 de diciembre, de la JCCA de la Generalidad de Cataluña, acerca del grado de sujeción de las fundaciones privadas a la entonces vigente LCAP. La LCSP ha resuelto dicha laguna, pues enumera en el artículo 3.1.f) a tales fundaciones, por lo que a tenor de la clasificación que realiza la norma de su ámbito subjetivo: o bien estarán sujetas a la Ley en su consideración de poder adjudicador [artículo 3.3.b)] o bien estarán sujetas en su grado mínimo a la Ley como simple entidad del sector público. Lo que es claro es que no tienen nunca la consideración de Administración a efectos de la contratación, pues no se enumeran en el apartado 2 del artículo 3 de la Ley.

ISBN: 978-84-612-8626-3

entre la Administración pública matriz y sus entes instrumentales que tienen la consideración de Administración, es decir, organismos autónomos, administraciones reguladoras o independientes, entidades de Derecho público cuya actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o cuya financiación mayoritaria no proceda de ingresos comerciales, cuando la Administración encomendante ejerza un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y tales entes realicen la parte esencial de su actividad para la Administración matriz que los controla. Se trata, pues, de la aplicación de la doctrina Teckal y sus desarrollos a los encargos entre administraciones públicas.

Asimismo, hay que afirmar con rotundidad y apoyo en la normativa comunitaria de la contratación pública y la jurisprudencia del TJCE que la Administración puede ser contratista o adjudicataria de contratos públicos.[46] En efecto, el considerando 4 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, establece que "los estados miembros tienen que velar para que la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de un licitador que sea un organismo de Derecho público no cause distorsión de la competencia respecto de los licitadores privados". Por otra parte, la definición de "contratista, proveedor y prestador de servicios" contenida en el apartado 8 del artículo 1 de la misma Directiva no efectúa ninguna

46. En este sentido *vid.* GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. *El contratista de la Administración pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, en particular p. 118-154. Esta es, justamente, la orientación recogida en el Código francés de contratos públicos, aprobado por el Decreto 2001/210, de 7 de marzo, cuyo artículo 1 incluye expresamente la posibilidad de que el adjudicatario de un contrato administrativo regulado por este Código sea una persona pública. En sentido contrario, sólo se consideran excluidas de la aplicación del Código, tal y como se dispone en su artículo 3, las relaciones contractuales entre personas públicas que tienen una respecto la otra parte contratante, una relación de control similar a la ejercida sobre sus propios servicios (supuesto primero del artículo 3) o en el supuesto de contratos de servicios en los que el contratista disfruta de derechos exclusivos.

En este sentido, la instrucción para la aplicación de este Código, de 28 de agosto del 2001, dictada por el Ministerio de Economía, de las Finanzas y de la Industria del Gobierno francés, establece claramente que es perfectamente admisible en el ordenamiento jurídico francés que un organismo público sea licitador y adjudicatario de un contrato administrativo, siempre que la Administración contratante y el licitador sean dos personas jurídicas diferentes, con personalidad jurídica propia.

ISBN: 978-84-612-8626-3

diferenciación respecto de la condición pública o privada de los operadores económicos o contratistas. No obstante, la LCSP arrastra, igual que las precedentes, la ausencia de regulación específica de esta cuestión, lo que no deja de suscitar algunos problemas como la aplicación del requisito de la clasificación del contratista, toda vez que la legislación de contratos parte de la idea del contratista como sujeto privado y no público, u organismo de Derecho público en terminología del Derecho comunitario de la contratación pública. En este sentido, se ha pronunciado el Informe 2/2001, de 23 de noviembre, de la JCCA de la Generalidad de Cataluña, relativo a la posibilidad de que un organismo autónomo comercial de carácter local, Parques y Jardines de Barcelona, instituto municipal, pueda participar como licitador en un procedimiento de adjudicación de contratos administrativos, así como el régimen de clasificación empresarial.

Manifiesta la JCCA de Cataluña en el meritado informe que la regulación del ámbito subjetivo de aplicación de las directivas comunitarias y la jurisprudencia interpretativa del TJCE permiten afirmar, pues, que un contrato oneroso y por escrito entre dos entidades adjudicadoras para la realización de un objeto propio de los contratos de obras, suministros o servicios (según la descripción y definición de estos objetos que hacen las directivas) es un contrato público que debe regirse por las directivas comunitarias de contratos públicos. Las únicas excepciones que caben son los contratos de servicios adjudicados a una entidad adjudicadora sobre la base de un derecho exclusivo y las relaciones contractuales entre los que exista una relación de dependencia. La JCCA en sus Conclusiones afirma:

"Tercera. La interpretación de la LCAP, a la luz del Tratado Constitutivo de la Unión Europea y de las directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, comporta entender que la exclusión que la LCAP hace en el apartado c) de su artículo 3, relativo a la no-aplicación de esta Ley a los convenios de colaboración interadministrativa formalizados entre administraciones territoriales, sus organismos autónomos o entidades de Derecho público, no puede llegar a los contratos onerosos que celebren estos entes públicos cuando su objeto sea uno de los incluidos en la LCAP y esta relación contractual se establezca entre personas jurídicas diferentes sin relación de dependencia entre ellas ni en virtud de concesión de un derecho exclusivo. Por el contrario, los objetivos de creación de un espacio económico único con libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, así como el ámbito subjetivo y objetivo de las directivas comunitarias sobre con-

ISBN: 978-84-612-8626-3

tratos públicos, comportan que las relaciones contractuales entre administraciones públicas deban ser sometidas a la LCAP."

En la consideración de la Administración y sus entes institucionales como contratistas inciden otros requisitos de capacidad propios del Derecho administrativo, como el principio de especialidad o el ámbito territorial al que se extiende la competencia, que la legislación de contratos administrativos no ha contemplado por la sencilla razón de que ha partido del esquema clásico del contratista sujeto privado.[47] No hay, pues, en la LCSP norma específica que contemple requisitos especiales de capa-

47. Así se pone de manifiesto con acierto en el referido Informe 2/2001, de 23 de noviembre, de la JCCA de la Generalidad de Cataluña, con relación al organismo autónomo Parques y Jardines de Barcelona:

"Los entes locales constituyen organismos autónomos que adoptan la configuración de comerciales cuando el objeto de la actividad es susceptible de explotación económica. Su actividad está tutelada por el ente local que la ha creado y su ámbito de actuación deriva del propio ámbito territorial y material del servicio que se ha descentralizado. Esta naturaleza jurídica puede limitar su capacidad de obrar en el sentido que, tal y como afirma el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa, de 8 de julio de 1983, sólo actúan sus poderes en relación con determinados habitantes que se encuentran dentro del espacio físico al que alcanza su competencia y por razón exclusiva de conexión con alguno de los fines concretos para cuya satisfacción ha recibido esas competencias.

"[…] no hay inconveniente en afirmar que un organismo autónomo local de carácter comercial puede ser licitador y adjudicatario de un contrato licitado por otra Administración pública (siempre que […] esta relación contractual tenga como objeto los propios de los contratos administrativos descritos en la LCAP e incluidos en su ámbito material de regulación, el contrato sea oneroso y se trate de personas jurídicas independientes una de la otra sin existencia de relación de dependencia). No se consideran incluidos los contratos de servicios entre una administración pública y otra entidad que disfrute de derechos exclusivos.

"Las prohibiciones o limitaciones en la capacidad de obrar de los organismos públicos se debería examinar, si procede, con aplicación de los principios generales del régimen jurídico de actuación de las administraciones públicas, como son fundamentalmente el principio de competencia (artículo 12 de la Ley 30/1992) o el requisito de que el objeto social de la empresa adjudicataria tenga relación directa con el objeto de la licitación, artículo 197 de la LCAP para los contratos de consultoría y asistencia o servicios."

Por lo que:

"Quinto. Parques y Jardines de Barcelona, instituto municipal, puede participar en las licitaciones públicas convocadas por otras administraciones públicas y ser adjudicataria de contratos administrativos, siempre que el objeto social y el alcance material y territorial de su capacidad de obrar lo permitan. En este sentido, la definición estatutaria de sus objetivos básicos (artículo 2) y de sus actividades (artículo 3) limitan al área territorial de la ciudad de Barcelona su competencia de actuación, cosa que parece podría condicionar su capacidad de obrar."

ISBN: 978-84-612-8626-3

cidad y solvencia para el contratista persona jurídico-pública, omisión que consideramos debería haberse evitado.

2.2.3. Los requisitos de los negocios domésticos[48]

En nuestra opinión, el artículo 24.6 de la LCSP no se ajusta plenamente a la doctrina del TJCE acerca de los negocios *in house*, pues el entendimiento que realiza del requisito del control análogo llega a desvirtuarse, consagrando la práctica de la "cesión de medios propios"[49] entre adminis-

48. Algunas comunidades autónomas han regulado también los encargos o encomiendas entre la Administración pública y sus entes instrumentales. Además de las referencias que ya hemos hecho a lo largo del trabajo, queremos citar el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que ha regulado desde la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, de ordenación económica, un régimen general y vago de los denominados *encargos de ejecución o gestión*, enunciados como fórmulas de financiación de sus empresas públicas, y sin referencia alguna a los requisitos de los encargos domésticos. La Ley 16/1999, de 28 de diciembre, de presupuestos generales, en el artículo 19, bajo la rúbrica "Régimen de financiación de la actividad de las empresas de la Junta de Andalucía con cargo a aportaciones de la Junta de Andalucía y sus organismos autónomos", regula los denominados "encargos de gestión" disponiendo:

"Tres. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior y lo dispuesto en sus normas específicas, las empresas de la Junta de Andalucía, en el marco de sus estatutos y objeto social, podrán gestionar actuaciones de competencia de las consejerías u organismos autónomos de la Junta de Andalucía, que serán financiadas con cargo a los créditos establecidos en las distintas secciones presupuestarias.

"La gestión de estas actuaciones se someterá a las siguientes condiciones y trámites:

"a) Se formalizarán a través de encargos de ejecución por los titulares de las consejerías y los presidentes o directores de los organismos autónomos correspondientes, en los que figurarán los compromisos y obligaciones que asumiere la empresa, así como las condiciones en que se realiza el encargo.

"b) La determinación del importe de la actuación se efectuará según valoración económica definida en el proyecto correspondiente o del presupuesto técnico de la actuación. En ningún caso podrá ser objeto de encargo de ejecución la contratación de suministros.

"c) El pago se efectuará con la periodicidad establecida en el encargo de ejecución y conforme a la actuación efectivamente realizada.

"No obstante, podrá efectuarse un anticipo de hasta el 10% de la primera anualidad correspondiente a cada encargo de ejecución, de acuerdo con lo establecido en la letra b) de este apartado.

"d) Los gastos generales y corporativos de la empresa podrán ser imputados al coste de las actuaciones encargadas, hasta un máximo del 6% de dicho coste.

"En las actuaciones financiadas con fondos procedentes de la Unión Europea deberá asegurarse la elegibilidad de estos gastos, de acuerdo con lo establecido en la normativa comunitaria."

49. En este mismo sentido, con relación al artículo 3.1.l) del TRLCAP, véase BERNAL BLAY, M.A., "Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de contratos de las administraciones públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1, letra l), del TRLCAP",

ISBN: 978-84-612-8626-3

traciones públicas, que es lo que –como ya se ha expuesto– realiza el TJCE de manera extraña a su propia doctrina en la sentencia ASEMFO-TRAGSA.

2.2.3.1. El control. La LCSP formula una petición de principio

El primer párrafo del artículo 24.6 recoge, pues, los dos requisitos que desde la sentencia Teckal delimitan la noción de medio propio a efectos de su exclusión de la normativa comunitaria de contratos públicos de obras, suministros y servicios. Mas es cuando el legislador especifica en qué consiste el control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios cuando, a nuestro juicio, no hace una trasposición fiel de la doctrina comunitaria, pues el párrafo segundo del artículo 24.6 declara que:

"En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan."

Así pues, el control específico ejercido sobre el medio propio se cifra en la LCSP en encargos de cumplimiento obligatorio para el ente instrumental medio propio y en la fijación unilateral de la retribución por referencia a las tarifas aprobadas también unilateralmente por la Administración. Sin embargo, como se ha puesto de relieve en particular desde la sentencia Carbotermo, el *plus* de control ha de consistir en una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y decisiones importantes de la entidad o sociedad

RAP, 129, 2006, p. 87, 88 y 89. Apunta a nuestro juicio de manera acertada las diferencias entre el artículo 15.5 de la Ley 30/1992 y el artículo 3.1.l) del TRLCAP, pues señala que el objeto de las encomiendas de gestión del artículo 15.5 de la Ley 30/1992 y de estos mandatos del artículo 3.1.l) del TRLCAP se confunden y pueden resultar el mismo en cantidad de supuestos.

Es en la cuestión del elemento subjetivo donde las diferencias entre ambas figuras se ponen de manifiesto en mayor medida. Si la encomienda de gestión se puede realizar a favor de órganos y entidades, de la misma o de distinta administración, los mandatos del TRLCAP únicamente pueden recaer sobre entidades y sociedades de la misma administración (no puede entenderse de otra manera la expresión "cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública" (p. 88). Y añade: "si la encomienda puede tener carácter contractual en determinados supuestos, debemos negar la existencia de contrato en los supuestos de mandatos del artículo 3.1.l) del TRLCAP, pues no existe auténtica y autónoma voluntad contractual en la entidad o sociedad que recibe el encargo de realizar la prestación [p. 89]. Lo que resulta evidente […] y por tanto no estarán amparados por la excepción del artículo 3.1.l) del TRLCAP los contratos celebrados entre una unidad territorial y un ente dependiente de otros entes territoriales distintos."

ISBN: 978-84-612-8626-3

medio propio. Por el contrario, el control que se ha positivizado en nuestra Ley de contratos diseña un concepto extraordinariamente amplio de la noción de medio propio que, en cuanto excepción a la aplicación de la normativa de la contratación pública, ha de ser interpretado restrictivamente según advierte el TJCE. Asimismo, se trata de una noción del "control análogo" meramente formal, toda vez que cabalmente consiste en una mera petición de principio. A saber, se fundamenta el "control análogo" al que se ejerce sobre los propios servicios en encomendar encargos de cumplimiento obligatorio y con fijación unilateral de la retribución. En cambio, consideramos que la perspectiva es justamente la contraria, porque el ente es medio propio o servicio técnico de una o varias administraciones (cumple el requisito del control sobre decisiones estratégicas y ejerce la parte esencial de su actividad para la o las administraciones que lo controlan) es conforme con el Derecho comunitario la adjudicación directa de encargos[50] de cumplimiento obligatorio y cuya retribución se fija unilateralmente por la Administración encomendante.

50. A modo de ejemplo, no se ajusta a la doctrina comunitaria sobre los encargos *in house* el Decreto 117/1998, de 9 de junio, por el que se modifica el Decreto 99/1989, de 7 de febrero, de constitución de la Empresa de Gestión Medio Ambiental, SA (EGMASA), cuyo artículo 7 queda redactado en los siguientes términos:

"1. EGMASA, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, está obligada a realizar los trabajos que, en las materias que constituyen el objeto social de la empresa y, especialmente, aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren, le encomienden: la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, los organismos públicos dependientes de ella, así como las corporaciones locales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía que suscriban a tal fin un convenio de colaboración con la Junta de Andalucía.

[…].

"5. Ni EGMASA ni sus filiales o participadas mayoritariamente podrán participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por las administraciones públicas de las que sea medio propio. No obstante, cuando no concurra ningún licitador podrá encargarse a EGMASA la ejecución de la actividad objeto de licitación pública.

"6. El importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por medio de EGMASA se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes, que deberán ser objeto de aprobación por la Administración competente. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados.

"7. Sin perjuicio de lo establecido en los apartados anteriores, podrá realizar actuaciones, trabajos, obras, asistencias técnicas, consultorías, prestación de servicios y comercialización de sus productos dentro o fuera del territorio nacional, directamente o a través de sus filiales o participadas."

ISBN: 978-84-612-8626-3

Cuando se trata de entes instrumentales societarios, la Ley impone la exigencia de la participación accionarial pública exclusiva. Es decir, la totalidad del accionariado ha de ser público, toda vez que, como se ha visto, según la jurisprudencia comunitaria, la participación de capital privado rompe el control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios. Sin embargo, la LCSP no especifica si dicha participación accionarial pública ha de ser necesariamente de la Administración que encarga la

Obsérvese el paralelismo con TRAGSA, con la que comparte la extraordinaria laxitud del objeto social en el que no se diferencian las actividades propias de su consideración como medio propio de las que se realiza en régimen de mercado. Por otra parte, el requisito del control análogo no se cumple para las corporaciones locales de Andalucía. Lo mismo y por las mismas razones, la Ley andaluza 11/1998, de 28 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia de hacienda pública, de introducción al euro, de expropiación forzosa, de contratación, de función pública, de tasas y precios públicos de universidades, juegos y apuestas y empresa pública para el Desarrollo Agrario y Pesquero de Andalucía, SA. El artículo 18, que lleva por rúbrica "Régimen jurídico de la Empresa Pública para el Desarrollo Agrario y Pesquero de Andalucía, Sociedad Anónima", dispone:

"1. La Empresa Pública para el Desarrollo Agrario y Pesquero de Andalucía, SA es una empresa de la Junta de Andalucía de las previstas en el artículo 6.1.a) de la Ley general de la hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía que cumple servicios esenciales en materia de desarrollo agrario, rural y pesquero, con arreglo a las disposiciones vigentes.

"2. La Empresa Pública para el Desarrollo Agrario y Pesquero de Andalucía, SA, como medio propio, instrumento y servicio técnico de la Administración, está obligada a realizar los trabajos que, en las materias que constituyen su objeto social y, especialmente, aquellas que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren, le encomienden la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, los organismos públicos dependientes de ella, así como las corporaciones locales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía que suscriban a tal fin un convenio de colaboración con la Junta de Andalucía.

"3. […].

"4. El importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por medio de la empresa se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes, que deberán ser objeto de aprobación por la Administración competente. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización, y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados.

"5. Ni la Empresa Pública para el Desarrollo Agrario y Pesquero de Andalucía, SA, ni sus filiales o participadas mayoritariamente podrán participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por las administraciones públicas de las que sea medio propio. No obstante, cuando no concurra ningún licitador podrá encargarse a la empresa la ejecución de la actividad objeto de licitación pública.

"6. Sin perjuicio de lo establecido en los apartados anteriores, la empresa podrá realizar actuaciones, trabajos, obras, asistencias técnicas, consultorías, prestación de servicios y comercialización de sus productos dentro o fuera del territorio nacional, directamente, o a través de sus filiales o participadas."

ISBN: 978-84-612-8626-3

prestación. Es más, la ambigüedad del precepto ampara la disociación entre la titularidad accionarial pública y Administración encomendante de la prestación. En otros términos, no impone la pertenencia del accionariado a la Administración que encarga la prestación, asunto de especial relevancia en el ámbito local, sobre el que volveremos más adelante. Mas el control debe ser ejercido por la propia entidad adjudicadora, control que no es incompatible con la circunstancia de que sea compartido con otras administraciones públicas.[51]

En otro orden de cosas, no hay que olvidar otras consecuencias jurídicas anejas a la "generosa" configuración de una entidad como medio propio, que quizás no hayan sido valoradas por las administraciones cuando toman "prestados" como medios propios servicios técnicos de otras administraciones, en virtud de una declaración meramente formal de la condición de servicio técnico, como es, por ejemplo, a tenor del artículo 20.c) de la LJCA, la imposibilidad de impugnar la actuación de la Administración de la que dependen o se dice formalmente que dependen.[52]

2.2.3.2. Realizar la parte esencial de la actividad para los poderes adjudicadores que los controlan

Por una parte, este requisito se erige en elemento definidor de los encargos *in house*, fundamento del medio propio o servicio técnico como manifestación de la potestad autoorganizatoria de las administraciones que excluye la existencia de relación contractual. Por otra parte, es un elemento esencial para que no se distorsione la competencia en el mercado. No obstante, a nuestro juicio, este requisito, que es imprescindible para prevenir que se falsee el juego de la competencia en el mercado común y se garanticen las libertades de circulación, ha de ser concretado con mayor precisión por la doctrina del TJCE, toda vez que el estatuto legal de

51. En este sentido, véase también PERNAS GARCÍA J. J. *Las operaciones* in house *y el Derecho comunitario de los contratos públicos,* Iustel, Madrid, 2008.

52. Recuérdese que el artículo 20 de la LJCA dispone:

"No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una administración pública: c) Las entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las comunidades autónomas o las entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan. Se exceptúan aquellos a los que por Ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración."

Asimismo, la configuración formal de un ente como medio propio conlleva atribuir responsabilidad por las tareas realizadas.

ISBN: 978-84-612-8626-3

los entes configurados como medios propios suele tener un objeto híbrido por cuanto además de los negocios domésticos operan también en el mercado. Mas entiendo que en aras de evitar que la competencia sea falseada, la atribución expresa en la norma de creación o estatutos de un objeto híbrido compuesto por encargos internos y actividad de mercado debe ser excepcional, y no práctica común, pues esta circunstancia es un claro indicio de la vocación de mercado de la entidad instrumental. Asimismo, en la norma de creación debe motivarse suficientemente esta opción, que, no se olvide, representa en la práctica un claro peligro de distorsión del concepto de ente instrumental como medio propio o servicio técnico de la Administración a efectos de la exclusión de la aplicación de la normativa de la contratación pública.

De ahí que, si una vez justificada suficientemente se opta por la atribución de un objeto híbrido, debiera imponerse la exigencia de que el estatuto legal de los entes configurados como medios propios establezca una clara separación jurídica y contable entre las dos cualidades en las que pueden actuar, como medio propio y en régimen de mercado. También debe exigirse la cláusula legal de que la actividad de mercado debe ser accesoria y marginal para seguir manteniendo el estatus de medio propio, como garantía contra posibles falsificaciones de la competencia. A mayor abundamiento, puede considerarse que no se cumple el requisito de que la persona jurídica realice la parte esencial de sus actividades para el ente o entes públicos que la controlan cuando su estatuto legal no limita el volumen de las demás actividades estableciendo que éstas han de ser marginales.

Por lo demás, el requisito de realizar la parte esencial de la actividad para la Administración o administraciones que lo controlan siempre que estén habilitadas también para operar en el mercado es un requisito dinámico y no estático, máxime teniendo en cuenta que, tal y como se configura hasta ahora, no se establecen límites a la actividad de mercado de los medios propios. De ahí la importancia de la determinación exacta de su delimitación: qué volumen de operaciones a tener en cuenta, en qué momento, etc.[53] En definitiva, esti-

53. Como puso de manifiesto el Abogado General Sr. Geelhoed en las Conclusiones generales en el caso ASEMFO-TRAGSA, en los últimos tres años las actividades realizadas por TRAGSA para entes públicos distintos de la Administración central española y las comunidades autónomas y para particulares representaron entre el 7 y el 8,5% de su volumen de negocios total, a lo que se añade que su estatuto legal no impone restricciones al volumen de dichas actividades, que previsiblemente irán incrementándose.

ISBN: 978-84-612-8626-3

mo como el abogado Sr. Geelhoed en sus Conclusiones generales al caso ASEMFO-TRAGSA (septiembre de 2006) que si un servicio instrumental interno "propio" de un ente público se manifiesta en segmentos abiertos del mercado, sin que se tomen medidas suficientes y transparentes para evitar que dicho servicio, en el juego de la libre competencia en los segmentos públicos del mercado, utilice posibles ventajas financieras y materiales de las que disfruta por actuar en cuanto a la mayor parte de sus actividades como medio instrumental de un ente público, entonces no se cumplen los requisitos explícitos establecidos en el artículo 86 de la CE, apartado 1.[54]

En este sentido, cabe citar el acierto del Decreto 27/2007, de 26 de marzo,[55] de desarrollo del artículo 8 de la Ley 6/2006, de 9 de junio, de contratos de Navarra, relativo al régimen de las encomiendas que realicen la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos a sus entes instrumentales,[56] que configura con carácter temporal el reconocimiento de ente instrumental a estos efectos en los siguientes términos:

54. Este peligro ya se advirtió por REBOLLO PUIG, M., "Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", *op. cit.*, p. 388. Para el profesor Rebollo casi inevitablemente habrá una competencia con cierta ventaja de quien tiene la subsistencia asegurada gracias a su trabajo para la Administración, lo que permite costear sus gastos de personal y amortizar fuertes inversiones. Entiendo que el contrapeso legal necesario para no incurrir en vulneración del artículo 86.1 del TCE es la imposición en el estatuto normativo aplicable a la entidad que se configure como medio propio el carácter separado y marginal de la actividad de mercado. Se trata además de un requisito que habrá de ser objeto de revisión, toda vez que una sociedad mercantil configurada como medio propio puede dejar de serlo siempre que la parte esencial de su actividad ya no sea para la Administración o administraciones que la controlen.

55. *Vid.* el Dictamen 11/2007, de 12 de marzo, del Consejo de Navarra, sobre el Proyecto de decreto en desarrollo del artículo 8 de la Ley foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos.

56. El artículo 8 de la Ley 6/2006, de 9 de junio, de contratos de Navarra, dispone:

"1. La presente Ley foral no será de aplicación a las encomiendas de prestaciones propias de los contratos de obras, suministro o asistencia que las entidades sometidas a la presente Ley foral realicen a sus entes instrumentales, siempre que dicha encomienda se realice de conformidad con este artículo.

"2. A los efectos de este artículo se entiende por ente instrumental propio a aquellas entidades que, dotadas de personalidad jurídica diferente de la del ente encomendante, reúnan los siguientes requisitos:

"a) Ausencia de autonomía decisoria respecto de la entidad encomendante, al ejercer ésta un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades.

"b) Que la mayor parte de su actividad la realice para la entidad encomendante.

"3. Las encomiendas se instrumentarán a través de encargos de realización obligatoria por el ente instrumental y, en todo caso, la supervisión de su correcta ejecución corresponderá al ente encomendante.

ISBN: 978-84-612-8626-3

"Las empresas y demás entidades, al objeto de ser destinatarios de encomiendas de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos, deberán obtener previamente el reconocimiento expreso de su carácter de ente instrumental mediante acuerdo del Gobierno de Navarra, que determinará el departamento al que queden adscritas a estos efectos y el plazo de vigencia, que no podrá exceder de cuatro años, salvo revocación anticipada por cambios sobrevenidos de sus circunstancias o decisión fundada del Gobierno de Navarra."

Siempre que se atribuya a una ente instrumental como medio propio la posibilidad excepcional de actuar en el mercado, el estatus de medio propio o servicio técnico debe estar sujeto a revisiones periódicas para comprobar si sigue ejerciendo la parte esencial de su actividad con la Administración o administraciones que lo controlan, toda vez que por el propio carácter dinámico de la actividad económica dicha característica puede cambiar. Asimismo, y a la espera de ulteriores precisiones por parte del TJCE, resulta indiscutible que el concepto jurídico indeterminado "parte esencial de la actividad" representa un volumen de actividad en todo caso superior al 50% del total de la actividad realizada *de facto* por el ente instrumental dentro del objeto previsto por sus normas estatuarias o de creación. Quiere decirse que parte esencial supone un plus frente a la noción de "mayoritaria". Otra cosa es que la parte esencial de la actividad pueda tener como destinatarios conjuntamente a varias administracione encomendantes y que controlen la entidad instrumental.

En otro orden de consideraciones, estimo que este requisito incide derechamente en la cuestión de la competencia territorial y sus límites en el ejercicio de las actividades y servicios por las administraciones públicas, al tiempo que constituye una consecuencia de la condición de ente instrumental como medio propio. Este asunto se ha suscitado en nuestro ordenamiento jurídico en particular en el ámbito local en relación con las sociedades mercantiles locales como modo de gestión de los servicios

"4. En los casos que para la efectividad de la encomienda la entidad instrumental requiriese la ejecución de prestaciones por parte de terceros, su adjudicación quedará sometida a las normas de la presente Ley foral. A estos efectos, no tendrán la consideración de terceros otros entes instrumentales de la entidad encomendante.

"5. Los entes instrumentales no podrán participar en los procedimientos de adjudicación que convoque la entidad de la que dependen."

ISBN: 978-84-612-8626-3

públicos,[57] y tiene su origen en la confusión entre la empresa pública como manifestación de la potestad de iniciativa pública económica, sometida a la libre concurrencia y al mercado, y donde en principio no ha lugar a limitación territorial alguna en el ejercicio de la actividad económica; y la empresa pública como manifestación de la potestad autoorganizatoria de la Administración que lo controla,[58] en cuyo caso el ámbito de la competencia territorial de la Administración matriz se erige también en límite de la extensión territorial de la parte esencial de su actividad que el medio propio realiza como tal.

2.2.3.3. Necesidad de reconocimiento expreso de la condición de medio propio por la norma de creación o los estatutos

Por último, la Ley 30/2007 consagra la exigencia de un principio de publicidad, es decir, de reconocimiento expreso de la condición de medio propio por el grupo normativo regulador de la entidad[59] que tiene su origen en el artículo 6 de la Directiva 92/50, en los siguientes términos:

"La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas."

57. El artículo 46.1 del RSCL preceptúa:

"Para que proceda la municipalización o provincialización se requerirá la concurrencia de las siguientes circunstancias en los servicios a que hayan de referirse: c) Que se presten dentro del correspondiente término municipal o provincial, aunque algunos elementos del servicio se encuentren fuera de uno u otro."

58. Esta fundamental diferenciación constituye la aportación principal de nuestro trabajo *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

59. A partir de la aplicación efectiva de la Ley, constituye una práctica ilegal la configuración como medio propio o servicio técnico de una administración una entidad únicamente por vía de convenio o de la formalización del correspondiente encargo de gestión, como sucede con los convenios formalizados entre TRAGSA y algunos ayuntamientos.

ISBN: 978-84-612-8626-3

De suerte que, en aras del cumplimiento de esta exigencia legal, se imponen al menos las modificaciones estatutarias de aquellas entidades cuyo grupo normativo no proclame expresamente la o las administraciones, poderes adjudicadores para las que tienen la consideración de servicios técnicos, con el fin de adecuarse a las prescripciones de la LCSP.

2.2.3.4. La urgencia o la emergencia no constituyen presupuesto ni fundamento de los encargos domésticos

De manera breve es preciso aclarar que la urgencia o la emergencia son circunstancias totalmente extrañas a la configuración de la noción de medio propio o servicio técnico. No hay referencia alguna a situaciones de urgencia o emergencia en la normativa comunitaria de la contratación pública ni, por consiguiente, en la jurisprudencia del TJCE, como requisito de los encargos *in house providing*. De ahí –insistimos– que se trate de un elemento ajeno que no tiene participación alguna en la definición del encargo doméstico. Por lo que cabalmente los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP que definen el concepto de medio propio o servicio técnico no hacen referencia alguna a tales circunstancias. La alusión expresa del artículo 24.1.d) a la tramitación de emergencia se refiere a la ejecución de obras por los servicios de la Administración con colaboración de empresarios particulares. Asimismo, el apartado 2 del mismo precepto dedicado a la fabricación de bienes muebles por los servicios de la Administración establece entre las causas que justifican acudir a la colaboración de empresarias particulares el supuesto de emergencia. Así se expresa claramente el apartado 3 del artículo 24, al declarar que la realización de servicios en colaboración con empresarios particulares podrá llevarse a cabo siempre que concurra alguna de las circunstancias mencionadas en el apartado anterior, entre las que se cita letra d) del artículo 24.1, la emergencia.[60]

Sin embargo, hay normas que aluden a la urgencia y a la emergencia como notas conformadoras del encargo doméstico,[61] que, por el contrario,

60. Asimismo, véase el apartado 5 del artículo 24 de la LCSP, que regula como contrato administrativo especial el régimen de dicha colaboración.

61. Los ejemplos son muchos. Baste citar el Decreto 147/2000, de 10 de noviembre, de normas reguladoras de la contratación de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, cuyo artículo 9 establece el régimen jurídico de las actuaciones que, a título obligatorio, llevan a cabo las empresas públicas:

"1. Las empresas públicas de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares a que hace referencia el artículo 1.b) de la Ley 3/1989, de 29 de marzo, de entidades autónomas y empresas públi-

ISBN: 978-84-612-8626-3

son circunstancias justificativas de la tramitación del expediente de contratación con especialidades de urgencia, o de la ausencia de expediente de contratación previo, por causas de emergencia. Mas, conviene subrayarlo, se trata de supuestos en los que la relación por definición es contractual y sometida a la LCSP, pero que por responder a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público justifican una tramitación abreviada del expediente de contratación (artículo 96, tramitación urgente del expediente). O incluso la tramitación de emergencia cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan un grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, que justifican la no-tramitación de expediente administrativo alguno, pudiendo ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la LCSP, aún el de la existencia de crédito suficiente (artículo 97, tramitación de emergencia).

2.3. La configuración de TRAGSA y sus filiales como medio propio

La disposición adicional trigésima de la LCSP, que establece el régimen jurídico de TRAGSA y sus sociedades filiales, consagra esta noción amplia de medio propio o servicio técnico de la Administración que denunciamos, toda vez que basta que el capital, como hasta ahora, sea íntegramente de propiedad pública. Las comunidades autónomas, como señala el número 3, párrafo segundo, podrán participar en el capital social de TRAGSA mediante la adquisición de acciones, cuya enajenación es autorizada por el Ministerio de Economía y Hacienda. Asimismo, las comunidades autóno-

cas y vinculadas a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, estarán obligadas a realizar, con la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, las obras, los trabajos y las actividades que les encarguen las diferentes consejerías del Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y los organismos de ella dependientes, en las materias que constituyan el objeto social de las empresas y, especialmente, aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren.

"Las obras, los trabajos y las actividades realizadas en estos temas se considerarán ejecutados por la propia Administración y, en consecuencia, tendrán el régimen previsto con esta finalidad en la Ley de contratos de las administraciones públicas."

ISBN: 978-84-612-8626-3

mas sólo podrán enajenar su participación a favor de la Administración General del Estado o de los organismos de Derecho público vinculados o dependientes de aquélla. Por tanto, se establece acertadamente la cláusula legal que impide la entrada de socios privados, pues la existencia de accionariado privado excluye el control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios. Mas como ya hemos manifestado, el "control análogo" en la Ley 30/2007 queda diluido, por estar reducido a simples mandatos de ejecución obligatoria y fijación unilateral de la retribución. De suerte que queda orillado el específico requisito del control en las decisiones estratégicas e importantes de la sociedad.

Este dato, combinado con la extraordinaria amplitud del objeto social[62] de TRAGSA y sus filiales, así como la falta de delimitación clara entre las actividades que le son propias como servicio técnico que han de constituir la parte esencial de su actividad, de aquellas actividades en las que actúa en el mercado para otros poderes adjudicadores o terceros, suscita fundadas dudas de la conformidad del régimen del grupo TRAGSA –y de otros casos similares a nivel autonómico–,[63] con la normativa comunitaria.

62. Baste fijarnos en el apartado 4, letra f), *in fine* de la disposición adicional trigésima, que dispone entre las funciones del grupo TRAGSA:

"así como la constitución de sociedades y la participación en otras ya constituidas, que tengan fines relacionados con el objeto social."

Puede advertirse fácilmente que por medio de esta amplia facultad puede a su vez extenderse su objeto social, contribuyendo todavía más a la confusión entre su objeto como medio propio y su actividad de mercado, puesto que nada se precisa acerca de este asunto en el precepto. Asimismo, la participación en tales sociedades por definición puede no ser exclusiva, por lo que las relaciones entre la Administración del Estado y las comunidades autónomas con tales sociedades de segundo o ulterior grado en ningún caso se configurarán como relaciones instrumentales, sino claramente contractuales, toda vez que las referidas sociedades mercantiles no cumplirían los requisitos de la doctrina comunitaria acerca de los negocios *in house*, ni la exigencia del artículo 24.6 de la LCSP de que en el caso de las sociedades la totalidad de su capital ha de ser de titularidad pública.

63. A modo de ejemplo, puede citarse el Decreto 496/1996, de 26 de noviembre, que modifica el Reglamento general de la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales, aprobado por el Decreto 46/1993, de 20 de abril, y se autoriza la constitución de una sociedad mercantil, de las previstas en el artículo 6.1.a) de la Ley general de la hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que adoptará la forma de sociedad anónima, denominándose Empresa Pública de Deporte Andaluz, SA. El artículo 2 dispone que la sociedad tendrá por objeto:

"a) La potenciación y el fomento del deporte en todos sus aspectos y de las actividades tendentes a tal fin. b) La gestión de las instalaciones deportivas que se pongan a su disposición, para su uso y gestión, por la Administración de la Junta de Andalucía. c) La organización de actividades deportivas y la difusión del deporte en Andalucía. d) La ejecución de obras de instalaciones y

ISBN: 978-84-612-8626-3

Tales dudas se centran en particular en dos aspectos concretos: por una parte, su más que discutible consideración como medio propio de las comunidades autónomas, y ello aunque posean alguna participación testimonial en el capital social, toda vez que no ejercen un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios;[64] por otra parte, la cuantifica-

equipamientos deportivos. e) Y en general, cuantas actividades contribuyan al desarrollo del deporte en la Comunidad Autónoma de Andalucía. 2. Los recursos de la sociedad estarán constituidos por los bienes y valores que integren su patrimonio, los productos y rentas de dicho patrimonio y de los bienes que en su caso se le adscriban, los ingresos generados por el ejercicio de sus actividades y la prestación de sus servicios, las dotaciones presupuestarias que anualmente le asigne el presupuesto de la comunidad autónoma, las subvenciones que le sean concedidas y, en general, cualquier otro recurso que pudiera corresponderle conforme a la legislación vigente."

A tenor del artículo 3:

"1. El capital social fundacional será de treinta millones de pesetas (30.000.000), dividido en treinta acciones nominativas de un millón de pesetas de valor nominal cada una de ellas, que será totalmente suscrito y desembolsado por la Administración de la Junta de Andalucía, con cargo a las consignaciones presupuestarias de la Consejería de Turismo y Deporte, debiendo estar desembolsado en su totalidad al tiempo del otorgamiento de la escritura pública de constitución. 2. La participación de la Administración de la Junta de Andalucía en el capital social de la entidad mercantil no podrá ser inferior, en ningún momento, al cincuenta y uno por ciento. Por lo que admite la entrada de socios privados."

Por último, el artículo 5 dispone que a los efectos de los artículos 153 y 154 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, la sociedad tendrá la consideración de medio propio de la Administración.

64. En este sentido, puede verse el Informe 1/2006, de 9 de febrero, de la JCCA de la Generalidad de Cataluña, relativo al régimen jurídico de las relaciones onerosas entre la Administración de la Generalidad de Cataluña y otras entidades del sector público. Respecto a las relaciones entre la Comunidad Autónoma de Cataluña y TRAGSA declara:

"Por mucho que su ley califique TRAGSA como medio propio de todas las administraciones territoriales (Estado y comunidades autónomas) y esto a los efectos de incluir todas las relaciones con esta empresa en la calificación de contrato interno o *in house* providing, la realidad es que en el caso de las administraciones autonómicas no concurre una situación real de control. Efectivamente, siguiendo el criterio funcional que se utiliza en la normativa y en la jurisprudencia comunitaria, la situación de control de la Administración respecto de un determinado ente (en este caso, TRAGSA) se tiene que apreciar objetivamente, con independencia de las disposiciones de las normas al respecto.

"Esta afirmación no queda desvirtuada por las consideraciones de la sentencia del TJCE de 8 de mayo de 2003 […]. Efectivamente, en esta sentencia el TJCE califica a TRAGSA como un medio propio instrumental, como un servicio técnico del Estado.

"Ahora bien, que TRAGSA sea un medio propio del Estado, no quiere decir que lo sea de las comunidades autónomas, al menos en el sentido y en la interpretación que resulta del propio Derecho comunitario. Así, y desde la perspectiva del control de la Administración, se hace difícil pensar que las comunidades autónomas, con un 1% del capital, puedan ejercer sobre TRAGSA un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.

ISBN: 978-84-612-8626-3

ción de que la parte esencial de su actividad sea en su conjunto para la Administración o administraciones, para las que es medio propio, toda vez que la actividad de mercado que desarrolla debe ser marginal, y mantenerse como actividad meramente accesoria o secundaria y separada de su objeto principal. Por lo demás, el requisito de ejercer la parte esencial de su actividad para la Administración o administraciones para las que es medio propio constituye un requisito que es dinámico y cambiante, pues evoluciona con el propio tráfico de la empresa, por lo que en un momento dado un servicio técnico puede ejercer la parte esencial de su actividad en el ámbito doméstico, fuera del mercado, y al cabo de un tiempo superar la actividad de mercado su carácter accesorio y marginal. En ese momento, la sociedad dejará de ser medio propio y servicio técnico de la Administración, teniendo que someterse a los procedimientos públicos de licitación al dejar de ser una manifestación de la potestad organizatoria y pasar a ser una sociedad mercantil pública de mercado, esto es, una manifestación de la potestad de iniciativa pública económica sometida a los principios de concurrencia e igualdad con la empresa privada.

2.3.1. TRAGSA no es medio propio de las entidades locales

Por último, la disposición adicional trigésima de la LCSP omite toda referencia a las administraciones locales, silencio que no puede salvarse teniendo en cuenta que el artículo 24.6 de la Ley manda como principio general que la condición de medio propio y servicio técnico de las entidades deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir. De suerte que consideramos que ni durante la vigencia del artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, ni aún menos ahora con la disposición adicional trigésima de la LCSP, es ajustado a derecho la utilización de TRAGSA como medio propio por los ayuntamientos. Se trata de una práctica ilegal que hoy por hoy está muy extendida al amparo del Decreto 371/1999, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de TRAGSA, todavía en vigor, y cuyo artículo 3.4, sin cobertura en el artículo 88 de la Ley 66/1997, dispone:

"Las administraciones públicas podrán aportar a TRAGSA y a sus filiales, en tanto que su medio propio instrumental, en sus relaciones de colaboración o cooperación con otras administraciones o sujetos jurídico-públi-

ISBN: 978-84-612-8626-3

cos para que sean utilizadas por éstos en sus mismas condiciones, siguiendo los procedimientos establecidos y de acuerdo con las fórmulas que estuvieren legalmente previstas".[65]

El instrumento jurídico para la articulación de dicho "préstamo" es en alguna ocasión el convenio de cesión de TRAGSA como medio propio de la comunidad autónoma a la entidad local, práctica de todo punto contraria a la doctrina comunitaria sobre los encargos domésticos.[66]

"Por otra parte, en la normativa que regula el régimen jurídico y de funcionamiento de TRAGSA tampoco se aprecian indicios de la existencia de otros aspectos funcionales que pudiesen determinar un control, cuanto menos, sobre una parte de la actividad de la empresa como, por ejemplo, la imposibilidad de rechazo de los encargos o la imposibilidad de negociación de las condiciones del mismo.

"2. El requisito relativo a que la empresa, en este caso TRAGSA, efectúe la parte esencial de su actividad para la Administración de la Generalidad de Cataluña tampoco se cumple."

65. A modo de ejemplo, véanse: Convenio entre el Ayuntamiento de Alcorcón y TRAGSA, marzo de 2007, con una duración inicial de cuatro años, que tiene como objetivo que la empresa pública se ponga a disposición del Ayuntamiento para realizar diferentes actuaciones ordenadas por el Ayuntamiento, ya sean estas obras, trabajos, prestación de servicios, asistencia técnica, consultoría o suministro en materia de infraestructuras, equipamiento y desarrollo rural, así como de protección del medio ambiente; el Pleno del Ayuntamiento de Teruel ha aprobado un convenio de colaboración y cooperación con TRAGSA (febrero de 2008), gracias al cual "el consistorio consigue una herramienta más para agilizar la ejecución de las obras de la ciudad puesto que podrá encargarle obras de urgencia o aquellas en las que no ha concurrido ningún licitador". Al mismo tiempo añaden que "ni TRAGSA ni sus filiales podrán participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por el Ayuntamiento de Teruel por su consideración de medio propio cedido a la corporación"; Convenio de cooperación del Ayuntamiento de Guadalajara con TRAGSA y sus filiales en desarrollo de la encomienda de gestión de actuaciones dentro de su ámbito competencial relativas a "Mejoras de Infraestructuras rurales y protección y conservación del medio ambiente", que para cada caso concreto se acuerde por el Ayuntamiento (29 septiembre de 2006), etc.

66. En términos análogos, BERNAL BLAY, M.A., "Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario a la STJCE de 19 de abril de 2007 (As. C 295/05, Asemfo vs. TRAGSA)", REDA, 137, 2008, p. 129.

ISBN: 978-84-612-8626-3

La sociedad mercantil como modo de gestión de los servicios públicos locales

Serie Claves del Gobierno Local, 9
ISBN: 978-84-612-8626-3

Fundación Democracia y Gobierno Local

Serie Claves del Gobierno Local, 9
ISBN: 978-84-612-8626-3

Fundación Democracia y Gobierno Local

Como hemos apuntado desde el comienzo de este trabajo, resulta obligado abordar de manera separada los encargos *in house* en el ámbito del contrato de gestión de servicios públicos, pues el contrato de concesión de servicios públicos –según la terminología comunitaria– está excluido de la normativa comunitaria de la contratación pública. De ahí que haya que partir de la delimitación de dicha figura contractual de la del contrato de servicios, que, por el contrario, sí es objeto de regulación por el Derecho comunitario derivado. Por consiguiente, y en orden a valorar la conformidad con el Derecho comunitario de determinadas manifestaciones calificadas como modo directo de gestión de los servicios públicos, en particular las fórmulas sujetas a Derecho privado, procede enfrentar como un *prius*, siquiera en sus líneas generales, la delimitación de esta figura contractual. Este planteamiento nos permitirá seguidamente determinar en qué medida afecta al contrato de concesión de servicios públicos el Derecho comunitario.

Por otra parte, como ha recordado recientemente Míguez Macho, el contrato de concesión de servicios públicos en la terminología comunitaria y respecto del cual en principio puede partirse de su correspondencia en bloque con nuestro contrato de gestión de servicios públicos, constituye una fórmula tradicional de colaboración público-privada de tipo contractual. Como es sabido, se trata de una vieja institución que surge en el seno del Estado liberal decimonónico. Los dogmas abstencionistas que entonces impulsaban al Estado a buscar la colaboración del sector privado fueron abandonados con la transición hacia el Estado intervencionista, lo que hizo que el contrato de concesión de obras perdiese protagonismo. La concesión de servicios públicos, en cambio, nunca se abandonó, aunque también retrocedió en su aplicación práctica frente a la prestación pública directa de los servicios. Hoy en un contexto liberalizado la concesión de servicios públicos está en claro retroceso por el sencillo motivo de que la técnica del servicio público se ha abandonado, en la mayoría de los casos por imperativo de la propia Unión Europea, en muchos sectores. Mas quizás sea en el ámbito de los servicios públicos locales, uno de los escenarios en los que las autoridades públicas también recurren a operaciones de colaboración con el sector privado, donde aquella siga teniendo una mayor vigencia en la actualidad, al verse menos afectado por las liberalizaciones.[67] En definitiva,

67. Véase el interesante trabajo de Míguez Macho, L., "Las formas de colaboración público-privado en el Derecho español", RAP, 175, 2008, en particular p. 165-169. En el ámbito local la liberalización ha traído consigo la supresión de la lista de servicios reservados en el artículo

ISBN: 978-84-612-8626-3

los modos de gestión directa de los servicios públicos tienen una especial significación en el ámbito local, procediendo ahora su estudio centrado en las fórmulas sujetas al Derecho privado, en particular la sociedad mercantil como ente instrumental de una sola administración matriz o como ente instrumental de control conjunto por varias administraciones, como manifestación de la colaboración entre las administraciones públicas.

86.3 de la LBRL los servicios mortuorios en virtud del artículo 23 del RDL 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica y el suministro de gas, por mor de la disposición derogatoria de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

ISBN: 978-84-612-8626-3

1. Contrato de servicios *versus* contrato de concesión de servicios públicos en el ámbito comunitario

La Directiva 92/50/CEE no contenía ninguna definición del concepto de concesión de servicios. Por su parte, la Directiva 2004/18 en sus considerandos declara que:

"La adjudicación de contratos celebrados en los estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de Derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no-discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública. Por consiguiente, dichas disposiciones de coordinación deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado." (Considerando 2)

"Los estados miembros deben velar por que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados." (Considerando 4)

Bajo estas premisas, según el artículo 1.d) de la Directiva 2004/18, son "contratos públicos de servicios los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de

ISBN: 978-84-612-8626-3

los servicios a los que se refiere el anexo II". Por su parte, el mismo precepto pero en su apartado 4 define la concesión de servicios como un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio. Por último, el artículo 17 excluye expresamente la aplicación de la Directiva a las concesiones de servicios así definidas.

El problema de diferenciar entre contrato de gestión de servicios públicos y contrato de servicios surge, como ha expuesto con toda claridad Míguez Macho, cuando la contraprestación que percibe el contratista la abona totalmente la Administración, pues en nuestro ordenamiento no es necesariamente la forma de retribución lo que diferencia un tipo contractual del otro.

A nivel comunitario, los contratos de concesión de servicios encuentran una cierta definición y un cierto tratamiento en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario,[68] así como en el *Libro verde sobre la colaboración público-privado y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, de 30 de abril de 2004.[69] Puede hacerse una correspondencia entre con-

68. DO C 121, de 29 de abril de 2000. Puede verse también ARNOULD, J. "Le projet de communication interpretative de la Commissión européenne sur les concessions en droit communautaire des marchés publics", RFD adm., 16, enero-febrero 2000, p. 24-28.

69. COM/2004/0327 final. Queremos destacar que la propia Comisión en el apartado 1.3, "Objetivos específicos y programa del presente *Libro verde*", manifiesta:

"El objetivo del *Libro verde* es poner en marcha un debate sobre la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones al fenómeno de la CPP. El debate, una vez lanzado, se centra, pues, en las normas que han de aplicarse cuando se opta por confiar una misión o tarea a un tercero. Se inicia con anterioridad a la selección económica y organizativa realizada por una autoridad local o nacional, por lo que no puede dar pie a pensar que pretende emitir una opinión general sobre la decisión de externalizar o no la gestión de los servicios públicos, puesto que dicha decisión compete a las autoridades públicas. El Derecho comunitario de la contratación pública y las concesiones es neutral en cuanto a la decisión que han de tomar los Estados miembros de operar un servicio público a través de sus propios medios o confiárselo a un tercero."

Y continua la Comisión declarando:

"A los efectos del análisis del presente *Libro verde*, se propone establecer la siguiente distinción: *operaciones de CPP de tipo puramente contractual*, en las que la colaboración entre los sectores público y privado se basa en vínculos exclusivamente convencionales, y *operaciones CPP de tipo institucionalizado*, que implican la cooperación entre los sectores público

ISBN: 978-84-612-8626-3

trato comunitario de concesión de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos de nuestro ordenamiento jurídico,[70] mas dicha correspondencia sólo será válida si se cumplen los criterios que identifican estas concesiones para la Unión Europea, pues conviene recordar que la calificación dada tanto por el Derecho nacional como por las partes no tiene ninguna incidencia en la calificación jurídica de estos contratos a efectos de la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Es decir, se impone el carácter pragmático funcional del Derecho comunitario.

La citada Comunicación interpretativa construye en el apartado 2.2 una noción de concesión de servicios apoyada en la jurisprudencia del TJCE, que se compone de las siguientes características:

---

y privado en el seno de una entidad diferente, cada una de las cuales plantea cuestiones particulares en cuanto a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones […] Esta distinción –advierte la Comisión– no tiene en cuenta las calificaciones jurídicas del Derecho nacional y en ningún caso preestablece la calificación en Derecho comunitario de estos tipos de fórmulas habitualmente consideradas CPP, a fin de contribuir, más adelante, a determinar las normas del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones que conviene aplicar." (Apartados 17, 19 y 20)

70. La Ley foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos, ha adoptado la terminología comunitaria. Así se explica en su exposición de motivos:

"Frente a la denominación de 'contrato de servicios' que recoge la Directiva, se ha optado por conservar la denominación de contrato de asistencia ya que así, por un lado, se remarca la idea de que las entidades sometidas a la Ley foral (en especial las administraciones públicas) no desarrollan la actividad con sus propios medios, sino que acuden al mercado para completarlos y, por otro, se evita la confusión con los supuestos de prestación de un servicio por medio de un contratista interpuesto. De esta forma, en el contrato de asistencia, ya tradicional en la legislación foral, los contratos de consultoría y asistencia y de servicios de la legislación estatal se agrupan en un único tipo contractual, eliminando la confusión que anida en las diversas modalidades en que se descomponen las previsiones de la normativa estatal, algo confusa en este punto. Además, de acuerdo con la Directiva, el contrato de asistencia no sólo abarca los servicios prestados a la Administración ámbito del contrato de asistencia en la Ley foral 10/1998, sino que también incluye toda prestación de servicios de las contempladas en el anexo II en las que el destinatario del servicio sea un tercero o el público en general.

"Por otra parte, la incorporación de la figura de la concesión de servicios conlleva la desaparición del denominado contrato de gestión de servicios públicos al repartirse su objeto entre el contrato de asistencia y la concesión de servicios. Por tanto, de acuerdo con la normativa comunitaria europea, la prestación de servicios a la colectividad a través de un empresario únicamente podrá adoptar, por un lado, la forma de contrato de asistencia cuando el empresario perciba su retribución de la entidad pública, de acuerdo con las prestaciones que realice y, por otro, la de concesión, cuando el empresario perciba su retribución de los usuarios, al menos en una parte, incluyendo formas de retribución similares al denominado 'peaje en la sombra'."

ISBN: 978-84-612-8626-3

1) El operador asume el riesgo del servicio, cobrando una parte significativa de su remuneración del usuario, en particular mediante la percepción de tarifas en cualquiera de sus formas. Para la Comisión, la forma de retribución del operador privado adquiere una importancia central. En el apartado 13 señala que "aun en el supuesto de peajes ficticios, esto es, a cargo del concedente, el riesgo económico permanece si la remuneración depende del nivel de frecuentación", con lo cual se admite que haya concesiones en las que la retribución del concesionario la abone íntegramente la Administración.

2) Transferencia de la responsabilidad de la explotación en la concesión de servicios públicos. Incumbe al concesionario la tarea de realizar las inversiones necesarias, la carga de su amortización, debiendo soportar los riegos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento. Es el principio del riego y ventura que se aplica a todos los contratos en nuestro ordenamiento jurídico [artículos 198 y 256.c) de la LCSP].

3) La concesión de servicios incide normalmente en actividades que, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas pueden ser competencia del Estado y para las cuales pueden existir derechos exclusivos o especiales. En otras palabras, que la actividad sea de competencia pública y que para su ejecución se atribuyan derechos exclusivos o especiales, aunque esta característica a nivel comunitario es para la Comisión más indicativa que definitoria.[71] El que la actividad sea de competencia y titularidad pública se erige en nuestro ordenamiento jurídico en una característica del contrato de gestión de servicios públicos (artículo 116 de la LCSP).

Por su parte, la Comisión en el *Libro verde* de 30 de abril de 2004 en el apartado 22 lleva a cabo una caracterización de la concesión de servicios ligeramente distinta a la de la Comunicación interpretativa del año 2000. Se mantiene el criterio del pago de tarifas por los usuarios, sin perjuicio de la percepción de subvenciones de los poderes públicos, pero a éste le precede otro: "el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población en lugar de el socio público, pero bajo su control."

Concluye Míguez Macho sobre la ya dicho:

"ello plantea dos tipos de problemas: por una parte, es evidente que si hay tarifas pagadas por los usuarios, habrá también una relación directa

71. Seguimos a MÍGUEZ MACHO, L., "Las formas de colaboración público-privada…", *op. cit.*, p. 181.

ISBN: 978-84-612-8626-3

entre éstos y el operador que las percibe, pero no ocurre lo mismo a la inversa, es decir, puede haber relación directa sin percepción de tarifas; por otra parte, cabe que se produzca el abono de tarifas por los usuarios pero que el servicio no se le preste a la población en general, sino a grupos de personas cualificadas por su especial relación con la Administración." (Página 182)

1.1. Los principios de Derecho comunitario aplicables a los contratos de concesión de servicios públicos

Como ha manifestado la Comisión en el *Libro verde* citado, hay pocas disposiciones del Derecho derivado que coordinen los procedimientos de adjudicación de contratos considerados concesiones en Derecho comunitario. En cuanto al régimen aplicable durante la etapa de adjudicación de concesiones de servicio, sólo se fija en referencia a los principios que se derivan de los artículos 43 y 49 del Tratado, en concreto, los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo.[72]

72. Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (COM/2005/0569 final), que tiene por objeto extraer conclusiones políticas de la consulta emprendida con el *Libro verde sobre la CPP*. Mas la decisión final sobre posibles iniciativas legislativas para aclarar, completar o mejorar el Derecho comunitario sobre contratación pública y concesiones está sujeta a la evaluación de impacto, como establecen los principios de "legislar mejor". Pone de manifiesto la Comisión que los malentendidos que se han detectado en relación con el ámbito y el contenido de las obligaciones que impone el Derecho comunitario a las entidades responsables de las adjudicaciones de concesiones confirman la opinión de las partes interesadas de que los principios generales del Tratado CE no aportan suficiente seguridad jurídica, ni siquiera con las aclaraciones de un documento interpretativo de la Comisión. Se considera que dejan demasiado margen de actuación a las entidades adjudicadoras y, por tanto, no pueden garantizar un trato igualitario de las empresas europeas en toda la Unión Europea.

De manera más general, es difícil entender el motivo por el cual las concesiones de servicio, que suelen utilizarse en proyectos complejos y de importes elevados, han quedado totalmente excluidas del Derecho comunitario derivado. En el transcurso de la consulta del *Libro verde sobre las CPP* se expusieron algunos argumentos que explicaban esta ausencia de procedimientos detallados de adjudicación a nivel comunitario, entre ellos la flexibilidad supuestamente necesaria en el ámbito de las concesiones y el principio de subsidiariedad. No obstante, estos argumentos contrarios a la iniciativa comunitaria vinculante en este ámbito no resultan convincentes, ya que la adopción de la legislación comunitaria sobre la adjudicación de concesiones no implica que las autoridades públicas carezcan de flexibilidad a la hora de elegir un socio privado para una CPP. Cualquier iniciativa legislativa sobre la adjudicación de concesiones ha de

ISBN: 978-84-612-8626-3

En opinión de la Comisión, el régimen que se deriva de las disposiciones pertinentes del Tratado puede resumirse en las obligaciones siguientes: fijación de las normas aplicables a la selección del socio privado, publicidad adecuada relativa a la intención de otorgar una concesión y a las normas que rigen la selección para permitir un control de la imparcialidad a lo largo de todo el procedimiento, convocatoria real de los operadores potencialmente interesados o con capacidad para garantizar el cumplimiento de las tareas en cuestión, respeto del principio de igualdad de trato de la totalidad de los participantes a lo largo de todo el procedimiento y adjudicación con arreglo a criterios objetivos y no discriminatorios.

Así pues, el Derecho aplicable en el marco de la adjudicación de concesiones procede esencialmente de obligaciones de carácter general que no implican ninguna coordinación de las legislaciones de los estados miembros.

Esta situación puede plantear problemas a los operadores comunitarios, ya que la ausencia de coordinación de las legislaciones nacionales puede ser un obstáculo para la verdadera apertura comunitaria de las operaciones en cuestión, en particular cuando tales operaciones se ponen en marcha a escala trasnacional. La inseguridad jurídica vinculada a la ausencia de normas claras y coordinadas podría, además, aumentar los costes derivados de la puesta en marcha de tales operaciones (apartados 29-32).

En la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en Derecho comunitario de 29 de abril de 2000, la Comisión señaló las disposiciones comunitarias aplicables a las concesiones: los artículos 43 a 55, que se basan en los siguientes principios:

Igualdad de trato. Este principio implica en particular que todos los posibles concesionarios deben conocer las reglas del juego, que han de apli-

tener en cuenta la posible complejidad de éstas y la necesidad de establecer negociaciones entre la entidad adjudicadora y los candidatos. En este sentido, resulta difícil entender el motivo por el cual la mera explicación de las disposiciones aplicables a la adjudicación de concesiones limitaría en exceso la flexibilidad de las entidades adjudicadoras a la hora de adjudicar concesiones de servicios. Asimismo, el contenido preciso de dicha iniciativa debería determinar si cumple o no el principio de subsidiariedad. No hay motivo para considerar que una iniciativa de este tipo *per se* no cumple dicho principio. Por ende, la Comisión concluye que la iniciativa legislativa parece ser la opción preferible en materia de concesiones. No obstante, antes de presentar una propuesta legislativa formal, será necesario llevar a cabo nuevos análisis en profundidad de conformidad con los principios "legislar mejor" para: 1. Determinar si realmente es necesaria una iniciativa comunitaria sobre procedimientos de adjudicación de concesiones. 2. En tal caso dar forma a dicha iniciativa. 3. Comprender mejor su impacto.

ISBN: 978-84-612-8626-3

carse a todos por igual. Transparencia, que puede garantizarse por cualquier medio adecuado, incluida la publicidad, que contenga la información necesaria que permita a los posibles concesionarios decidir si les interesa participar en el procedimiento. Proporcionalidad, según el cual, toda medida que se tome debe ser necesaria y apropiada al fin perseguido. En materia de concesiones, un Estado miembro no puede exigir al seleccionar a los candidatos una capacidad técnica, profesional o financiera desproporcionada y excesiva. La duración de la concesión debe establecerse de manera que no restrinja o limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de inversiones y una remuneración razonable de los capitales invertidos, aun manteniendo un riesgo inherente a la explotación para el concesionario. Y, reconocimiento mutuo, según el cual, un Estado miembro debe aceptar los productos y servicios prestados por operadores económicos de otro Estado miembro, así como las prescripciones técnicas y los controles, así como los títulos, los certificados y las cualificaciones exigidos en otro Estado miembro a partir del momento en que se reconozca la equivalencia de estos elementos.

Por último, el TCE prevé algunas excepciones a los principios de libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios. Para las concesiones, estas excepciones se limitan a los casos contemplados en el artículo 45 del TCE, como aquel en el que el concesionario participe de manera directa y específica en el ejercicio de poder público.

Sobre este asunto, destaca la STJCE de 21 de julio de 2005, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal administrativo regional de Lombardía (Italia) relativa a la interpretación de los artículos 43, 49 y 81 del TCE[73] en el marco de un litigio entre el Consorzio Aziende Metano (en lo sucesivo, CONAME) y el Comune di Cingia de' Botti (Ayuntamiento de Cingia de' Botti), relativo a la adjudicación por parte de este último a Padania Acque SpA (en lo sucesivo, Padania) del servicio de gestión, distribución y mantenimiento de las instalaciones de suministro de gas metano.

El órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide si los artículos 43 y 49 del TCE se oponen a que un ayuntamiento proceda a

73. Sobre el artículo 81 del CE, el Tribunal de Justicia recuerda que se refiere a los acuerdos "entre empresas", por lo que no se aplica a los contratos de concesión celebrados entre un ayuntamiento, cuando actúa en calidad de Administración pública, y una empresa encargada de la gestión de un servicio público.

ISBN: 978-84-612-8626-3

la adjudicación directa, es decir, sin licitación pública, de una concesión para la gestión del servicio público de distribución de gas a una sociedad de capital mayoritariamente público en la que participan la provincia de Cremona y casi todos los ayuntamientos de la misma y en la que dicho Ayuntamiento posee una participación del 0,97% del capital social.

Dado que la citada concesión puede también interesar a una empresa establecida en un Estado miembro distinto del municipio de Cingia de' Botti, la adjudicación de la concesión, sin respetar el principio de transparencia, a una empresa establecida en este último Estado miembro constituye una diferencia de trato en perjuicio de la empresa establecida en el otro Estado miembro (apartado 17). En efecto, si no existe transparencia, esta última empresa no tendrá ninguna posibilidad real de manifestar su interés en obtener dicha concesión (apartado 18). Dicha diferencia de trato, si no está justificada por circunstancias objetivas, al excluir a todas las empresas establecidas en otros estados miembros, constituye una discriminación indirecta por la nacionalidad prohibida con arreglo a los artículos 43 y 49 del TCE (apartado 19).[74]

Para el TJCE, de los autos no se desprende que concurran circunstancias específicas, como la escasa trascendencia económica, que permitan razonablemente sostener que la concesión en cuestión carecía de interés para una empresa establecida en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenece el Ayuntamiento de Cingia de' Botti y que debía por tanto considerarse que los efectos sobre las libertades fundamentales de que se trata eran demasiado aleatorios y demasiado indirectos para poder apreciar una eventual vulneración de las mismas. En estas circunstancias, estima el TJCE que corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si la adjudicación de la concesión a Padania cumple el requisito de transparencia, el cual, sin imponer necesariamente la convocatoria de una licitación, permite, en particular, que una empresa establecida en otro Estado miembro que no sea la República Italiana pueda tener acceso a una información adecuada sobre dicha concesión antes de su adjudicación, de forma que, de haberlo deseado, esté en

74. Véanse en este sentido, entre otras, las sentencias de 10 de marzo de 1993, Comisión/Luxemburgo, C-111/91, apartado 17; de 8 de junio de 1999, Meeusen, C-337/97, apartado 27, y de 26 de octubre de 1999, Eurowings Luftverkehr, C-294/97, apartado 33, y la jurisprudencia que allí se cita.

ISBN: 978-84-612-8626-3

condiciones de manifestar su interés por obtener dicha concesión. De no ser así, hay que afirmar la existencia de una diferencia de trato en perjuicio de dicha empresa.

En el caso de la gestión de servicios públicos, el hecho de que el municipio de Cingia de' Botti tenga una participación del 0,97% en el capital de Padania no constituye, por sí mismo, una de estas circunstancias objetivas que pueden justificar tal diferencia de trato. Suponiendo que la necesidad por parte de un ayuntamiento de ejercer un control sobre el concesionario que gestione un servicio público pueda constituir una circunstancia objetiva que justifique una eventual diferencia de trato, hay que advertir que una participación del 0,97% es demasiado pequeña para permitir tal control (apartados 23 y 24).

Al no haberse puesto en conocimiento del TJCE ninguna otra circunstancia objetiva que pueda justificar una eventual diferencia de trato, concluye que los artículos 43 y 49 del TCE se oponen, en un contexto como el del litigio principal, a que un ayuntamiento proceda a la adjudicación directa de una concesión para la gestión del servicio público de distribución de gas a una sociedad de capital mayoritariamente público, en la que dicho Ayuntamiento posee una participación del 0,97%, cuando dicha adjudicación no cumpla el requisito de transparencia, el cual, sin imponer necesariamente la convocatoria de una licitación, permite, en particular, que una empresa establecida en otro Estado miembro distinto de aquél al que pertenezca el Ayuntamiento pueda tener acceso a una información adecuada sobre dicha concesión antes de su adjudicación, de forma que, de haberlo deseado, esté en condiciones de manifestar su interés por obtener dicha concesión (apartado 28).

Por su relevancia en este asunto es también obligado hacer referencia a la STJC de 13 de octubre de 2005, caso Aparcamientos Brixen,[75] que resuelve la petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de los artículos 43, 49 y 86 del TCE, así como de los principios de no-discriminación, transparencia e igualdad de

75. Puede verse un comentario acerca de esta sentencia en ARIMANY LAMOGLIA, E., "Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales. Crónica de la sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005 (Asunto C-458-03, Parking Brixen GmbH)", *Cuadernos de Derecho Local*, 9, 2005, p. 48-64.

ISBN: 978-84-612-8626-3

trato. Dicha petición se planteó a raíz de un litigio entre la sociedad Parking Brixen GmbH (en lo sucesivo, Parking Brixen), por un lado, y la Gemeinde Brixen (municipio de Brixen) y la sociedad Stadtwerke Brixen AG, por otro, relativo a la adjudicación a esta última de la gestión de dos aparcamientos ubicados en la demarcación de ese municipio. La relevancia de esta sentencia para nuestro propósito es doble: por una parte, porque el Tribunal de Justicia delimita la figura del contrato de servicios sujeto a la Directiva comunitaria de contratos públicos de servicios, del contrato de concesión de servicios públicos, excluido de la regulación comunitaria de contratos, aunque sujeto al resto de los principios generales del Derecho comunitario originario; y, por otra parte, porque concreta los requisitos para determinar la licitud conforme al Derecho comunitario de las modalidades de gestión directa de servicios públicos en nuestro Derecho, en particular, en el caso de la constitución de sociedades mercantiles públicas.

El municipio de Brixen gestionó el aparcamiento controvertido durante más de diez años antes de que tal gestión fuera encomendada a Stadtwerke AG por un plazo de nueve años, mediante un convenio celebrado el 19 de diciembre de 2002 entre la sociedad y el municipio. Como contrapartida por la gestión de este aparcamiento, Stadtwerke Brixen AG cobra tasas de aparcamiento a los usuarios y revierte una compensación anual a la Gemeinde Brixen. Además, Stadtwerke Brixen AG acepta que el mercado semanal se siga instalando sobre el área en cuestión, se hace cargo del servicio de alquiler gratuito de bicicletas y asume el mantenimiento del área.

En su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente plantea si dicho convenio constituye un contrato público de servicios a los efectos de la Directiva 92/50, o bien una concesión de servicios públicos excluido de la aplicación de dicha Directiva. A ese respecto declara el Tribunal de Justicia que:

"Un contrato público de servicios, en el sentido de la Directiva, requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios (apartado 39). En cambio, si la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos. Por consiguiente, la situación descrita en el litigio princi-

ISBN: 978-84-612-8626-3

pal no se trata de un contrato público de servicios, sino de una concesión de servicios públicos." (Apartado 40)[76]

En su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la adjudicación de una concesión de servicios públicos sin previa licitación pública es compatible con el Derecho comunitario en caso de que la empresa concesionaria sea una sociedad anónima cuyo capital social pertenece en su totalidad a la autoridad pública concedente en el momento de la adjudicación, pero cuyo consejo de administración dispone de las más amplias facultades de gestión ordinaria y puede realizar de forma autónoma, sin acuerdo de la junta general de accionistas, determinadas operaciones hasta un importe de cinco millones de euros.

Pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no-discriminación por razón de la nacionalidad.

El artículo 12 del TCE proclama la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad. Entre las disposiciones del Tratado aplicables más específicamente a las concesiones de servicios públicos cabe destacar, en particular, el artículo 43 del TCE, cuyo primer párrafo prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, y el artículo 49 del TCE, conforme a cuyo primer párrafo quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.

Según el Tribunal de Justicia, los artículos 43 y 49 del TCE constituyen una expresión particular del principio de igualdad de trato. Con relación a las directivas comunitarias en materia de contratación pública, el

76. Dicha interpretación viene confirmada por 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, aun cuando no resultara de aplicación cuando se produjeron los hechos del caso de autos. A tenor del artículo 1, apartado 4, de dicha Directiva la "concesión de servicios" es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

ISBN: 978-84-612-8626-3

Tribunal ha precisado que el principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad. De ello se deduce que el principio de igualdad de trato de los licitadores es aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de nacionalidad (apartado 48).

La obligación de transparencia recae sobre la autoridad concedente y consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (apartado 49). Además, hay que tener en cuenta el artículo 86 del TCE, apartado 1. De lo anterior se desprende que los estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 ó 49 del TCE, o vulnera los principios de igualdad de trato, no-discriminación y transparencia (apartado 52).

En este mismo sentido, hay que citar la STJCE de 6 de abril de 2006, caso ANAV, que resuelve la petición de decisión prejudicial en el marco de un litigio entre, por una parte, la Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (en lo sucesivo, ANAV) y, por otra, el municipio de Bari y AMTAB Servizio SpA (en lo sucesivo, AMTAB Servizio), relativo a la adjudicación a esta sociedad del servicio de transporte público en el territorio de dicho municipio. El órgano jurisdiccional remitente desea averiguar, en esencia, si el Derecho comunitario, en especial las obligaciones de transparencia y de libre competencia establecidas en los artículos 43, 49 y 86 del TCE, se oponen a una normativa nacional que no fija ningún límite a la libertad de elección de un ente público entre las diversas formas de adjudicar un servicio público, en particular, entre la adjudicación mediante un procedimiento de licitación pública y la adjudicación directa a una sociedad cuyo capital social pertenece íntegramente a dicho ente.

El servicio de transporte público en el territorio del municipio de Bari es remunerado, al menos en parte, a través de la compra por los usuarios de títulos de transporte. Esta modalidad de retribución es una característica de la concesión de servicios públicos, que está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50/CEE y del artículo 17 de la actual Directiva 2004/18/CE. No obstante, las autoridades públicas que los celebren están obligadas a respetar, en general, las normas funda-

ISBN: 978-84-612-8626-3

mentales del TCE. Entre las disposiciones del Tratado aplicables específicamente a las concesiones de servicios públicos cabe destacar, en particular, los artículos 43 y 49 del TCE. Además del principio de no-discriminación por razón de la nacionalidad, el principio de igualdad de trato de los licitadores es también aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de la nacionalidad. Los principios de igualdad de trato y de no-discriminación por razón de la nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. Por lo que la conclusión es clara: en principio, la falta total de licitación en la adjudicación de una concesión de servicios públicos no responde a los requisitos de los artículos 43 y 49 del TCE ni a los principios de igualdad de trato, no-discriminación y transparencia (sentencia Parking Brixen).

Además, del artículo 86 del TCE, apartado 1, se desprende que los estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 o 49 del TCE, o vulnera los principios de igualdad de trato, no-discriminación y transparencia.

1.2. Los encargos *in house* en el ámbito de los contratos de concesión de servicios públicos

La aplicación de las libertades fundamentales y los principios del Derecho comunitario originario se exceptúan cuando el encargo de la entidad adjudicadora de la concesión de servicios se efectúa en el seno de una relación meramente doméstica o interna, es decir, cuando se dan los requisitos de la doctrina *in house providing*.

En la sentencia de 21 de julio de 2005, caso CONAME citada, el Gobierno italiano alegó que la mayor parte de los municipios no tienen los medios necesarios para gestionar directamente servicios públicos como el de la distribución de gas en su territorio, lo que les obliga a recurrir a empresas como Padania, en cuyo capital participan varios ayuntamientos. Mas para el Tribunal de Justicia una empresa como Padania no puede asimilarse a una entidad mediante la que un pueblo o ciudad gestiona, de forma direc-

ISBN: 978-84-612-8626-3

ta, un servicio público porque es una sociedad abierta al capital privado, al menos parcialmente, lo que impide considerarla una entidad de gestión "directa" de un servicio público en el ámbito de los municipios que participan en ella.

Por su parte, en el asunto Aparcamientos Brixen, STJCE de 13 de octubre de 2005, la República Italiana, Stadtwerke Brixen AG y la Gemeinde Brixen alegaron que en el caso de autos está excluida la aplicación de las normas del Tratado y de los principios generales del Derecho comunitario, puesto que Stadtwerke Brixen AG no es una entidad independiente de dicho municipio. El Tribunal de Justicia advierte que la aplicación de los artículos 12, 43 y 49 del TCE, así como de los principios de igualdad, no-discriminación y transparencia asociados a dichos preceptos, no dependen de la existencia de un contrato. En el ámbito de la contratación pública y de las concesiones de servicios públicos, el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas (artículos 43 y 49 del TCE) son aplicables en el supuesto de que una autoridad pública encomiende la prestación de actividades económicas a un tercero. En cambio, no procederá su aplicación en caso de que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin recurrir a entidades externas (apartado 61). Por consiguiente, en el ámbito de las concesiones de servicios públicos estará excluida la aplicación de lo dispuesto en los artículos 12, 43 y 49 del TCE, en el supuesto de que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad a que pertenece (apartado 62). Por lo demás, dado que se trata de una excepción a las normas generales del Derecho comunitario, ambos requisitos deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella (apartado 63).

Examinando el requisito del control que ejerce la autoridad pública concedente sobre la entidad concesionaria recuerda el Tribunal de Justicia que ha de ser un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. En el caso Brixen cabe destacar los siguientes aspectos:

a) La transformación de Stadtwerke Brixen –empresa especial del municipio de Brixen– en una sociedad anónima (Stadtwerke Brixen AG) y la naturaleza de este tipo de sociedad.

ISBN: 978-84-612-8626-3

b) La ampliación del objeto social, puesto que la sociedad comenzó a trabajar en nuevos e importantes ámbitos, en particular el transporte de personas y de mercancías, así como la informática y las telecomunicaciones.

c) La apertura obligatoria de la sociedad, a corto plazo, a capital ajeno.

d) La expansión del ámbito territorial de las actividades de la sociedad a toda Italia y al extranjero.

e) Los considerables poderes atribuidos al consejo de administración, sin que, en la práctica, el municipio ejerza ningún control sobre la gestión (apartado 67).

Concretamente, en lo relativo a los poderes atribuidos al consejo de administración, los estatutos de Stadtwerke Brixen AG otorgan a dicho órgano amplios poderes para la gestión de la sociedad, puesto que dispone de la facultad de realizar todo acto que considere necesario para la consecución del objeto social, incluso la facultad para la constitución de garantías hasta un valor de cinco millones de euros o la realización de otras operaciones sin previo acuerdo de la junta general de accionistas, lo que demuestra que la sociedad dispone de una amplia autonomía respecto de sus socios (apartado 68).

La resolución de remisión indica igualmente que la Gemeinde Brixen tiene derecho a nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración de la sociedad. Sin embargo, el control municipal sobre la sociedad se limita, esencialmente, a las medidas cuya adopción atribuye el Derecho de sociedades a la mayoría de los accionistas, lo cual reduce considerablemente la relación de dependencia que existía entre el municipio y la empresa especial Stadtwerke Brixen, sobre todo si se tienen en cuenta las amplias facultades con que cuenta el consejo de administración de Stadtwerke Brixen AG (apartado 69).

Según el Tribunal de Justicia, cuando una entidad concesionaria dispone de un margen de autonomía de las características descritas no cabe entender que la autoridad pública concedente ejerce sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, por lo que no puede considerarse que la adjudicación de una concesión de servicios públicos por una autoridad pública a tal entidad constituya una operación interna de dicha autoridad, a la que no resulten aplicables las normas comunitarias, en particular los artículos 43 y 49 del TCE, así como los principios de igualdad de trato, no-discriminación y transparencia.

ISBN: 978-84-612-8626-3

En definitiva, para el TJCE y en el marco del contrato de concesión de servicios no tiene la consideración de medio propio o servicio técnico una sociedad anónima cuyo objeto social se ha ampliado a nuevos e importantes ámbitos, cuyo capital debe abrirse obligatoriamente a corto plazo a otros inversores, cuyo ámbito territorial de actividad se ha expandido a todo el país y al extranjero y cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercer de forma autónoma.

Mas, a nuestro juicio, el verdadero fundamento de la sentencia Brixen no está en que el municipio no ejerza un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Los argumentos que da el Tribunal a este respecto son vagos, imprecisos y excesivos, toda vez que obligaría a las administraciones titulares exclusivos de la totalidad del capital social de sus sociedades mercantiles a establecer por vía estatutaria cláusulas que conformaran poderes exorbitantes a favor del ente público sobre la compañía mercantil del que es único dueño, pues de lo contrario aun siendo socio exclusivo y, por ende, dominante de la sociedad mercantil en virtud del Derecho común de sociedades, por este sólo hecho nunca se consideraría cumplido el requisito del control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios[77] aunque la compañía ejerza la parte esencial de su actividad para la Administración que es su única y exclusiva propietaria.

Por el contrario, el requisito que está en cuestión en el caso, aunque no se proclame así de manera expresa, es el relativo a la actividad que como consecuencia de la transformación en SA ejerce la compañía mercantil. En otros términos, se intuye por el TJCE que la ampliación del objeto social así como del ámbito territorial de actuación de la compañía mercantil (incluso al ámbito internacional) inducen a pensar que la actividad de mercado ya no sea accesoria de la principal consistente en realizar la parte esencial de la actividad para el ente territorial que la controla. En otras palabras, que es clara la vocación de mercado de dicha compañía mercantil.

77. Se nos ocurre el establecimiento de derecho de veto, o facultades de suspensión sobre determinados acuerdos de los órganos de administración, dirección o vigilancia, etc. Denuncian con razón este exceso SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M. "¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación *in house*)", *La Ley*, 3, 2007, p. 1673, al manifestar que siendo la Administración el único accionista, resulta paradójico afirmar que no controla la sociedad mercantil, pues sólo cuando una empresa es realmente tan independiente que la entidad adjudicadora ya no esté en condiciones de desarrollar plenamente en ella sus objetivos de interés público, no cabe hablar de un control análogo al ejercicio sobre los propios servicios (p. 1672-1673).

ISBN: 978-84-612-8626-3

También en la STJCE de 6 de abril de 2006, caso ANAV, reitera el Tribunal que en el ámbito de las concesiones de servicios públicos estará excluida la aplicación de lo dispuesto en los artículos 12, 43 y 49 del TCE, así como de los principios generales en el supuesto de que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad a que pertenece (apartado 24). Una normativa nacional que reproduce literalmente el tenor de los requisitos enunciados en el apartado anterior, es en principio conforme con el Derecho comunitario, en el bien entendido de que la interpretación de esta legislación también debe ser conforme con las exigencias del Derecho comunitario (apartado 25). Como toda excepción, ambos requisitos han de ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias que justifican la salvedad a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella.

En el caso de autos, el municipio de Bari decidió, el 27 de diciembre de 2002, ceder el 80% de las acciones que poseía de esta sociedad y, el 21 de mayo de 2004, resolvió iniciar a tal efecto un procedimiento de licitación para seleccionar al socio privado mayoritario. Sin embargo, más tarde el municipio había resuelto no seguir adelante con su decisión anterior y abstenerse de privatizar dicha sociedad. No obstante, el TJCE aclara que si estando en vigor el contrato controvertido en el litigio principal accionistas privados entraran en el capital social de AMTAB Servizio, tal situación tendría por efecto adjudicar una concesión de servicios públicos a una sociedad de economía mixta sin licitación previa, lo que perjudicaría a los objetivos perseguidos por el Derecho comunitario. Reitera así el TJCE su doctrina (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau) según la cual la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la autoridad pública concedente, excluye en cualquier caso que dicha autoridad pública pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Si la sociedad concesionaria es una sociedad abierta al capital privado, aunque sólo sea parcialmente, esta circunstancia impide considerarla una entidad de gestión "interna" de un servicio público en el ámbito de la entidad territorial a la que pertenece (apartados 31 y 32).

En conclusión, proclama el TJCE que los artículos 43, 49 y 86 del TCE y los principios de igualdad de trato, de no-discriminación por razón de la

ISBN: 978-84-612-8626-3

nacionalidad y de transparencia no se oponen a una normativa nacional que permite que un ente público adjudique un servicio público directamente a una sociedad cuyo capital social le pertenece íntegramente, siempre que el ente público ejerza sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que dicha sociedad realice la parte esencial de su actividad con el ente al que pertenece.

ISBN: 978-84-612-8626-3

2. El contrato de gestión de servicios públicos en la LCSP

Como se ha puesto de manifiesto, el contrato de concesión de servicios públicos, noción que en principio podría hacerse corresponder en bloque con el contrato de gestión de servicios públicos según nuestro Derecho de contratos públicos siempre que reúna los requisitos del Derecho comunitario, queda excluido de la normativa comunitaria de la contratación pública, toda vez que no es objeto de regulación ni por la Directiva 92/50 ni por la vigente Directiva 2004/18.

Ello explica también que la noción de medio propio y servicio técnico de la Administración al objeto de delimitar los negocios excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP se formule respecto de los contratos de obras, fabricación de bienes muebles y servicios, tal como reza la rúbrica del artículo 24, "Ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares".

En cambio, en el caso de la gestión de servicios públicos se habla tradicionalmente de gestión directa e indirecta. La primera, cuando no hay contrato,[78] es decir, la Administración no externaliza la prestación, sino que satisface la necesidad de interés general con sus propios medios. La segunda, cuando la realización de la actividad se encomienda a un tercero en cualquiera de sus modalidades a través del vínculo contractual, asimilación que se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico tanto en el ámbito estatal como el local.

En su redacción originaria, el artículo 155.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas (LCAP), disponía:

78. Texto articulado de la Ley de contratos del Estado, aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril, donde la calificación contractual del vínculo constituye una de las decisiones conscientes adoptadas por el legislador al abordar la gestión de los servicios públicos.

ISBN: 978-84-612-8626-3

"No serán aplicables las disposiciones de este título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma."

El precepto suscitó la duda de si este nuevo criterio introducido en la LCAP suponía la reforma de la legislación local sobre los modos de gestión de los servicios públicos, toda vez que el artículo 85.3 de la LBRL en su versión prístina disponía:

"La gestión directa adoptará alguna de las siguientes formas: c) Sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local."

Como es sabido, la LCAP se modificó en virtud de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, para excluir del contrato de gestión de servicios públicos únicamente a las sociedades de Derecho privado de propiedad exclusiva pública, quedando redactado en los siguientes términos: "No serán aplicables las disposiciones de este título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma", redacción que pasó al artículo 154.2 del TRLCAP.

El contrato de gestión de servicios públicos se define en el artículo 8 de la LCSP como "aquél en cuya virtud una administración pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante".

A continuación, el apartado 2 del artículo 8 excluye la aplicación de las disposiciones de la Ley referidas a este contrato, porque no hay contrato "en los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública".

Se advierte que esta dicción contrasta con el tenor literal del artículo 154.2 del TRLCAP, que disponía:

"ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma."

ISBN: 978-84-612-8626-3

Aunque el artículo 116 de la LCSP, bajo la rúbrica de "Régimen jurídico del servicio", dispone:

"Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, *que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma*, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones a favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio."

Por su parte, el artículo 251 y siguientes de la LCSP se consagran a la regulación del contrato de gestión de servicios públicos, es decir, la utilización de la fórmula contractual o alguna modalidad indirecta de gestión que tiene lugar siempre que la Administración no decida prestar el servicio con sus propios medios, sino con colaboración de un tercero contratista, que es quien asume los riesgos de la explotación. El artículo 253 enumera las modalidades de contratación de la gestión de los servicios públicos: *a*) concesión, *b*) gestión interesada, *c*) concierto y *d*) "Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas".

Esta última modalidad, que constituye una fórmula institucionalizada de participación público-privada, suscita la confusión entre la fase de constitución de la compañía mercantil y la fase de adjudicación del contrato. Como pone de manifiesto Míguez Macho, en España esta confusión "no sólo es producto de la práctica, sino también de la propia legislación de contratación pública, que regula de manera conjunta e indiferenciada lo que es colaboración público-privada institucionalizada con formas de colaboración público-privada puramente contractual, como son las modalidades de gestión de servicios públicos". Por ello, hay que distinguir entre la fase de creación de la entidad que exige la elección del socio o socios privados mediante procedimientos de concurrencia competitiva, aplicando las reglas de la contratación pública sobre la selección del contratista, del encargo de la gestión del servicio, según este mismo autor "a medio camino entre la concesión y la relación entre un ente instrumental y la Administración matriz". Para este autor la regulación contractual de las relaciones entre la Administración y la empresa mixta sólo resulta satisfactoria cuando la participación de la Administración en la sociedad sea minoritaria y no le permita controlar la actuación de la misma desde dentro; en los casos en que sea mayoritaria o, en todo caso, le otorgue el con-

ISBN: 978-84-612-8626-3

trol societario, sería más conveniente acudir a instrumentos del ámbito de la moderna Administración instrumental como el contrato-programa.[79]

79. MÍGUEZ MACHO, L., "Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español", *op. cit.*, p. 198-199.

ISBN: 978-84-612-8626-3

3. Los modos de gestión de los servicios públicos en la legislación local

La prestación de servicios públicos, de actividades y servicios en general constituye el principal valor que las entidades locales aportan a la vida cotidiana de los ciudadanos. No obstante, el debate acerca de la necesidad de una reforma de su régimen jurídico ha quedado relegado a un plano secundario en el debate acerca de la elaboración del Anteproyecto de ley básica del gobierno y de la administración local (julio de 2006), eclipsado por la cuestión competencial y por procesos de reforma estatutaria. Pues, en efecto, la reforma de los servicios locales y sus formas de gestión tiene como presupuesto una definición positiva y actualizada de las competencias locales, en línea con la Carta Europea de la Autonomía Local.

Asimismo, urge actualizar la lista de las competencias y servicios locales a los tiempos que vivimos y despojarlos del sabor decimonónico que tienen algunos de los servicios enumerados por ejemplo en el artículo 86.3 de la LBRL. Hay que hacer notar que el propio concepto de servicio público local que maneja la LBRL está necesitado de *aggiornamento*, dado la era privatizadora y liberalizadora en la que nos encontramos y que ha transformado el concepto clásico subjetivo de servicio público por la noción de servicio universal y de las obligaciones de servicio público. Esto conlleva asimismo un cambio en el papel de la Administración local, su consideración como gobierno local con competencias propias que ha de tener potestades ordenadoras y de control sobre tales actividades, cuya satisfacción ha de garantizar en niveles de universalidad, regularidad y calidad,[80] en consonancia con la Carta Europa de la Autonomía local.

80. *Vid.* numerosas aportaciones sobre esta cuestión en *Homenaje al profesor Sebastián Martín-Retortillo,* REAL, 291, enero-abril de 2003.

ISBN: 978-84-612-8626-3

3.1. Consideraciones generales

El artículo 85 de la LBRL ha sido modificado por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local (LMMGL). Mas ha sido una reforma caracterizada por el inmovilismo y las escasas novedades en materia de gestión de servicios públicos, pues la Ley se la limitado a incorporar como modalidad de gestión directa la fórmula de entidad pública empresarial para el ámbito local. Asimismo, declara "una regulación sustancial necesaria de los organismos autónomos y sociedades mercantiles con capital social público, hasta ahora sólo reguladas parcialmente en normas reglamentarias".

No obstante, el reformado artículo 85 de la LBRL continúa con las viejas categorías y no introduce referencia alguna a los conceptos de servicios de interés general, servicio universal, servicios de interés económico general u obligaciones de servicio público. De suerte que respecto a los modos de gestión de los servicios públicos locales, la LBRL modificada por la LMMGL ha supuesto la incorporación a nivel local de la clasificación que de los organismos públicos ha realizado la LOFAGE. Cabalmente, la finalidad de la reforma ha sido uniformar las modalidades organizativas instrumentales a imagen y semejanza de la LOFAGE,[81] aunque desde perspectivas distintas. Pues mientras que la LOFAGE se sitúa en el título III desde la vertiente de las modalidades de organización de la Administración institucional del Estado, en definitiva, la teoría de la organización, en cambio los artículos 85, 85.bis y 85.ter (tras la LMMGL) se posicionan exclusivamente desde la más estrecha perspectiva hoy necesitada de superación de las modalidades de gestión de los servicios públicos. A nuestro juicio, este enfoque explica la llamativa ausencia de un concepto de empresa pública local, por contraste con la legislación estatal y autonómica,[82] al menos

81. Compartimos la opinión de MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., "Administración institucional en la legislación autonómica y municipal", *Administración institucional*, AA.VV., Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder judicial, VIII, 2004, cuando concluye al respecto que, "*de lege ferenda*, sería deseable una legislación de carácter básico para todos los organismos públicos dependientes de las administraciones públicas territoriales, cuyo contenido parece que debería situarse en un punto intermedio entre el excesivo detallismo de los organismos autónomos y EPE locales y la inexistente regulación estatal de los organismos autonómicos", p. 212.

82. Puede verse ampliamente sobre esta cuestión nuestro trabajo *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*, Iustel, Madrid 2006, p. 34 y ss.

ISBN: 978-84-612-8626-3

desde la vertiente hacendística y presupuestaria en el Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de haciendas locales.

Esta perspectiva más encorsetada de la normativa local tributaria de épocas y coyunturas pasadas provoca algunas confusiones, en particular por lo que se refiere a la necesidad de seguir o no el denominado *expediente de municipalización* que desgrana el artículo 97 del TRRL en todos sus trámites, para todo tipo de actividades, también para la prestación de servicios públicos locales *stricto sensu*, incluidos los servicios mínimos obligatorios del artículo 26 de la LBRL y los reservados (artículo 86.3 de la LBRL), o sólo para el ejercicio de la iniciativa pública en la economía.[83]

El Tribunal Supremo ha mantenido criterios dispares hasta finalmente defender a partir de la sentencia de 1 de febrero de 2002 (Aranzadi 1590) que la creación de empresas municipales para la gestión de servicios públicos esenciales exige asimismo un expediente previo para acreditar la oportunidad y conveniencia de la medida. En el pleito se discutía si la creación de una sociedad mercantil municipal –en el caso la Sociedad Municipal Residuos Sólidos Urbanos, SL–, que tenga por objeto un servicio público local esencial, como sostenía el Ayuntamiento de Marbella, implica ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la CE y, en consecuencia, exige como presupuesto, la tramitación del expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida a que se refiere el artículo 86.1 de la LBRL y 97 del TRRL.

83. Como afirma Del Guayo, I., desde la autonomía local y de acuerdo con las tendencias descentralizadoras "parece conveniente que se reconozca a las entidades locales su condición de agentes de promoción económica y es necesario destacar que los entes locales puedan desarrollar todo tipo de iniciativas económicas en beneficio de los vecinos. Sin embargo, el ámbito de la libre iniciativa económica está oscurecido en la legislación de régimen local, pues se mezcla con el ámbito de los servicios esenciales reservados o servicios públicos, […] resulta conveniente seguir clarificando la distinción entre los dos grandes ámbitos de la actividad local, en beneficio, simultáneamente, de ambas perspectivas, porque si se acierta a separar de la categoría de los servicios públicos locales las actividades o servicios económicos propios de la iniciativa local se liberará a estos últimos de ciertas limitaciones que las normas imponen, tanto en la creación como en la gestión de los servicios públicos, y, desde la perspectiva de la libertad de empresa, surgirán igualmente beneficios si se clarifica definitivamente la distinción entre ambas cosas, pues los monopolios y formas asimiladas serán posibilidades abiertas, exclusivamente, en aquellas actividades que sean, en sentido estricto, servicios públicos locales", en "La gestión de servicios públicos locales", RAP, 165, 2004, p. 129.

ISBN: 978-84-612-8626-3

Las dudas que aquí se concitan traen causa en la persistencia del empleo del anacrónico concepto de *municipalización* y *provincialización*, del uso de la expresión de servicios públicos locales como equivalente a actividades municipales abstracción hecha de si se trata de la manifestación de la iniciativa pública en la economía, y de su regulación bajo el rótulo común de las formas de gestión de los servicios públicos. En efecto, en terminología del Decreto de 17 de junio de 1955 que aprueba el Reglamento de servicios de las corporaciones locales (RSCL) todavía en vigor en los artículos 45.1 y 47.1 se denomina *municipalización* y *provincialización*[84] a la potestad de iniciativa pública en la economía de los municipios y provincias respectivamente, ya sea en régimen de concurrencia o de monopolio.[85] Por eso, juzgamos acertada la exposición de motivos de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Normas reguladoras de la Administración local de Aragón, cuando declara que:

"En materia de servicios y actividad económica, la Ley sigue las orientaciones establecidas en la legislación básica estatal, pero simplifica el régimen de la iniciativa local en materia económica, prescindiendo del equívoco concepto de municipalización y provincialización, que tuvo su razón de ser en un momento histórico y con un marco jurídico, en los que la iniciativa económica local tenía carácter excepcional. No tiene ahora sentido, cuando dicha iniciativa está recogida en el artículo 128.2 de la Constitución y en la legislación básica estatal de régimen local. La distinción que hoy debe mantenerse es la existente entre servicios o actividades en régimen de libre competencia y en régimen de monopolio."

84. *Vid.* CLAVERO ARÉVALO, M.F., *Municipalización y provincialización de servicios en la Ley de régimen local de 1950*, Madrid, 1951. ALBI CHOLBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960, especialmente p. 261-263. RIVERO YSERN, J.L., *Manual de Derecho local*, Thomson-Civitas, 5ª edición, Madrid, 2004, en particular p. 438-443, sostiene un concepto de municipalización en aras de una interpretación correctora de la ausencia de competencias locales en la LBRL como asunción de competencias por la Administración que opera a través del artículo 86.3 de la LBRL.

85. En efecto, el artículo 45.1 del RSCL preceptúa que:

"La municipalización y la provincialización constituyen formas de desarrollo de la actividad de las corporaciones locales para la prestación de los servicios económicos de su competencia asumiendo en todo o en parte el riesgo de la empresa mediante el poder de regularla y fiscalizar su régimen."

Y el artículo 47.1 del RSCL dispone:

"Tanto la municipalización como la provincialización de servicios podrá efectuarse en régimen de libre concurrencia o en monopolio."

ISBN: 978-84-612-8626-3

Por ende, es patente la confusión entre la potestad de iniciativa pública económica en régimen de libre concurrencia (artículo 128.2 de la CE, primer inciso) y la potestad de reserva al sector público de servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio (artículo 128.2 de la CE, segundo inciso), dado que ambas potestades se someten al mismo procedimiento de ejercicio, el llamado expediente de municipalización regulado en el artículo 97 del TRRL.[86]

La exportación del régimen estatal a la Administración local lleva aparejado el traslado de las virtudes, pero también de los defectos del régimen de los organismos públicos efectuado por la LOFAGE. En el haber, la importación del criterio de racionalización que ha de limitar la discrecionalidad de la potestad organizatoria local estableciendo como directriz un intento de correspondencia entre forma jurídica elegida y fin encomendado; por otra, excesos de regulación con fundados reproches de inconstitucionalidad, amén de incurrir en algunas clamorosas lagunas y no tener en cuenta el esquema organizativo local, pues la transposición en bloque del esquema estatal produce desajustes en el ámbito local.[87]

Tras la LMMGL ahora recibe en sentido estricto el nombre de *sociedad mercantil local*[88] aquella compañía mercantil de responsabilidad limitada participada en exclusiva de manera directa o indirecta por la entidad local y que se configura como un modo de gestión directa de los servicios públicos locales.

El artículo 85.ter de la LBRL introducido por la LMMGL establece:

"1. Las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuesta-

86. El artículo 95.1 del TRRL dispone:

"Los servicios públicos locales, incluso los ejercidos en virtud de la iniciativa pública prevista en el artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, podrán ser gestionados directa o indirectamente. Sin embargo, los que impliquen ejercicio de autoridad sólo podrán ser ejercidos por gestión directa."

87. De nuevo nos remitimos más ampliamente sobre esta cuestión a nuestro trabajo *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local, op. cit.*, p. 34-47 y 57 y ss.

88. Puede consultarse GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., "Sociedades mercantiles de la Administración y Ley de contratos de la administraciones públicas (con referencias a la nueva Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local)", REAL, 292-293, 2003, p. 99 y ss. En terminología del RSCL, sociedad privada municipal o provincial, artículo 67.3, y cuyo régimen se desarrolla en los artículos 89 a 94 de la misma norma.

ISBN: 978-84-612-8626-3

ria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.

"2. La sociedad deberá adoptar una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma.

"3. Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de la misma."[89]

Como puede verse, el artículo 85.ter viene a transcribir casi literalmente la disposición adicional 12 de la LOFAGE, en la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas (LPAP), pero con algunas diferencias dignas de notar:

–El artículo 85.ter añade a la normativa pública el control de eficacia, lo que no significa que antes no estuviesen sujetas a este control en virtud de los artículos 220 y 221 del Texto refundido de la Ley de haciendas locales (TRLHL), referidos a todas las sociedades dependientes de las entidades locales.

–En cambio, el artículo 85.ter omite toda referencia a la normativa patrimonial pública contenida en la LPAP. Esta ley trata de crear una peculiar especie de sociedad anónima de capital íntegramente público estatal, a las que la Ley reconduce al ámbito público por mor del artículo 166.2 y del título VII. Empero, hay que notar que el referido título VII no es básico y sólo es aplicable a la Administración General del Estado. Mas no hay que olvidar que en la LPAP sí hay preceptos básicos como los principios aplicables a los bienes y derechos patrimoniales que enumera el artículo 8, toda vez que los títulos representativos de capital en sociedades mercantiles son bienes patrimoniales.[90]

89. Pueden apreciarse las escasas diferencias con el artículo 103 del TRRL, que regula la gestión directa del servicio o actividad en forma de empresa privada disponiendo:

"1. Habrá de adoptarse una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada. La sociedad se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la entidad local, la forma de constituir el Consejo de Administración y la determinación de quiénes tengan derecho a emitir voto representando al capital social. 2. Cuando las pérdidas excedan de la mitad del capital social, será obligatoria la disolución de la sociedad, y la corporación resolverá sobre la continuidad y forma de prestación del servicio."

90. *Vid.* artículos 76 del TRRL y 6 del Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por el Real decreto 1372/1986, de 13 de junio.

ISBN: 978-84-612-8626-3

Con todo, las novedades más significativas que aporta el artículo 85.ter son:

–Posibilidad de que las sociedades mercantiles locales se constituyan con capital aportado por un organismo autónomo o EPES local, es decir, se incorpora la participación exclusiva indirecta de la entidad local.

–Remisión a los estatutos para la configuración de la forma de designación y funcionamiento de los órganos de la entidad, con lo que el precepto parece acabar con la especialidad orgánica más característica de las sociedades mercantiles de capital exclusivo local (en la terminología tradicional sociedad privada municipal): que el Pleno de la corporación se constituya en Junta General de la compañía, que a su vez designa el Consejo de Administración (artículos 90 a 94 del RSCL). Estimo que en el caso de la participación exclusiva directa en la sociedad mercantil local por parte de la Administración municipal continúa rigiendo dicha especialidad organizativa. Abogar por su mantenimiento refuerza y subraya la proximidad de la dependencia entre la sociedad mercantil local como puro ente instrumental en manos de la Administración municipal, y recuérdese que esta circunstancia fue tenida en cuenta por el TJCE en el caso Carbotermo, como elemento atemperador del cumplimiento del requisito del control análogo, a efectos de considerar a la compañía mercantil público como medio propio. Sólo cuando la sociedad mercantil local está participada íntegramente por un organismo autónomo o EPES se justifica la derogación de dicha especialidad.

–Prohibición expresa de desempeñar funciones de autoridad a tenor del artículo 85.3 de la LBRL. Este precepto hay que ponerlo en relación con el artículo 92.2 de la LBRL, que produce la identificación del ejercicio de funciones públicas y el ejercicio de autoridad con reserva de su cumplimiento al personal sujeto a estatuto funcionarial.[91]

Finalmente, hubiera sido conveniente establecer para las sociedades mercantiles locales en el artículo 85.ter la exigencia de la aprobación y

91. El artículo 85.3 de la LBRL conlleva la necesidad de aclarar la situación de determinadas sociedades de capital exclusivo local que realizan, por ejemplo, la gestión del sistema tributario, utilizando fórmulas de dudosa legalidad por medio del artificio técnico de considerar a la empresa como un ente de cooperación del tesorero en el ejercicio de sus funciones públicas; o actos de inspección en el caso de sociedades municipales de abastecimiento de aguas; o resolución de expedientes de desahucio administrativo en caso de sociedades promotoras de viviendas sociales, o actividad subvencional llevada a cabo por las numerosas sociedades de desarrollo local.

ISBN: 978-84-612-8626-3

publicación de sus estatutos (BOP) con carácter previo al inicio de su funcionamiento efectivo como así se prevé por el artículo 85.bis.3 de la LBRL para los organismos autónomos y las EPES. El régimen de la sociedad mercantil local como modo directo de gestión de los servicios público (artículo 67.3 del RSCL) más pormenorizado se encuentra en los artículos 89 a 94 del RSCL, bajo la denominación de sociedad privada municipal o provincial, así como en las correspondientes normas autonómicas.

Por último, la vertiente contractual quedó claramente patente en el artículo 85.2.B) al remitir a las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 156 del TRLCAP, como modos indirectos de gestión de los servicios públicos locales.[92] Por ende, la asimilación de las formas indirectas de gestión de los servicios públicos a la colaboración contractual se produce expresamente en el ámbito local con la reforma del artículo 85 de la LBRL por la LMMGL. Asimilación que se mantiene también ahora en el vigente artículo 85.2.B) de la LBRL, modificado por la disposición final primera de la LCSP.

3.2. La modificación del artículo 85.2.A).d) de la LBRL por la disposición final primera de la LCSP: la sociedad mercantil local como forma directa de gestión de los servicios públicos

La disposición final primera de la Ley 30/2007 ha modificado el artículo 85.2 de la LBRL, quedando redactado como sigue:

"2. Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:

"A) Gestión directa: a) Gestión por la propia entidad local; b) Organismo autónomo local; c) Entidad pública empresarial local; *d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública*.

"B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de contratos del sector público."

92. *Vid.* el artículo 113 del RSCL, que bajo la rúbrica de "Formas de gestión indirecta" establecía:

"Los servicios públicos de competencia de las corporaciones locales podrán prestarse indirectamente con arreglo a las siguientes formas: a) concesión; b) arrendamiento; c) concierto."

Por su parte, la gestión por empresa mixta es objeto de regulación en un capítulo propio que comprende los artículos 102 a 112, sistemática expresiva de la peculiar naturaleza de la empresa mixta.

ISBN: 978-84-612-8626-3

3.2.1. La "cesión" de medios propios entre administraciones

La literalidad tanto del artículo 8.2 de la LCSP, así como la nueva redacción dada al artículo 85.2.A.d) de la LBRL, introducen una novedad sin precedentes en las formas directas de gestión de los servicios públicos a través de sociedad mercantil, toda vez que sólo parecen exigir que la titularidad del capital sea público, sin requerir que su pertenencia corresponda a la Administración encomendante del servicio cuya prestación ha asumido como propia de su competencia. En otros términos, el cambio de redacción ampara la posibilidad de considerar como un modo directo de gestión de una administración a cualquier sociedad mercantil de capital íntegramente público, sin exigir que la Administración encomendante tenga participación alguna en el capital social, y por consiguiente, lejos de ejercer no ya un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, sino orillando el requisito del control.[93]

La literalidad de la nueva redacción da cobertura a esta interpretación a todas luces contraria al concepto de modo directo de gestión de los servicios públicos,[94] además de chocar de manera frontal con los principios generales del Derecho comunitario que, como se ha visto, se aplican en el ámbito de los contratos de concesión de servicios. Esta sorprendente modificación, cuyo tenor literal parece amparar como un modo directo de gestión de los servicios públicos un ente societario instrumental mercantil de una administración local que no tenga participación accionarial alguna en su capital es absurda[94] y contraria a los principios generales del Derecho comunitario, libre competencia, igualdad y no-discriminación, al representar una invitación o llamada a las administraciones (locales) a utilizar como modo directo de gestión de los servicios públicos sociedades

93. Nos llama la atención que a lo largo de la tramitación del Proyecto de LCSP no se suscitara debate acerca de esta cuestión, ni se presentara enmienda alguna.

94. El artículo 41 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de servicios de las corporaciones locales (RSCL), establece:

"Se entenderá por gestión directa la que para prestar los servicios de su competencia realicen las corporaciones locales por sí mismas o mediante organismos exclusivamente dependientes de ellas."

95. Véase en este sentido también Gimeno Feliu, J.Mª., "La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria", para quien lo que sí resulta evidente es que no se considerarán servicios *in house* y, por tanto, estarán dentro del ámbito de las directivas los contratos entre una entidad territorial y un ente dependiente de otros entes territoriales distintos.

ISBN: 978-84-612-8626-3

mercantiles instrumentales de otras administraciones no sólo locales, tomándolas "prestado" a través de encargos de gestión que suponen una clara elusión de los procedimientos públicos de licitación de los contratos, y, por tanto, con restricción del mercado de la contratación.[96]

Mas la jurisprudencia del TJCE que hemos citado, en particular el caso aparcamientos Brixen y ANAV, relativa al contrato de concesión de servicios, aplica los requisitos de la doctrina Teckal para la consideración de una sociedad o ente instrumental como modo directo de gestión de tales servicios públicos excluido de los principios de igualdad, transparencia y no-discriminación. Además, es preciso hacer notar que la referida modificación del artículo 85.2.A).d) de la LBRL no ha venido acompañada de la reforma del artículo 85.ter de la LBRL (introducido por la Ley 57/2003, de 26 de diciembre, de medidas de modernización del gobierno local), seguramente por mala técnica legislativa y simple olvido, que continúa disponiendo en el apartado 2:

"2. La sociedad deberá adoptar una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, y en la escritura de constitución constará el capital, *que deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma*."

La "cesión de medios propios" entre administraciones públicas, y en concreto por lo que aquí importa, de sociedades mercantiles públicas a favor de administraciones que no cumplen los requisitos de la doctrina de los negocios domésticos, constituye un fraude de ley[97] y encubren una relación contractual sujeta a la vigente LCSP.[98]

96. También pone de manifiesto este peligro el Abogado General Sr. Geelhoed en sus Conclusiones en el caso ASEMFO-TRAGSA presentadas el 28 de septiembre de 2006 en los siguientes términos:

"Por otra parte, a la Comisión no le falta razón cuando afirma que las estructuras en las que varios entes públicos utilizan un medio instrumental, que en términos de competencias para ejercer influencia opera como el 'medio propio' de sólo uno de estos entes, pueden dar lugar a abusos. Pueden tener como consecuencia que los entes públicos, para la ejecución de obras y la prestación de servicios que de otro modo hubieran sometido a un procedimiento de licitación pública, recurran, o sean invitados a recurrir, al servicio 'propio' instrumental ya existente de otro ente público. Esto puede conducir a que extensos sectores del mercado quedan sustraídos a los efectos del Derecho comunitario primario y derivado en materia de contratación pública." (Apartado 96)

97. El profesor Sosa Wagner ha manifestado su convicción acerca de la posibilidad natural que el ordenamiento brinda a las entidades públicas de emplear sus "recursos propios", sin necesidad de recurrir a contratos externos, cuando cuenta con los medios suficientes para ello. Las figuras de la encomienda o el encargo hechos a organizaciones en todo dependientes nos sirven para explicar estas singulares relaciones, como igualmente nos sirven los convenios para entender el

ISBN: 978-84-612-8626-3

Este criterio ya venía sustentándose por la jurisprudencia de nuestros tribunales.

Pionera en este sentido es la STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de octubre de 2000 (RAJ 2309), que anula el Convenio interadministrativo de colaboración entre el Ayuntamiento de Huete y el Ayuntamiento de Alcázar de San Juan a través de la empresa de capital íntegramente municipal que presta el

uso que una administración pública pueda hacer de organizaciones instrumentales pertenecientes a otras administraciones. Sin embargo, no compartimos esta última afirmación de entender como simples convenios, fuera del TRLCAP, los relativos a la utilización de entes instrumentales de una administración pública por otra, siempre que el contenido sea el propio de un contrato sujeto a la LCSP como con todo acierto dispone ahora el artículo 4.1.c). No obstante su postura favorable en general, el profesor Sosa alude también y con acierto a los límites en la utilización de los recursos propios representados por el principio de proporcionalidad, adecuación entre la envergadura de las organizaciones instrumentales y la capacidad de prestación del Ayuntamiento y sus previsibles necesidades; la capacidad y magnitud de los "medios propios" de que dispone la Administración; y el control y erradicación de prácticas restrictivas de la competencia que no encuentren amparo legal en los términos del artículo 2.1 de la Ley de defensa de la competencia. *Vid.* Sosa Wagner, F. "El empleo de los 'recursos propios' por las administraciones locales", *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, *op. cit.*, p. 1339-1340. Asimismo, sostiene en la 6ª edición de su obra *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson, Civitas, 2004, p. 54, la licitud de un convenio de colaboración entre administraciones públicas al amparo de lo previsto en el artículo 57 de la LBRL y del principio de libertad de pactos que anima la contratación administrativa, convenio que puede servir de cobertura a la transferencia de la gestión de un servicio público a una empresa cuyas acciones se hallen en manos de la Administración con la que se conviene. Mas entiendo que dicho criterio no puede compartirse, por una parte en virtud de la noción de medio propio o instrumental de la Administración, que implica en todo caso una relación de subordinación entre ésta y el ente instrumental que se define como un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios y realizar la parte esencial de la actividad para la entidad o entidades que la controlan.

98. Así lo hemos manifestado anteriormente en nuestro trabajo "La reforma de las formas de gestión de los servicios públicos locales. La contratación de las sociedades públicas locales", *op. cit.*, durante la vigencia del TRLCAP modificado por el Real decreto ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, en el que concluimos:

"sólo quedan al margen del TRLCAP los encargos, encomiendas o contratos-programas que celebre una administración territorial matriz con sus propias entidades o sociedades instrumentales. Quiere decirse que al entablarse dicha relación de dependencia únicamente con la matriz bien de manera directa o indirecta –ahora el artículo 85.2.A.d) de la LBRL califica de sociedad mercantil local la participada en exclusiva de manera directa por la Administración local o a través de una entidad pública dependiente de la misma–, no puede, por definición, erigirse en medio propio de otra administración pública, pues en tal supuesto, siempre que la materia sobre la que verse sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o servicios, cualquiera que sea la denominación del vehículo a través del cual se quiera canalizar dicha relación –encargo, encomienda, contrato-programa o convenio–, exis-

ISBN: 978-84-612-8626-3

servicio de suministro o abastecimiento de agua en dicho municipio, por medio del cual se formaliza una encomienda de gestión del servicio público del agua. La parte recurrente sostiene que se trataba de un fraude de ley para encubrir una auténtica desmunicipalización del servicio al confiarse a una entidad mercantil de las consideradas municipales, al margen de las formalidades legalmente impuestas a la contratación administrativa y a la concesión de servicios públicos. El Tribunal Superior de Justicia manifiesta que:

"el convenio encubre una auténtica concesión o cesión de la gestión del servicio público por un tercero distinto de la propia Administración local titular del servicio que hasta ese momento venía prestándolo de forma directa, siendo ese tercero en este caso la empresa municipal de otra entidad local constituida para la gestión directa del servicio de abastecimiento de agua potable en su municipio. Se utiliza la figura del convenio intermunicipal, pero esta institución no es sino una cobertura meramente nominal o formal de lo que realmente ocurre: la transferencia de potestades administrativas para la gestión de un servicio público municipal a una persona jurídica privada que actúa en el tráfico jurídico como una sociedad mercantil aunque se haya constituido por una entidad local diferente para la gestión en el ámbito del propio municipio de ese mismo servicio. En consecuencia, dicha cobertura ha de considerarse fraudulenta. En realidad, se pasa a un sistema de gestión indirecta del servicio público de que se trata."

Sobre un asunto análogo se ha pronunciado también el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en las sentencias de 13 de marzo de 2003 (RAJ 22703) y 19 de mayo de 2004 (RAJ 79)[99] –que reproduce literal-

te un verdadero contrato al que es de aplicación preceptiva el TRLCAP. Además, no cabe su elusión por la vía de proclamar en el grupo normativo *ad hoc* aplicable al ente instrumental que es medio propio de otra u otras administraciones si realmente no lo es. Éste es el criterio que subraya el nuevo apartado l) del artículo 3.1 del TRLCAP."

99. Sentencia en la que el Tribunal Superior de Justicia ante supuestos sustancialmente iguales sostiene el mismo criterio que en la precedente. En esta ocasión, Aguas de Valencia, SA impugna los acuerdos del Ayuntamiento de Torrent de fechas 25 de enero y 7 de febrero de 2000, por los que respectivamente se aprueba el convenio interadministrativo a suscribir entre el Ayuntamiento de Torrent y el Ayuntamiento de Paterna por el que se regula la cooperación para la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado en el municipio de Paterna, así como el convenio interadministrativo por el que se regula la gestión, por el Ayuntamiento de Torrent a través de su sociedad mixta Aigües de l'Horta, SA, del servicio de captación, abastecimiento y distribución domiciliaria de agua potable a los abonados al servicio en el término de Paterna, así como la gestión del alcantarillado, saneamiento y depuración de las aguas residuales de este último municipio, suscrito el 9 de febrero de 2000 entre los ayuntamientos de Torrent y Paterna y la empresa Aigües de l'Horta, SA en cumplimiento de los referidos acuerdos municipales.

ISBN: 978-84-612-8626-3

mente los términos de la precedente–, con ocasión de la constitución de la empresa mixta Aigües de l'Horta entre el Ayuntamiento de Torrent e Hidra Gestión Integral del Agua, SA, sociedad de capital mayoritario municipal para la gestión del ciclo integral del agua en Torrent. Posteriormente, el Ayuntamiento de Picanya solicitó al de Torrent que a través de un convenio interadministrativo se regule la cooperación para la prestación del agua por dicha empresa mixta. El 24 de julio de 1997 la empresa mixta modificó sus estatutos a fin de que no tenga por objeto social exclusivo la prestación en un determinado término municipal, estableciendo que también podrá prestar sus servicios en otros municipios que hayan concertado con el Ayuntamiento de Torrent las prestaciones en régimen de cooperación municipal.

Hay que tener en cuenta que estos fallos se pronuncian estando vigente la LCAP 13/1995, cuyo artículo 155.2 excluía del contrato de gestión de servicios a la sociedad mercantil de participación mayoritaria de la Administración o de una entidad pública al considerarlo como un modo directo de gestión de los servicios públicos. Como es sabido, este criterio se modifica posteriormente por la Ley 53/1999, y pasa al artículo 154.2 del TRLCAP.

Asimismo, en ambos pleitos la recurrente es la sociedad Aguas de Valencia SA, entidad mercantil que tiene como objeto social básico el de desarrollar una actividad de prestación indirecta de los servicios públicos municipales de abastecimiento de agua potable, saneamiento, evacuación y depuración de aguas residuales, cuyo ámbito geográfico mayoritario de actuación es la Comunidad Autónoma Valenciana, donde tiene una sólida implantación. En síntesis, la sociedad anónima demandante opone vulneración del principio de libre competencia, quedando la actuación fuera del marco de la Ley de contratos, aplicando indebidamente lo dispuesto en el artículo 155.2 de la misma e infringiendo con ello lo dispuesto en los artículos 96 y 97 del TRRL, el artículo 38 de la CE y la Ley 3/1991, de competencia desleal.

Para el Tribunal Superior de Justicia de Valencia el punto de partida ha de ser la distinta valoración que corresponde a la utilización de una sociedad mercantil en la que el capital mayoritario pertenece a una administración local distinta a la prestataria del servicio público de agua potable y alcantarillado. Del fundamento jurídico quinto de la sentencia de 13 de marzo de 2003 (relativa al acuerdo del Ayuntamiento de Silla por el que se aprobó el convenio interadministrativo entre los ayuntamientos de Silla y Torrent) importa destacar:

ISBN: 978-84-612-8626-3

"a) […] Así, como punto de partida, parece evidente que no pueden catalogarse como actos administrativos equiparables y, en principio, sujetos a las mismas condiciones aquél que consiste en la propia prestación del servicio por parte de la Administración titular del mismo –y en el que existe únicamente una modulación (por importante que ésta sea, pero modulación al fin y al cabo) en la forma jurídica de desarrollar la gestión: entidad de Derecho privado– con aquel que consiste en la prestación del servicio por un tercero por más que en el ámbito interno de este tercero aparezca una persona pública dominando la vida social del ente privado.

"b) La gestión del servicio público de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en el municipio de Xirivella no va a ser prestado por una persona jurídica en la que esta Administración local disponga la mayoría en el número de sus participaciones sociales sino por una tercera persona jurídica que cuenta con ese nivel participativo pero a favor de un ayuntamiento vecino (Torrent).

"c) No hay aquí, entonces, una gestión directa del servicio público por parte de la Administración local titular del mismo, sino una gestión indirecta de éste por un tercero.

"d) Aigües de l'Horta, SA es igual de tercero que cualquier otra persona jurídica de Derecho privado al no mediar vinculación alguna entre esta persona y el Ayuntamiento de Xirivella. Y es que la participación mayoritaria en esta sociedad del Ayuntamiento de Torrent cuenta con relevancia dentro del propio espacio físico en el que este municipio desarrolla una actividad prestacional de servicios, pero no cuando los mismos se ejercen extramuros de tal localidad. En este supuesto, la sociedad por él constituida pierde los rasgos singulares que le son característicos para entrar en el mercado como una entidad más que trata de diseñar su volumen negocial por el cauce de un incremento en la prestación de servicios públicos –objetivo tendencial explícito de la sociedad– que le pueden ser adjudicados.

"f) El artículo 155.2 de la LCAP establece una previsión normativa que, por su propia naturaleza –al introducir una restricción pasa la aplicabilidad de los principios de competencia y publicidad–, debe interpretarse de forma estricta […].

"Es verdad que la norma utiliza, *in genere*, el vocablo 'la Administración' al afirmar que 'en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración', pero, como aclara el criterio sistemático, resulta que sólo cuando sea la propia Administración beneficiaria del servicio la que

ISBN: 978-84-612-8626-3

domine la nueva persona jurídica constituida al efecto podrá afirmarse que la gestión del servicio público corresponde a la propia Administración titular del mismo, que es aquella enunciada en el artículo 155.2 de la LCAP.

"g) Lo esencial aquí es la existencia de una persona jurídica de Derecho privado que se introduce en el mercado como cualquier otro tercero al objeto de desarrollar una actividad mercantil que, en principio, está sometida a la libre concurrencia y publicidad salvo cuando, y de modo excepcional, la prestación del servicio se desarrolle por un ente instrumental de Derecho privado de la propia Administración pública titular del servicio."

Por su parte, en el escrito de contestación a la demanda que presenta Aigües de l'Horta, SA (empresa mixta demandada) se mantiene que una vez establecida una actividad económica que reviste el carácter de servicio público, el Ayuntamiento puede extenderla a otros municipios si lo considera oportuno, pues la cooperación administrativa forma parte de la potestad autoorganizatoria de los municipios. Al suscribir el convenio impugnado, el Ayuntamiento no está ampliando el ejercicio de una actividad económica, sino prestando su servicio a otro municipio en régimen de cooperación. Mas el Tribunal Superior de Justicia, en la letra h) del fundamento jurídico quinto de la sentencia de 13 de marzo de 2003, afirma que:

"Para nosotros, una cosa es la potestad autoorganizatoria de las administraciones públicas –caracterizadas por su extrema discrecionalidad– […] y otra es el respeto de las exigencias ordinamentales de libre concurrencia y publicidad que fija la normativa de contratación de Derecho público […]. Desde el primer parámetro, los ayuntamientos de Xirivella y Torrent pueden convenir un cierto ámbito regulativo como es la ayuda para al prestación de un servicio, pero esta potestad autoorganizatoria ha de cohonestarse con el resto del ordenamiento jurídico al objeto de constatar si, efectivamente, la misma no vulnera normas imperativas.

"Para lo que ahora nos interesa, resulta que en el ejercicio de esa autoorganización ambos ayuntamientos pretenden excluir la aplicabilidad de una normativa forzosa –y de carácter básico– para la contratación pública y que configura uno de los pilares sobre los que asienta la LCAP de mayo de 1995 […].

"Sobre el basamento de lo expuesto, obtenemos la conclusión de que si bien el Convenio interadministrativo suscrito […] no queda sometido, en sí mismo, a las normas de contratación pública que recoge la Ley de 18 de mayo de 1995 [artículo 3.1.c) de la Ley 13/1995], sucede que ésta, al

ISBN: 978-84-612-8626-3

infringir el Derecho aplicable, contiene un régimen regulativo del servicio público de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en el municipio de Xirivella que supone una exclusión ilícita de la normativa legal aplicable en materia de contratación pública: libre concurrencia a la prestación del servicio si no se opta por la prestación directa del mismo a través del propio ente público sea por sí mismo o por medio de la constitución de una persona pública o privada interpuesta."

Por consiguiente, el fallo estima el recurso interpuesto por Aguas de Valencia, SA.

Estos mismos asuntos litigiosos han sido objeto de examen por el Tribunal Supremo, al resolver en casación los recursos interpuestos contra las referidas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Valencia. A este respecto, es obligado citar la acertada STS de 2 de abril de 2005 (RAJ 4716), recurso de casación contra la STSJ de Valencia de 18 de septiembre de 2002, estimatoria del recurso contra el acuerdo interadministrativo Pleno Ayuntamiento de Picanya y Torrent, mediante el cual se regula la cooperación para la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado en el municipio de Picanya por medio de la empresa mixta Aigües de l'Horta. El Tribunal Supremo desestima el recurso casación y declara:

"queda claro que la LBRL conceptúa como gestión directa cuando el capital de la sociedad pertenece íntegramente a la entidad local y como gestión indirecta cuando el ente local ostenta una participación parcial mayoritaria o no.

"No se aplica el artículo 155.1 de la LCAP a la gestión directa, supuesto que viene a coincidir con lo ya previsto en el artículo 3.1.c) de la LCAP.

"Mientras el artículo 155.2 de la LCAP contempla la gestión directa descentralizada por medio de personas jurídicas instrumentales.

"Los supuestos de sociedades de economía mixta reúnen capital público y capital privado constituyendo uno de los típicos entes instrumentales que atienden a la necesidad de las administraciones de trasladar a otros sujetos el ejercicio de competencias que satisfagan adecuadamente las necesidades colectivas de interés general. De entrada, la participación de la Administración en el capital social en una determinada proporción compartiendo la gestión ha de calificarse necesariamente como gestión indirecta al no acreditarse que en tal caso exista un control de la Administración como pudiera ser la fiscalización e inspección contable, la aprobación por el ente local de su programa de actuación, financiación e inversiones (fundamento jurídico cuarto).

ISBN: 978-84-612-8626-3

"debemos partir de que lo esencial es la exégesis que se realiza del artículo 155.2 de la LCAP […].

"En la normativa vigente, Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, se encuentra incorporada la modificación efectuada al precepto por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, excluyendo las sociedades de capital mayoritario al reconducir exclusivamente el concepto a las de capital exclusivo. Es importante tal modificación, mas no se encontraba vigente al tiempo de la adopción de los acuerdos impugnados. Nos vamos a centrar en el texto entonces vigente […] (fundamento jurídico quinto).

"Es incuestionable que el Ayuntamiento de Torrent es titular del 51% de la sociedad mixta Aigües de l'Horta, SA […] también es mayoritario el número de miembros del Consejo de Administración –la mitad más uno.

"Sin embargo, según los estatutos de la empresa mixta Aigües de l'Horta la constitución de la Junta General exige en primera convocatoria el 70% del capital suscrito mientras en segunda será válida con el número de socios concurrentes.

"Recordemos que el artículo 107 del RSCL exige justamente un quórum de las tres cuartas partes del número estatutario de votos para la adopción de acuerdos en cuatro casos, entre los que se incluye no sólo la modificación de los estatutos de la empresa sino también alteraciones de créditos, aprobación de balances y aprobación y modificación de los planos y proyectos generales de los servicios.

"Por todo ello, el acuerdo adoptado el 27 de junio de 1997 para modificar el objeto social en el sentido de adicionar que la prestación del servicio integral del agua podía prestarse en otros municipios con los que el Ayuntamiento de Torrent hubiere concertado tales prestaciones en régimen de cooperación intermunicipal, requirió la presencia de los dos accionistas –el público mayoritario y el privado minoritario– para alterar dichos estatutos, lo que fue acordado por unanimidad en Junta General Extraordinaria. Es decir, que independientemente de que el Ayuntamiento de Torrent ostente la condición de socio mayoritario en la sociedad mixta Aigües de l'Horta, SA, lo cierto es que para realizar válida y eficazmente un sinnúmero de actuaciones necesita la intervención del socio privado, lo que evidencia que el control societario no es absoluto sino relativo (fundamento jurídico sexto).

"Lo relatado hasta ahora pone de relieve que el Ayuntamiento de Torrent no ostenta societariamente una influencia dominante en la vida mercantil de Aigües de l'Horta, SA, lo que no sería óbice para su incardinación como empresa pública a efectos de las directivas comunitarias en

ISBN: 978-84-612-8626-3

determinados sectores, como el del agua, y en actividades importantes en el marco de la Unión Europea como la concertación contractual.

"No resulta forzado pretender que la sociedad mixta habría de integrarse en el concepto de empresa pública en que los poderes públicos pueden ejercer directa o indirectamente una influencia dominante de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen.

"La ampliación del objeto societario de la empresa mixta como paso previo a la suscripción del Convenio interadministrativo para prestar el servicio de agua potable y alcantarillado en otro municipio comporta una auténtica desnaturalización del objeto inicial de la empresa, para la que, recordemos, se llevó a cabo un concurso público para seleccionar el socio privado que, en unión del Ayuntamiento de Torrent, constituirá una empresa mixta para gestionar el servicio público del agua en el término municipal de Torrent. Si la publicidad y la concurrencia fueron garantizadas al constituirse la empresa mixta, dichos principios deben ser también respetados en cualquier modificación ulterior encaminada a la ampliación de la gestión de un servicio público. Se trata de evitar el establecimiento *de facto* de una posición de dominio en la actividad a favor de la empresa adjudicataria inicial mediante la publicidad y concurrencia exigida por el ordenamiento.

"Nada impide que a través de un convenio de colaboración un ente local pueda asumir la gestión directa de los servicios públicos de otro ente local. Sin embargo, es preciso respetar las normas reguladoras de la materia de que se trate, en este caso, los principios de la contratación pública […], cuando el sujeto que asume los citados servicios no lo hace directamente sino a través de la gestión indirecta, lo que acontece con las empresas mixtas.

"Distintas corporaciones locales entre sí pueden constituir consorcios como forma de prestación del servicio de abastecimiento de agua o incluso asociarse con entes privados. En tal caso el Consorcio así creado tendrá naturaleza de Administración pública, será quien gestione el servicio público por medio de alguna de las formas previstas en la legislación administrativa y sustituirá a los entes consorciados (artículo 40 del RSCL). También puede crear mancomunidades como entes que tengan por objeto la prestación de servicios públicos pero contraviene las normas de contratación pública la suscripción de un convenio interadministrativo como el aquí controvertido.

"Significa, por tanto, que ante una sociedad mixta como la aquí constatada no cabe entender existente una gestión directa del servicio sino una

ISBN: 978-84-612-8626-3

indirecta. La suscripción de un convenio interadministrativo incorporando a nuevos municipios como beneficiarios de la gestión del ciclo integral del agua en sus respectivos términos municipales por una sociedad mixta creada con un objeto limitado al término municipal de Torrent constituye una conducta elusiva del respeto a los principios de competencia y transparencia (fundamento jurídico séptimo)."[100]

3.2.2. Sociedad mercantil local de control conjunto por varias administraciones: una interpretación funcional del requisito del control

La nueva redacción del artículo 85.2.A.d) de la LBRL da cobertura a un supuesto hasta ahora rechazado por la JCCA. Nos referimos a la utilización como medio propio por parte de unos ayuntamientos de una sociedad mercantil cuyo capital pertenece a una mancomunidad de municipios en la que aquéllos participan.[101] Téngase en cuenta la diferencia respecto

100. En el mismo sentido, la STS de 26 de abril de 2006 (RAJ 4675) aborda los límites de la gestión indirecta de un servicio público por una sociedad mercantil de capital mayoritariamente perteneciente a una administración local distinta a la prestataria del servicio, y resuelve el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Valencia de 19 de mayo de 2003 contra los acuerdos de los ayuntamientos de Paterna y Torrent, relativos al Convenio para la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado. El Tribunal Supremo reitera que:

"la prestación del servicio por empresa mixta, es decir, por un ente privado, no sólo al que podría llamarse municipio matriz sino también a otros distintos, supone eludir la libre concurrencia cuando así se hace en virtud de convenio, sin atenerse a las reglas de selección de contratista, y por tanto no es conforme a Derecho. Así se declaró aunque apreciando que al constituirse la empresa mixta se respetó la libre concurrencia en la selección del socio privado. Pero se entendió entonces que debió respetarse también el citado principio al ampliarse el objeto social de la entidad para prestar el servicio en un municipio distinto.

"Manteníamos entonces la necesidad de respetar el principio según la legislación europea […] este mantenimiento con todo rigor inspira las coordenadas de nuestro ordenamiento jurídico, como lo muestra la reforma del antiguo artículo 155.2, ahora 154.2 de la LCAP, en virtud de la cual no se exime del cumplimiento de los principios generales de publicidad y concurrencia a las empresas públicas locales de carácter mixto con participación mayoritaria, alcanzando esa exención únicamente a aquellas empresas con participación exclusiva del ente local. Ello ha de tenerse en cuenta aunque sin duda el propósito del legislador al aprobar el precepto se refería a las empresas que prestan el servicio público en el propio municipio que las crea y no en otro distinto." (Fundamento jurídico 3)

101. Véase el Informe 15/2007, de 26 de marzo, de la JCC. El Pleno de la Mancomunidad de Municipios Campiña Sur Cordobesa crea la Sociedad Avance Local, SL, cuyo capital pertenece íntegra y exclusivamente a la Mancomunidad. Dicha mancomunidad cuenta entre sus medios propios a dicha empresa y pretende celebrar convenios de colaboración con sus ayuntamientos a fin de que éstos puedan disponer de ella como medio propio instrumental. La con-

ISBN: 978-84-612-8626-3

a la redacción precedente del artículo 85.2.A.d) de la LBRL, que disponía: "sociedad mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad o a un ente público de la misma."

Estimamos que el precepto lo que trata es de dar cobertura al supuesto más complicado pero de gran trascendencia práctica, en que a un único ente instrumental le corresponden varias entidades dominantes, todas y

sulta se centra en si cabe considerar a la sociedad mercantil como instrumento propio de los municipios que componen la Mancomunidad, habida cuenta de que su capital pertenece íntegra y exclusivamente a los mismos y por tanto si es posible celebrar convenios de colaboración entre los ayuntamientos que componen la Mancomunidad y Avance Local SL. Para dar respuesta a la cuestión suscitada la JCC procede a examinar las encomiendas de gestión y los contratos de gestión de servicios públicos como fórmulas de instrumentalización de las relaciones entre los ayuntamientos que componen la Mancomunidad y la sociedad. Afirma que la encomienda de gestión se incorpora a la Ley de contratos de las administraciones públicas por el artículo 3.1.l) en virtud del artículo 34 del RDL 5/2005, de 11 de marzo, al considerar excluidos de la Ley de contratos de las administraciones públicas "Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública". La circunstancia de que en esta redacción no figurase, por error, el requisito de que para que fuesen admisibles las encomiendas de gestión era necesario que quien efectúe la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que las sociedades y entidades a las que se encomienda la gestión realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que la controlan, motivó el que la disposición final cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, modificase la redacción de la letra l) del artículo 3 de la Ley de contratos de las administraciones públicas.

A la vista de lo anterior, procede examinar si serían posibles acuerdos de encomienda de gestión entre los ayuntamientos que componen la Mancomunidad y Avance Local, SL. La respuesta negativa a esta pregunta deriva del examen de los estatutos de Avance Local, SL, pues, aunque no se entiende el alcance de la expresión que figura en el párrafo tercero del artículo 2 de que "el mecanismo de actuación de la entidad mercantil Avance Local, SL, con otras administraciones, se realizará mediante la figura de la encomienda de gestión" el capital de la sociedad no pertenece a los ayuntamientos sino a la Mancomunidad (artículos 2 y 6 y ss. de los estatutos) ni del examen de éstos últimos se desprende algún control efectivo de los ayuntamientos sobre la sociedad, por lo que, incluso prescindiendo del requisito del control efectivo idéntico a los de sus propios servicios que exige la letra l) del artículo 3.1 de la Ley de contratos de las administraciones públicas para admitir acuerdos de encomiendas de gestión con régimen jurídico excluido de la Ley de contratos de las administraciones públicas.

En cuanto a la posibilidad de que los ayuntamientos acudan a la figura de los contratos de gestión de servicios públicos con Avance Local, SL, tal posibilidad debe quedar descartada si se tiene en cuenta que el artículo 154 de la Ley de contratos de las administraciones públicas exige para estos supuestos de gestión de servicios públicos que se encomienden a sociedades de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma, sin que este requisito concurra en el presente caso, dado que, como se ha indicado, el capital de Avance Local, SL no pertenece a los ayuntamientos sino a la mancomunidad.

ISBN: 978-84-612-8626-3

cada una de las cuales pretenden tener sobre él un control análogo al que tiene sobre sus propios servicios. Se trata de una cuestión de gran calado, en particular en el ámbito de la cooperación y la colaboración local, como manifestación de la autonomía de los entes locales. En este sentido, hace expresa referencia a esta cuestión la Ley 1/2007, de 14 de febrero, por la que se modifica la Ley 6/1990, de administración local de Navarra, en materia de contratación local. Contempla en la regulación de las formas de gestión directa de los servicios públicos la realidad de las *sociedades interlocales* compuestas por capital únicamente público procedente de varias de ellas.[102] En efecto, el artículo 2, "Formas de gestión de los servicios públicos", da nueva redacción a la letra d) del apartado 2 del artículo 192 de la Ley foral 6/1990, de 2 de julio, de administración local de Navarra, que queda redactada como sigue:

"d) Sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a una o varias entidades locales o a una o varias entidades públicas dependientes de aquélla o aquéllas."

Por su parte, el artículo 224 de la Ley de administración local de Navarra, en su nueva redacción, apartado 5, dispone:

"Las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a una o varias entidades locales o a una o varias entidades públicas dependientes de aquélla o aquéllas se entenderán como entes instrumentales propios de ella o de todas ellas a efectos de que a las encomiendas a las mismas de las prestaciones propias de los contratos de obras, suministro, concesión de obras o servicios o asistencia no les sea de aplicación la legislación foral de contratos públicos siempre que reúnan los siguientes requisitos:

"a) Ausencia de autonomía decisoria respecto de las entidades encomendantes, al ejercer éstas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios o unidades.

"b) Que la mayor parte de su actividad la realicen para las entidades encomendantes."

102. *Vid.* Giorello, M., que se refiere a este fenómeno como empresa pública mixta o "colaboración pública pública". En estos supuestos considera indispensable que los fines y objetivos específicos del poder adjudicador coincidan con los del resto de las administraciones que participan en la sociedad pública mixta, en "Gestion in house, entreprises publiques et marchés publics: la Cour de justice au croisement des chemins du marché intérieur et des services d'intérêt économique general", *Revue du Droit de l'Union européenne,* 1, 2006.

ISBN: 978-84-612-8626-3

La Ley foral trata de aplicar los requisitos de la doctrina Teckal a la sociedad mercantil local de control conjunto por varias administraciones locales, es decir, sociedad mercantil local pública mixta, calificando de instrumentales sus relaciones con las administraciones participantes.

Así pues, en definitiva la legítima virtualidad de dicha modificación es la relativa a la creación de sociedades mercantiles locales instrumentales por diferentes administraciones públicas, además de la Administración local titular y encomendante de la prestación del servicio público, en cuya virtud y a tenor de la jurisprudencia del TJCE para que la sociedad mercantil local ampare esas fórmulas mixtas públicas (es decir, con participación de varias administraciones públicas) es preciso que la compañía mercantil se organice de suerte que cumpla los requisitos de la jurisprudencia comunitaria acerca de los medios propios y servicios técnicos de la Administración, es decir, encargos domésticos o *in house* excluidos tanto de la vigente normativa comunitaria de los contratos públicos, como de los principios generales del Derecho comunitario, en particular igualdad y no-discriminación (artículos 12, 43 y 49), así como del principio de igualdad y no-discriminación entre empresas públicas y empresas privadas del artículo 86.1, aplicables al contrato de concesión de servicios. Sin embargo, la aplicación de tales requisitos puede plantear problemas en dichas fórmulas de control conjunto, manifestación de la colaboración entre administraciones locales, en particular, el requisito del control análogo.

Resulta obligado aludir a este respecto y de manera extensa a la STS de 4 de julio de 2003 (RAJ 4377). El objeto del litigio se centra en la impugnación del Convenio de colaboración y asistencia técnica suscrito el 24 de febrero de 1994, por una parte, por el Consejo Comarcal del Barcelonés y la Mancomunidad de Municipios del Área Metropolitana de Barcelona, Entidad Metropolitana del Transporte, Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y Tratamiento de Residuos y, por otra parte, por la Sociedad Urbanística Metropolitana de Rehabilitación y Gestión (REGESA) y por el consejero delegado de la Sociedad Municipal de Aparcamientos y Servicios, de Transportes de Barcelona, del Ferrocarril Metropolitano de Barcelona, del Patronato Municipal de la Vivienda, de la Sociedad Barcelona Regional, Agencia Metropolitana de Desarrollo Urbanístico e Infraestructuras, SA, que tiene por objeto establecer "un marco de referencia entre las partes para colaborar en el análisis y desenvolvimiento de estudios y proyectos técnicos para la planificación, proyección y construcción de infraestructuras supramunicipales en el territorio metropoli-

ISBN: 978-84-612-8626-3

tano, con fundamento en la aplicación del principio de coordinación y asistencia activa entre diferentes administraciones prevista en la ley, para la mejor consecución del interés público". Se cuestiona pues un convenio de cooperación de carácter local con entes públicos que afectan al área metropolitana de Barcelona. Asimismo, hay que advertir que se trata de un caso en el que, por razones temporales, no resulta de aplicación la LCAP.

Al analizar el convenio, el Tribunal Supremo afirma que no se trata de un contrato, a diferencia del criterio sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la instancia, sino de un negocio jurídico bilateral formalizado entre las administraciones locales, por una parte, y por otra, por sociedades gestoras de determinados servicios, que tienen atribuidos por las administraciones que las han creado y que son entidades pertenecientes a su propia organización, para ejercer competencias o prestar servicios de manera conjunta, formando una sociedad común de gestión en la que participan todos ellos como accionistas. Así pues, para el Tribunal Supremo no se trata de un contrato administrativo de asistencia en el que se haya vulnerado el procedimiento legalmente establecido y las reglas de la libre competencia, sino que estamos más próximos ante un contrato de gestión de servicios públicos en forma directa, prevenida en el artículo 85 de la LBRL. De lo anterior queremos destacar las siguientes conclusiones del Tribunal Supremo:

"estamos ante un convenio para la gestión de un servicio público en que las administraciones titulares han encomendado el instrumento de coordinación técnica creado por sus propias empresas gestoras para que elaboren y propongan soluciones técnicas unitarias e integrales a determinados problemas territoriales, utilizando las administraciones aquellos instrumentos que ellas mismas crean dentro de sus propias administraciones y entidades pertenecientes a su propia organización para satisfacción del interés general.

"Estamos ante un acto o negocio bilateral formalizado entre administraciones locales, por una parte, y por otra, ante sociedades gestoras de servicios que tienen atribuidas por las propias administraciones y entidades pertenecientes a su propia organización para ejercer sus competencias, de manera conjunta, mediante una sociedad común de gestión en la que participan todas ellas como accionistas y a tal final conclusión llegamos, teniendo en cuenta:

"[…]

ISBN: 978-84-612-8626-3

"2º. La entidad mercantil Barcelona Regional constituye una agencia metropolitana de desarrollo urbanístico e infraestructuras, constituida por otras sociedades dependientes de los entes locales, con la exclusiva finalidad de desarrollar infraestructuras y sistemas que afectan a los ámbitos de las administraciones interesadas en la gestión de determinados servicios, prestando de forma directa la gestión de los referidos servicios contenidos en su objeto social con evidente utilidad pública, como una sociedad instrumental de la Administración matriz, ejerciendo sus actividades dentro del estricto convenio de colaboración admitido por la ley para surtir efectos en relación con la prestación de servicios o la gestión de los servicios públicos realizados de forma indirecta.

"[…]

"4º. Sostiene erróneamente la sentencia recurrida que estamos ante un típico contrato de asistencia técnica o de servicios, ya que su propio ámbito excede, en el caso del convenio, de las prestaciones características de estos contratos, que tienen un objeto típico, limitado y concreto que en modo alguno se cumple en el objeto del convenio de colaboración, ya que estamos ante la gestión de intereses comunes de carácter general en el que las administraciones titulares encomiendan al instrumento de coordinación técnica, creado por sus propias empresas gestoras, para que elaboren y propongan soluciones unitarias integrales a proyectos y problemas territoriales (fundamento jurídico segundo)."

Afirma el Tribunal Supremo que en el caso examinado la naturaleza de la relación jurídica que se establece es una relación para la gestión, con un acuerdo de cooperación de determinados aspectos comunes a los servicios públicos, investigación, asistencia, proyectos y estudios mediante fórmula de coordinación o cooperación con empresas creadas en común por agentes públicos, por lo que desde este punto de vista se incardina el alcance y contenido del convenio dentro del ámbito de la potestad organizativa de la entidades locales y de sus formas de cooperación y asistencia.

En efecto, a tenor del artículo cuarto de la LBRL corresponde a los municipios la potestad reglamentaria y de organización y dicha previsión es de aplicación en entidades territoriales de ámbito inferior al municipal, en las comarcas, en las áreas metropolitanas y en las demás entidades locales, lo que sucede en la cuestión debatida, en que también se vulnera el artículo 6 de la LBRL.

Por otra parte, también ha sido vulnerado el capítulo segundo de la LBRL en relación con el carácter de las relaciones interadministrativas,

ISBN: 978-84-612-8626-3

puesto que el artículo 55 proyecta la efectividad de la coordinación y la eficacia administrativa de las entidades locales, prestando en su ámbito propio la cooperación y asistencia activa que las administraciones pudieran precisar para el eficaz cumplimiento de sus tareas, sin olvidar que el artículo 57, igualmente infringido, implica que la cooperación económica, técnica y administrativa entre la entidad local y las comunidades autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, se desarrolla bajo las fórmulas y términos previstos en las leyes, dando lugar todo ello a consorcios o convenios administrativos que se suscriban, como es el caso aquí analizado, pues el artículo 57 de la LBRL se refiere precisamente a los consorcios y convenios administrativos como instrumentos de cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las administraciones del Estado y de las comunidades autónomas (fundamento jurídico sexto).

Queremos subrayar que en la sentencia se invoca asimismo la vulneración de la garantía de la autonomía local, con expresa referencia a la Carta Europea de la Autonomía Local (artículos 4, 6 y 10 de la Carta Europea de la Autonomía Local), lo que supone, por una parte, la atribución de una esfera de intereses propios y de competencias para su gestión, y, por otra, el reconocimiento de una capacidad de autogestión y de una capacidad para representar y gobernar los intereses de las comunidades que constituyen las entidades locales, impidiendo la existencia de determinados controles de otras administraciones públicas (fundamento jurídico octavo).

Por otra parte, resulta vulnerada la LBRL 7/1985, en su artículo 85, que reconoce que dichos servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta, y en este sentido el artículo 85.3.d) prevé que la sociedad mercantil cuyo capital pertenezca a la entidad local podrá gestionar directamente dicha forma de los servicios públicos, pues de acuerdo con la expresada idea de autonomía administrativa local, y sobre la base de un concepto flexible de los servicios públicos en el ámbito local, debe señalarse la existencia de un principio de libre elección del modo de gestión de aquéllos deducible del artículo 85.2 de la LBRL, con la restricción que supone la reserva a la gestión directa de los servicios que impliquen ejercicio de autoridad.

Por tanto, no cabe duda de que para "la gestión conjunta de medios instrumentales de los servicios" de las entidades locales caben las diversas fórmulas asociativas que ofrece la legislación de régimen local y puede decirse que tales modalidades tienen una doble justificación:

ISBN: 978-84-612-8626-3

a) De orden estructural, puesto que como consecuencia del reparto constitucional de competencias entre las distintas administraciones territoriales, las áreas de interés que han de tutelar cada una de ellas no constituyen ámbitos competenciales exclusivos, sino en gran medida concurrentes, de manera que la redistribución formal de la competencia supone al propio tiempo la necesidad de fórmulas de cooperación o colaboración organizadas. La Constitución viene a expresarlo a través de los principios recogidos en el artículo 103, y, aunque el de colaboración no viene señalado de forma expresa en el texto constitucional, forma parte del sistema como elemento inherente, según ha señalado el Tribunal Constitucional desde su sentencia 18/1982, de 4 de mayo.

b) De orden material, derivada de la imposibilidad de muchos municipios de organizar y desarrollar por sí mismos los cada vez más complejos y gravosos servicios públicos.

Ahora bien, la colaboración intermunicipal y la cooperación de las distintas administraciones públicas a que se acaba de hacer referencia no puede producirse con infracción de los postulados constitucionales y los condicionamientos impuestos por el propio ordenamiento jurídico, especialmente en lo que se refiere al diseño de las respectivas competencias que puede verse afectado cuando con la invocación de la necesaria colaboración, en lugar de una participación igualitaria, se establecen mecanismos de subordinación que resulten contrarios a la propia autonomía municipal, lo que no sucede en el caso examinado (fundamento jurídico noveno).

No estamos ante un estricto contrato de asistencia técnica, como señala la sentencia recurrida, por cuanto que el convenio de cooperación se suscribe entre las administraciones locales, por una parte, y por otra, las entidades gestoras de un servicio público y la sociedad Barcelona Regional como instrumento común de estas últimas, y además se trata de un conjunto de entidades instrumentales propias creadas para la gestión de servicios públicos encomendados.

Las administraciones competentes en el ámbito metropolitano de Barcelona tienen previstas diversas intervenciones en el futuro desarrollo urbanístico de las áreas del río Llobregat, del río Besòs y de los entornos directos de las rondas, razón por la cual dichas entidades metropolitanas tienen interés en obtener estudios, alternativas y propuestas, métodos de análisis y evaluaciones aplicadas a la planificación, localización y proyección de sistemas generales, sin que se llegue a la formulación, en el caso

ISBN: 978-84-612-8626-3

examinado, de una relación jurídica concreta que pudiera propiciar el reconocimiento de un contrato de asistencia técnica en la forma señalada por la sentencia impugnada. La causa del convenio es para las administraciones obtener unos estudios, análisis e investigaciones y para la sociedad Barcelona Regional, Agencia Metropolitana de Desarrollo Urbanístico e Infraestructuras, y para las sociedades gestoras de servicio público Sociedad Urbanística Metropolitana de Rehabilitación y de Gestión, el Consejo Comarcal del Barcelonés, la Sociedad Municipal de Aparcamientos y Servicios, la sociedad del Ayuntamiento de Barcelona, Transportes de Barcelona y el Ferrocarril Metropolitano de Barcelona, sociedades ambas de la Entidad Metropolitana del Transporte y el Patronato Municipal de la Vivienda de Barcelona, así como la Fundación Pública del Ayuntamiento de Barcelona, tiene por finalidad unificar una parte de la gestión, investigación técnica y realización de proyectos y estudios por razón de los aspectos comunes existentes entre los servicios que las sociedades fundadoras tienen encargadas por las administraciones públicas.

Así resulta que el objeto de dicha sociedad no sobrepasa los objetos sociales respectivos de cada una de las sociedades, como marco de colaboración y asistencia técnica continuada, sin olvidar que el objeto del convenio suscrito es establecer un marco de colaboración y asistencia entre las administraciones y los entes instrumentales, que encuentra como fundamento la aplicación del principio de coordinación y asistencia activa entre las diferentes administraciones para la consecución del interés público.

Sin olvidar que la cooperación económica, técnica y administrativa, tanto en servicios locales como en asuntos de interés general, se desarrolla en los términos del artículo 57 de la LBRL mediante consorcios o convenios administrativos (fundamento jurídico undécimo).

En definitiva, afirma el Tribunal Supremo que "el artículo 2.7 de la LCE (Texto articulado de 8 de abril de 1965) excluye de su ámbito de aplicación los convenios de colaboración que con arreglo a sus normas específicas celebre la Administración con personas físicas o jurídicas de Derecho privado, circunstancia concurrente en la cuestión examinada, ya que los servicios públicos locales se gestionan en este caso de forma directa por los propios entes locales, por organismos autónomos locales y por sociedades mercantiles cuyo capital social pertenece a dichas entidades locales, en los términos recogidos en el artículo 85 de la LBRL, máxime teniendo en cuenta que la entidad mercantil Barcelona Regional se constituye por otras

ISBN: 978-84-612-8626-3

sociedades dependientes de los entes locales con la finalidad de desarrollar infraestructuras y sistemas que afectan a los ámbitos de las administraciones interesadas en la gestión de los servicios públicos locales y que el objeto del convenio es una asistencia técnica continuada de dichas entidades en materias muy amplias, como la definición de propuestas o alternativas para el desarrollo de proyectos en las áreas de los ríos Llobregat y Besòs o en los entornos de las rondas" (fundamento jurídico duodécimo).

Por consiguiente, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación, calificando la sociedad mercantil instrumental creada como un modo directo de gestión de los servicios públicos excluido de la normativa de la contratación administrativa. El Tribunal Supremo ampara su solución sobre la base de la calificación del negocio con la sociedad mercantil interlocal como modo directo de gestión de los servicios públicos, siendo así que, en puridad, y como se ha aclarado en la letra de la vigente legislación de contratos del sector público (y antes en las reformas puntuales del TRLCA de 2005 y 2006), de lo que se trata es de dilucidar la naturaleza doméstica del negocio, por considerarse a la sociedad instrumental creada por varias administraciones locales en virtud del principio de colaboración medio propio o servicio técnico de las administraciones participantes. La cuestión no se centra tanto en la naturaleza contractual o no del convenio por su objeto, sino en la naturaleza jurídica de la compañía instrumental de segundo grado creada, es decir su consideración o no como medio propio por cumplir los requisitos de la doctrina Teckal: estar controlada por las administraciones locales participantes, aunque en el caso de autos se trata de una sociedad participada en exclusiva por las administraciones locales, mas no se especifica ni el *quantum* del reparto de la propiedad accionarial entre las administraciones asociadas, ni la estructura interna de la toma de decisiones en el ámbito interno de la sociedad, y realizar la parte esencial de su actividad para tales administraciones.

En este sentido, las instancias comunitarias son cada vez más conscientes de la necesidad de aclarar los límites de la aplicación de los principios de la contratación pública y de las concesiones a las fórmulas de colaboración interadministrativa, con especial incidencia en el ámbito local. Cabalmente, se trata de pautar criterios que permitan deslindar la legítima colaboración entre entidades locales como manifestación de su autonomía y las fórmulas CPP sujetas a la normativa de contratos públicos. La Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación

ISBN: 978-84-612-8626-3

pública y concesiones, de 26 de octubre de 2006 [2006/2043 (INI)], aborda de manera separada la colaboración entre autoridades públicas manifestando que (apartados 42-48):

"Es necesario que la Comisión resuelva la inseguridad jurídica en materia de cooperación entre autoridades públicas que ha provocado la jurisprudencia del TJCE, aunque comparte el punto de vista del TJCE en el asunto C-84/03 (Comisión contra España) en el sentido de que los convenios de colaboración entre autoridades públicas no pueden estar exentos de la legislación sobre contratación pública mediante el uso de la legislación nacional. Es preciso distinguir entre medidas de naturaleza meramente administrativa y/u organizativa y contratos públicos entre autoridades administrativas."

Considera el Parlamento que el ámbito de la cooperación entre autoridades públicas debe considerarse irrelevante en materia de Derecho de la contratación pública cuando:

–Se trate de cooperación entre autoridades locales; se considere que las tareas encomendadas a esas autoridades locales son una cuestión de reorganización administrativa o las competencias de supervisión de las autoridades locales sean similares a las que ejercen sobre sus propios servicios, y las actividades se lleven a cabo básicamente para las autoridades locales correspondientes.

Rechaza la aplicación del Derecho de contratación pública en los casos en los que las autoridades públicas deseen desempeñar cometidos conjuntamente con otras autoridades públicas en su ámbito geográfico de actuación como medida de reorganización administrativa, sin ofrecer a terceros en el mercado libre la prestación de tales servicios.

Considera que la transferencia de responsabilidades para tareas del sector público de una autoridad pública a otra no está incluida en el ámbito de aplicación de la legislación comunitaria sobre contratación pública. Por el contrario, considera que el derecho de contratación pública debe aplicarse siempre que las autoridades públicas ofrezcan servicios en el mercado actuando como empresas privadas en el contexto de la cooperación entre tales autoridades públicas o prevean que las tareas públicas las desempeñen empresas privadas u otras autoridades públicas fuera del contexto de esa cooperación.

De gran trascendencia para las fórmulas asociativas de control conjunto y para pautar criterios en aras a la interpretación de los requisitos de la doctrina Teckal en el caso de la creación de entes instrumentales de con-

ISBN: 978-84-612-8626-3

trol conjunto va a ser el Asunto C-324/07 Coditel Brabant SPRL contra la Comuna d'Uccle y la Región de Bruselas Capital, en decisión de petición prejudicial planteada por el Consejo de Estado Belga. Es la primera vez que se plantea ante el TJCE derechamente la cuestión de la interpretación de los requisitos propios de los encargos domésticos aplicados a las fórmulas de cooperación entre administraciones locales.

Hasta la fecha se han presentado las Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, el 4 de junio de 2008. Se plantea si procede la aplicación de la normativa en materia de contratos públicos cuando una entidad local (en este caso, un municipio) delega la administración de su red de teledistribución a un organismo consistente en una cooperación intermunicipal pura[103] en la que colabora el citado municipio, sin participación alguna de capital privado. En el presente litigio la cooperación intermunicipal adopta la forma de cooperativa (denominada asociación intermunicipal pura),[104] y las cuestiones del órgano jurisdiccional remitente versan sobre el primero de los dos criterios Teckal, es decir, el "control análogo al ejercido sobre los propios servicios". En el litigio principal, la sociedad belga Kabelfernsehgesellschaft Coditel Brabant SPRL (en lo sucesivo, Coditel) actúa contra tres demandados: la Commune de Uccle (municipio de Uccle); la cooperativa Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (en lo sucesivo, Brutélé) y la Région Bruxelles-Capitale, representada por su Gobierno.

En las observaciones presentadas ante el TJCE, las partes intervinientes han mantenido disparidad de criterios en cuanto al cumplimiento del *primer criterio Teckal*,[105] asunto que constituye el centro del debate.

103. Pues como ha manifestado J.Mª. GIMENO FELIU (*La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 144-145), si bien una interpretación demasiado flexible supondría abrir una peligrosa grieta en el ámbito de las directivas, otra demasiado estricta supondría, en la práctica, cerrar a los entes adjudicadores de pequeñas dimensiones (ayuntamientos pequeños, por ejemplo) la posibilidad de integrarse en consorcios o sociedades mercantiles participadas para facilitar la gestión de sus actividades.

104. Advierte la Abogada General que las expresiones "Interkommunale Kooperation" o "Interkommunale Zusammenarbeit" (cooperación intermunicipal) comprenden tanto estructuras jurídicamente informales como formales, que abarcan desde simples consorcios municipales hasta formas totalmente institucionalizadas como las mancomunidades de municipios y las cooperativas. Por su parte, el término "supuesto de carácter mixto público", o bien "entidad pública mixta", puede verse, entre otros, en las Conclusiones del Abogado General Stix-Hackl presentadas el 12 de enero de 2006, caso Carbotermo y Consozio Alisei.

105. Según el órgano jurisdiccional remitente, los estatutos de Brutélé revelan que los socios de la cooperativa son municipios y una asociación intermunicipal que agrupa a su vez

ISBN: 978-84-612-8626-3

La Abogada General señala que la cuestión básica planteada es si la adhesión de un municipio como el municipio de Uccle a una cooperativa intermunicipal pura como Brutélé y la consiguiente transmisión de la gestión de la red municipal de teledistribución a dicha cooperativa debe considerarse como una adjudicación de concesión sometida a los principios del Derecho comunitario en materia de contratación pública, o se trata de una realización cuasi-interna de las tareas que queda al margen del sistema de licitación. Los aspectos que preocupan al órgano jurisdiccional remitente se refieren en especial a las estructuras internas de decisión: por una parte, las decisiones de los órganos estatutarios como el consejo rector y los consejos de sector; por otra parte, las decisiones esencialmente no individuales, sino adoptadas por mayoría. ¿Pueden dichas estructuras de decisión ser conformes al criterio, establecido por la jurisprudencia, del "control análogo al ejercido sobre los propios servicios"? Asimismo, para un correcto planteamiento de la cuestión cabe señalar en primer lugar que, según la reiterada jurisprudencia, ninguna de las directivas comunitarias en materia de contratación pública es de aplicación a la adjudicación de concesiones de servicios. Que la situación del litigio principal pertenece al ámbito de las concesiones de servicios y no al de las adjudicaciones de contratos de servicios queda de manifiesto por el hecho de que no es la entidad territorial quien paga la contraprestación por el servicio, sino que ésta consiste en el derecho a

exclusivamente a municipios; que dicha sociedad cooperativa no admite socios privados; que el consejo rector se compone de representantes de los municipios –tres como máximo por cada municipio– designados por la asamblea general, que a su vez se compone de representantes de los municipios; que el consejo rector dispone de las facultades más amplias; que los municipios se dividen en dos sectores, de los que uno agrupa a los municipios de la región de Bruselas, que pueden subdividirse en subsectores; que dentro de cada sector se constituye un consejo de sector integrado por consejeros designados por la asamblea general, que se reúne en grupos distintos que representan a los titulares de participaciones sociales de cada sector, propuestos por los municipios; que el consejo rector puede delegar en los consejos de sector sus facultades en lo que respecta a los problemas propios de los subsectores, en especial las condiciones de aplicación de las tarifas de precios, el programa de obras e inversiones, la financiación de éstas, las campañas publicitarias, así como las cuestiones comunes a los diferentes subsectores que integran el sector de explotación; que los demás órganos estatutarios de la sociedad son la asamblea general, cuyas decisiones obligan al conjunto de los socios, el director general, el comité de expertos, compuesto por funcionarios municipales, y el comité de interventores de cuentas; que el director general, los expertos y los interventores son nombrados por el consejo rector o por la asamblea general según corresponda.

ISBN: 978-84-612-8626-3

la explotación de un servicio propio, lo que va asociado a la asunción del riesgo de explotación.

Existe una excepción para la "realización cuasi-interna de las tareas", según la jurisprudencia que se inició con la mencionada sentencia Teckal, que ha sido objeto de posterior desarrollo y ha sido aplicada a todas las disposiciones del Derecho comunitario en materia de contratación pública o de concesiones de servicios públicos, siempre que la operación de que se trate, por su propia naturaleza, constituya prácticamente una medida administrativa interna.

El debate se centra, pues, en el análisis del primer requisito de la doctrina Teckal, es decir, el control análogo:

1. Exclusión de las empresas de economía mixta.

De la reiterada jurisprudencia que ha seguido a la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau se desprende inequívocamente que las sociedades de economía mixta de ningún modo pueden considerarse como entidades sobre las que se ejerce un control análogo al ejercido sobre los propios servicios, independientemente de que la participación de capital privado en dicha sociedad sea solamente minoritaria. A este respecto basta con que la sociedad esté abierta al capital privado, aunque su participación (aún) no sea efectiva. Asimismo, en la valoración debe incluirse la cesión de participaciones sociales a terceros privados en el período inmediatamente posterior a la adjudicación.

Es evidente que en circunstancias como las del litigio principal no cabe apreciar la existencia de capital privado. No existe ninguna participación de capital privado, y además Brutélé excluye su entrada en la sociedad (apartados 53 y 54).

No obstante, de la jurisprudencia se desprende que con la sola apreciación de que no existe, ni se admite, participación de capital privado no siempre se cumple suficientemente el criterio Teckal de "ejercer un control análogo al ejercido sobre los propios servicios".

Es preciso tener en cuenta el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. Del referido examen ha de resultar que la sociedad adjudicataria está sometida a un control que permite que el poder adjudicador influya en sus decisiones. Debe tratarse de una influencia potencialmente determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad.

Especialmente en la sentencia Parking Brixen se refleja el abanico de criterios que pueden ser significativos a estos efectos: la transformación en

ISBN: 978-84-612-8626-3

una sociedad anónima, la ampliación del objeto social, la apertura obligatoria de la sociedad, a corto plazo, a capital ajeno. La sustancial expansión del radio territorial de las actividades y los considerables poderes atribuidos al consejo de administración llevaron al Tribunal de Justicia en esa sentencia a considerar el conjunto de las circunstancias en el sentido de que la sociedad en cuestión había adquirido una vocación de mercado y un margen de autonomía que impedían entender que la autoridad pública concedente ejerciera sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejercía sobre sus propios servicios.

Por lo tanto, es evidente que en el examen de estas cuestiones en el asunto Parking Brixen se tuvieron en cuenta dos tipos de razones: tanto el grado de vocación de mercado como el margen de autonomía de la entidad concesionaria. Estas dos categorías concuerdan con la sentencia Teckal (apartados 55-58).

Esta síntesis de la doctrina del TJCE con relación al requisito del control análogo conduce a la Abogada General Sra. Verica Trstenjak a avanzar la conclusión de que la cooperación intermunicipal pura, aunque no siempre, en general sí está exenta de licitación, en virtud de los siguientes argumentos:[106]

106. Coditel y la Comisión entienden que no se cumple este criterio y que la adhesión directa del municipio de Uccle a la cooperativa Brutélé es contraria al principio de transparencia. Coditel subraya que el municipio de Uccle, antes de su adhesión a Brutélé, no mantenía ninguna relación con ésta, por lo que la jurisprudencia Teckal no es en absoluto relevante. Además, el municipio de Uccle posee sólo el 8,26% de las participaciones sociales de Brutélé (76 de un total de 920). A esto se añade que Brutélé ofrece sus servicios, tales como teledistribución, telefonía e internet, de manera comercial y en competencia con otros operadores privados. La estructura interna de Brutélé es esencialmente idéntica a la estructura interna de una empresa privada. El municipio de Uccle no tiene ninguna posibilidad de controlar Brutélé y, a la vista del gran número de socios y la eventual divergencia de intereses, no resulta verosímil que pueda haber un verdadero control colectivo por los cooperativistas. Con arreglo a la sentencia Carbotermo, es irrelevante que el 100% del capital de Brutélé esté en manos de municipios y entidades territoriales. Por este motivo, estima Coditel insuficiente que al municipio de Uccle se le haya concedido un subsector de explotación.

Por su parte, en sus observaciones, la Comisión se ocupa también de las estructuras internas de decisión de Brutélé, y llega a la conclusión de que un municipio como Uccle apenas tiene posibilidad de ejercer por sí solo una influencia determinante. El consejo rector de Brutélé dispone de amplias competencias y, en particular, establece las tarifas. En cualquier caso, el municipio de Uccle tan sólo tiene una influencia "compartida" y no puede hacer valer libremente su propia voluntad, tal como exigiría el primero de los criterios Teckal.

El municipio de Uccle y Brutélé, que, por el contrario, opinan que sí se cumple el primer criterio Teckal, subrayan el aspecto de la pura intermunicipalidad de la cooperativa, tanto en vir-

ISBN: 978-84-612-8626-3

Para la Abogada General hay muchos motivos para pensar que las situaciones que dieron lugar a las sentencias Parking Brixen y Carbotermo constituyen supuestos específicos en que el Tribunal de Justicia estimó sobrepasado un límite, y que la externalización de tareas de interés general en una entidad en que cooperan diversas corporaciones públicas, sin participación alguna de capital privado, debe considerarse, no a priori pero sí en principio, exenta de licitación. Así lo confirman los antecedentes y la evolución en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que a continuación se exponen.

En la sentencia Carbotermo, en que el supuesto de hecho no fue calificado, por diversas circunstancias, como exento de licitación, se dice literalmente:

"El hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios."

En los apartados siguientes de la sentencia Carbotermo queda claro que con esa reserva ("sin ser un indicio decisivo") se hace referencia a las otras circunstancias aludidas, a saber, el debilitamiento del control debido a la intervención de una sociedad holding, a pesar de que su capital esté en un 99,98% en manos de la entidad territorial en cuestión, y las amplias facultades de los consejos de administración tanto de la sociedad holding como de la sociedad anónima fundada por aquélla y que era la adjudicataria en ese asunto. En esencia, el control que el municipio ejercía sobre esas dos sociedades no iba más allá de la capacidad de acción que el Derecho de sociedades reconoce a la mayoría de los socios, lo que limitaba considerablemente su capacidad para influir en las decisiones de ambas.

Por su parte, la más reciente sentencia Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) revela que, en el caso de cooperación

tud de sus estatutos como de la legislación belga. El municipio señala que, tras su adhesión, mantiene un "control análogo" en el sentido de la sentencia Teckal sobre la red municipal de teledifusión. Recalca que el Tribunal de Justicia no habla de un control "idéntico", sino de un control "análogo". Exigir el control absoluto e individual de un municipio sobre una forma de sociedad intermunicipal haría imposible la existencia de ese tipo de entidades, que por definición implican la colaboración de varios sujetos.

ISBN: 978-84-612-8626-3

intermunicipal pura, ha de considerarse, por lo general, que se cumple el primer criterio Teckal ("ejercicio de un control análogo al ejercido sobre los propios servicios"), por lo que, por lo general, no es preciso un análisis más profundo de las estructuras internas de decisión y de las mayorías. En efecto, el fragmento antes reproducido de la sentencia Carbotermo se reiteró en el apartado 57 de la posterior sentencia Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), si bien con ligeras modificaciones. Donde la sentencia Carbotermo decía "sin ser un indicio decisivo", en la sentencia Asemfo aparece "en principio". Así, "tiende a indicar, sin ser un indicio decisivo, que […]" se convirtió en "tiende a indicar, en principio, que […]".

Por lo tanto, todo apunta a que, cuando la autoridad adjudicadora del contrato o de la concesión posee, ella sola o junto con otras autoridades públicas, todo el capital de una entidad adjudicataria, esto indica, por lo general, que la autoridad adjudicadora ejerce un control sobre dicha entidad análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Sin embargo, esta regla general puede tener excepciones, como ya se ha expuesto, cuando concurran circunstancias especiales.

En el punto 4 de sus Conclusiones la Abogada General indica los criterios para un análisis detallado de la facultad de control de cada corporación pública dentro de una sociedad intermunicipal pura.[107]

El propio asunto Teckal versaba sobre una situación de forma de cooperación intermunicipal en la que se perfilaba la cuestión del control con el trasfondo de la proporción de las participaciones sociales: en concreto, se trataba de una mancomunidad de 45 municipios de Reggio Emilia, en la que participaba el municipio de Viano con un 0,9%. A este respecto, señaló el Abogado General Sr. Cosmas que era improbable que "pueda sostenerse que el municipio de Viano ejerce sobre la mancomunidad un control análogo al que ejerce una entidad sobre un órgano interno". La propia sentencia nada dice sobre esta cuestión. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, en cualquier caso, en dicha sentencia el TJCE no respondió a priori negativamente a la cuestión de la facultad de control de un municipio con una participación social y un derecho de voto relativamente pequeños, con lo que otorgó al órgano jurisdiccional remitente la posibilidad de considerar cumplido el criterio del control en el litigio principal.

107. Apartados 63 a 67 de las Conclusiones, presentadas el 4 de junio de 2008 por la Sra. Verica Trstenjak.

ISBN: 978-84-612-8626-3

Es cierto que posteriormente, en la sentencia Coname del año 2005, se respondió que una participación del 0,97% del capital social debía juzgarse insuficiente.

Sin embargo, con la sentencia Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) quedó claro que el tamaño de la participación de una corporación pública individual en una sociedad formada por diversas corporaciones públicas (ya) no podía utilizarse para cuantificar la facultad de control. El Tribunal de Justicia declaró expresamente que, incluso una participación tan reducida como, por ejemplo, el 0,25% del capital de dicha sociedad (el 1% se repartía entre cuatro comunidades autónomas, titulares cada una de una acción) no se opone a que pueda hablarse de una "realización cuasi-interna de tareas" en relación con el conjunto de las corporaciones participantes. Es de resaltar que la facultad de control sobre la entidad a la que se confiaron las obras en cuestión pertenecía de modo patente a la Administración central del Estado, y no a las cuatro comunidades autónomas propietarias en conjunto del 1% del capital social. Este hecho no impidió al Tribunal de Justicia considerar cumplido el primer criterio Teckal no sólo en cuanto al Estado español, sino también, y expresamente, en cuanto a las comunidades autónomas con participación en el capital social. Pero, como pone de manifiesto la Sra. Verica Trstenjak, la sentencia no permite saber, en cuanto al control por las comunidades autónomas, si constituye una reorientación de la jurisprudencia o si, por el contrario, las circunstancias especiales del caso concreto fueron determinantes en la resolución, como cabe presumir. En cualquier caso, queda patente que no se debe sobrevalorar la cuestión del poder interno de control y de decisión en las formas puras de cooperación entre corporaciones públicas.

Tanto con un criterio sistemático a partir de las aclaraciones de la jurisprudencia en relación con la proporción de la participación social, como con un criterio gramatical a partir de la utilización del plural en el tenor del segundo criterio Teckal (que la "persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan"), se deduce que no es necesario un pleno poder individual de control por la corporación pública de que se trate, sino que es suficiente un poder de control colectivo y mayoritario. Por consiguiente, la cuestión determinante parece ser si las corporaciones públicas participantes disponen colectivamente del control de la persona en cuestión (aquí, la cooperativa Brutélé) o si ésta actúa al margen de dicho control conjunto.

ISBN: 978-84-612-8626-3

El análisis jurídico ha dejado claro según la Sra. Trstenjak que, por lo general, una forma de cooperación intermunicipal pura puede estar exenta de licitación si no concurren otras circunstancias especiales que indiquen que el grado de vocación de mercado y el margen de autonomía de la entidad intermunicipal exceden los límites de una forma de cooperación intermunicipal para el cumplimiento de tareas de interés general que sea neutral desde el punto de vista de la contratación pública (apartado 75).

A pesar de que hasta ahora no existe seguridad jurídica sobre la exacta delimitación de criterios como el "grado de vocación de mercado" y el "margen de autonomía", por lo que no está claro dónde residen exactamente los límites de una cooperación intermunicipal para el cumplimiento de tareas de interés general que sea neutral a los efectos de la contratación pública, tampoco hay motivo alguno para creer que en el seno de Brutélé se hayan excedido dichos límites (apartado 76).

Corresponde a los órganos nacionales valorar estas circunstancias en cada caso. En el presente, las estructuras internas de decisión de Brutélé se caracterizan por la influencia colectiva de las entidades territoriales participantes mediante la adopción de decisiones por mayoría. No sólo ejercen su influencia en la asamblea general, sino también por medio del consejo rector, compuesto por representantes de los municipios. Con eso queda ya suficientemente contestada, en sentido afirmativo, la cuestión del poder de control. A esto se añade que el subsector permite apreciar incluso un mayor peso de las decisiones individuales del municipio. La vocación de mercado de Brutélé se refiere a las tareas de interés general como la teledistribución, la telefonía e internet, y no aporta ningún indicio de que se haya excedido un umbral de neutralidad a los efectos de la contratación pública (con toda la imprecisión de que adolecen los criterios correspondientes) (apartado 77).

Por último, en el punto 6 de sus Conclusiones la Sra. Verica Trstenjak pone en directa relación la delimitación de los medios propios o encargos *in house* a efectos de la normativa comunitaria de la contratación pública y de las concesiones de servicios con la naturaleza de la cooperación intermunicipal como manifestación de la autonomía local. En definitiva, se subraya por vez primera la importancia de la cooperación intermunicipal en relación con los límites de la aplicación de la normativa de la contratación pública y de las concesiones.[108]

108. *Vid.* apartados 68 a 74 de las citadas Conclusiones.

ISBN: 978-84-612-8626-3

La normativa en materia de contratos públicos es y será uno de los más eficaces instrumentos políticos de los estados miembros y de las instituciones de la UE en el proceso de integración europea. Sin embargo, no debe utilizarse a la ligera este potencial, sino que sus objetivos han de estar en consonancia con los valores de otros ámbitos políticos. Pues si se exigiera, como proponen el órgano jurisdiccional remitente, Coditel y la Comisión, una "amplia autonomía de decisión" de los municipios implicados, concretamente en el sentido de que el municipio de que se trate pudiera ejercer el "dominio" sobre la asociación intermunicipal (en este caso, sobre la cooperativa), se cerraría en la práctica el camino a este tipo de cooperación. En efecto, es característica esencial de una auténtica asociación intermunicipal la toma paritaria de las decisiones, no el dominio de uno solo de los socios. La exigencia de que una sola de las corporaciones territoriales pueda controlar en la práctica *por sí sola* la sociedad no puede designarse en modo alguno como cooperación o colaboración.

Eso haría prácticamente inviable cualquier forma de cooperación intermunicipal pura. Así, las entidades territoriales participantes en una asociación de este tipo siempre tendrían que contar con la posibilidad de verse obligadas a adjudicar sus contratos a mejores postores del sector privado, lo que equivaldría a una privatización de funciones de interés general forzada por las disposiciones en materia de contratos públicos.

Si se interpretase el primer criterio Teckal de esa forma estricta, se atribuiría a los objetivos del Derecho de la competencia un peso excesivo e injustificado, cometiendo al mismo tiempo una intromisión en la autonomía de los municipios y, por ende, en las competencias de los estados miembros. El derecho de autonomía municipal no sólo ha encontrado su fundamento en las disposiciones jurídicas de los estados miembros, sino también en la Carta Europea de la Autonomía Local, suscrita por todos los estados miembros en el marco del Consejo de Europa y ratificada ya por la mayoría de ellos.

Por consiguiente, son los propios municipios quienes deben decidir si realizan las tareas de interés público que les corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligados a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, o si prefieren hacerlo con ayuda de una entidad jurídicamente diferente de ellos, que actuarían como autoridad adjudicadora de contratos o de concesiones. Si se deciden por la segunda alternativa, de nuevo tienen libertad para elegir entre limitarse a realizar esas tareas esencialmente propias bajo su solo

ISBN: 978-84-612-8626-3

dominio o en cooperación "pura" con otras corporaciones públicas, con control análogo al ejercido sobre sus propios servicios, quedando totalmente al margen de la normativa sobre ayudas estatales y sobre contratos públicos, o bien entrar en el juego de la competencia mediante su propia participación, con implicación de capital privado o con una vocación de expansión en el mercado, lo cual acarrea la pérdida de privilegios. Y, por último, disponen de las otras alternativas clásicas de la adjudicación externa y la privatización, en las que, en cualquier caso, no existe privilegio alguno a efectos de la normativa sobre contratación pública.

No siempre resulta fácil afrontar la multiplicidad de funciones tradicionales y modernas de los municipios (y de las entidades territoriales en general), sobre todo en tiempos de escasez presupuestaria, y muy especialmente para los municipios más pequeños. Además, hay muchas tareas, especialmente relacionadas con el tráfico y con el medio ambiente, que no se limitan al ámbito municipal. En este sentido, la cooperación intermunicipal sin participación de capital privado constituye, debido a sus efectos sinérgicos, una vía profusamente utilizada en muchos estados miembros para el eficaz y eficiente cumplimiento de las funciones públicas.

Por lo que, finalmente, la Abogada General concluye que la circunstancia de que esa cooperativa esté constituida exclusivamente por municipios y asociaciones de municipios (o corporaciones públicas), sin participación alguna de capital privado, se ha de considerar un indicio de que, en principio, se cumple el requisito de control análogo al ejercido sobre los propios servicios. En circunstancias como las presentes, el control ejercido sobre los órganos estatutarios de la cooperativa, compuestos por representantes de los municipios y de las asociaciones de municipios, mediante la adopción de decisiones por mayoría debe considerarse como un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios.

En definitiva, la Abogada General Sra. Trstenjak en sus Conclusiones realiza una interpretación funcional del requisito del control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios necesario en aras a mantener y fomentar la necesaria colaboración y cooperación entre los entes locales para la prestación de actividades y servicios de su competencia como genuina manifestación de su autonomía. En este sentido, y a la espera de la sentencia que sobre el litigio principal vaya a fallar el TJCE, parece que se abre una oportuna vía de reinterpretación funcional del requisito del control análogo, entiéndase bien no la exclusión de todo

ISBN: 978-84-612-8626-3

control, cuando se trata de entes instrumentales de control conjunto por varias entidades locales como manifestación de la colaboración interadministrativa.

Al tiempo de corregir las galeradas de este trabajo, el TJCE ha dictado el 13 de noviembre de 2008 sentencia en el asunto Coditel Brabant (C-324/07), confirmando las Conclusiones generales presentadas por la Sra. Trstenjak. No obstante, dado la trascendencia del caso para nuestro objeto de estudio, estimo conveniente aludir a las argumentaciones efectuadas por el TJCE en su fallo.

Con respeto al requisito del control análogo en la asociación intermunicipal pura objeto de litigio, el TJCE lleva a cabo primero un análisis estructural del mismo. En dicho análisis procede a considerar en primer lugar la posesión del capital de la entidad concesionaria, en segundo lugar, la composición de los órganos de decisión, y en tercer lugar, el alcance de las facultades reconocidas a su consejo rector u órgano de decisión.

Sobre la primera de las circunstancias, el TJCE recuerda que el dato de que la autoridad pública concedente posea, junto con otras autoridades públicas, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, aunque no de modo excluyente, que tal autoridad ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. De la resolución de remisión se desprende que la entidad es una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son municipios y una asociación intermunicipal que agrupa a su vez exclusivamente a municipios y que no admite socios privados.

En segundo lugar, de los autos se desprende que el consejo rector de Brutélé se compone de representantes de los municipios asociados, designados por la asamblea general, que a su vez se compone de representantes de los municipios asociados. Éstos a su vez son designados por el Pleno del Ayuntamiento de cada municipio de entre los concejales, formen parte o no de la Junta de Gobierno, y el alcalde. El hecho de que los órganos de decisión de Brutélé estén compuestos por delegados de las autoridades públicas asociadas indica que éstas controlan los órganos de decisión de Brutélé, y por tanto ejercen una influencia determinante.

En tercer lugar, el consejo rector de Brutélé dispone de las más amplias facultades, por lo que se plantea la cuestión de si Brutélé ha adquirido con ello una vocación de mercado y un margen de autonomía que pone en precario el control ejercido por las autoridades públicas asociadas. Es en este punto donde el TJCE desliza el problema específico que plantea la

ISBN: 978-84-612-8626-3

elección de la fórmula societaria mercantil como ente instrumental, pues subraya que Brutélé no está constituida en forma de sociedad por acciones o de sociedad anónima que pueda perseguir objetivos con independencia de sus accionistas, sino en forma de sociedad cooperativa intermunicipal regulada por la Ley de asociaciones intermunicipales. Además, con arreglo a la normativa belga, dichas asociaciones carecen de carácter mercantil. Quiere decirse, pues, que desde la perspectiva estructural la elección de la forma societaria mercantil suscita mayores problemas a la hora de verificar si la o las administraciones participantes ejercen sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, toda vez que se trata de una forma jurídica que *per se* otorga una mayor autonomía a la persona jurídica creada y a sus órganos de gobierno que cualquiera otras. No obstante, es a partir de este momento cuando el TJCE complementa su análisis introduciendo el criterio funcional en el examen del requisito del control análogo, que estimamos determinante. Es decir, hasta aquí ha recordado los requisitos estructurales que constituyen indicios de que la entidad, cualquiera que sea la forma jurídica elegida, constituye un ente instrumental manifestación de la potestad organizatoria de la Administración. Mas el criterio estructural ha de ser completado con el funcional. Éste se cifra en que el objetivo estatutario de Brutélé consiste en cumplir la misión de interés municipal para cuya realización fue creada y no persigue un interés distinto del de las autoridades públicas asociadas.

Por último, en el caso de los entes de control conjunto por varias administraciones públicas el TJCE señala que la jurisprudencia exige que el control ejercido sobre la entidad concesionaria por una autoridad pública concedente sea análogo al que dicha autoridad ejerce sobre sus propios servicios, pero no que sea totalmente idéntico a éste. Lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad concesionaria sea efectivo, no es indispensable que sea individual. Por otra parte, en el supuesto de que varias autoridades públicas decidan llevar a cabo sus funciones de servicio público a través de la entidad concesionaria común, cabe descartar normalmente que una de esas autoridades ejerza por sí sola un control determinante sobre las decisiones de ésta, a menos que posea una participación mayoritaria en esa entidad. Exigir en dicho supuesto que el control, ejercido por una autoridad pública, fuera individual tendría como consecuencia la imposición de la convocatoria de una licitación en la mayoría de los casos en que una autoridad pública tuviera intención de

ISBN: 978-84-612-8626-3

adherirse a un grupo, como una sociedad cooperativa intermunicipal, formado por otras autoridades públicas. Ahora bien, dicho resultado no sería acorde con el sistema de normas comunitarias en materia de contratos públicos y de concesiones. En efecto, nada se opone a que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios.

Esta posibilidad de que las autoridades públicas recurran a sus propios medios para llevar a cabo sus funciones de servicio público puede ejercerse en colaboración con otras autoridades públicas. En el supuesto en que varias autoridades públicas controlen una entidad concesionaria a la que confían el desempeño de una de sus funciones de servicio público, el control que dichas autoridades públicas ejercen sobre esa entidad puede ser ejercido por éstas conjuntamente.

El caso Brutélé supone una hito en la doctrina de los encargos *in house* que confirma la necesidad de una consideración específica a los encargos domésticos en el ámbito local. Dicha especificidad no supone en ningún caso excepción de los requisitos de la doctrina Teckal, pero sí una interpretación funcional de los mismos, aunque con pautas claras que contribuyan a la seguridad jurídica. Se trata, pues, de un camino ya recorrido en otros ámbitos por la jurisprudencia del TJCE (por ejemplo, concepto de organismo de Derecho público a efectos de la noción de poder adjudicador, o de empresa pública), pues el Derecho comunitario está presidido por un carácter pragmático funcional. Por ende, las relaciones de cooperación y colaboración entre administraciones locales para prestar conjuntamente servicios de competencia y responsabilidad local en el ejercicio de la potestad organizatoria, es decir, la legítima discrecionalidad en la elección de las modalidades organizativas públicas o privadas previstas por los ordenamientos de los estados miembros, tendrán la consideración de encargos domésticos siempre que cumplan los siguientes requisitos.

De orden estructural. En primer lugar, la participación en la propiedad de la entidad instrumental. La forma de sociedad mercantil por acciones constituye una forma jurídica que otorga mayor autonomía a la persona jurídica creada frente a sus dueños o accionistas. Sin embargo, ello no impide la utilización de dicha fórmula de organización como ente instrumental, siempre que la propiedad o participación sea exclusivamente pública y cuente con la propiedad y participación de la Administración concedente.

ISBN: 978-84-612-8626-3

En el caso de fórmulas de control conjunto (sociedad interlocal), constituye requisito imprescindible la participación en la propiedad de todas las administraciones asociadas, con independencia de su porcentaje, y con expresa prohibición de entrada de socios privados. En segundo lugar, examen de la estructura organizativa, los órganos de dirección o control y el procedimiento de adopción de acuerdos que aseguren la influencia decisiva de la o las administraciones participantes en su conjunto. El control análogo en estos supuestos no se cifra en un control individual. Para considerarlo análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, puede ser ejercido conjuntamente por las administraciones asociadas decidiendo, en su caso, por mayoría.

De orden funcional. Tiene que haber una coincidencia esencial de fines entre la Administración que realiza el encargo y el resto de las administraciones asociadas, así como de los fines que constituyen el objeto de la entidad instrumental creada. Los fines de la Administración entidad adjudicadora han de coincidir con los del resto de las administraciones asociadas que controlan y participan conjuntamente en el ente instrumental, al tiempo que la entidad instrumental creada ha de tener como objetivo específico y exclusivo servicios de la competencia de las administraciones que lo controlan.

De todo lo expuesto, podemos inferir algunos criterios indicativos para la aplicación de los requisitos de los encargos domésticos a las fórmulas de control conjunto de ámbito local manifestación de la legítima autonomía local –consorcios, sociedades públicas mixtas o fundaciones–, aunque la jurisprudencia Teckal no deja claro si a este tipo de entidades se las debe considerar medios propios instrumentales de las administraciones que las constituyen:[109]

a) Que las administraciones públicas entidades adjudicadoras que participen en su capital ejerzan sobre la sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, control que se cifra en la influencia de los poderes adjudicadores participantes en los objetivos estratégicos y decisiones importantes de la compañía, aunque no de forma individual, sino conjunta. De ahí que el requisito del control no se cifre en el *quantum* individual de la participación accionarial, toda vez que ello haría impracticable las fórmulas de colaboración de con-

109. Seguimos los apartados 80-87 de las referidas Conclusiones.

ISBN: 978-84-612-8626-3

trol conjunto entre administraciones, como se ha puesto de manifiesto. Por el contrario, aquí tiene lugar la funcionalización del requisito del control análogo, aunque no su exclusión. Quiere decirse que en todo caso se exige el concurso de la Administración titular del servicio encomendante en el capital, aunque dicho control no puede basarse en un determinado porcentaje de participación accionarial individualmente considerado. Recuérdese que el hecho de que la sociedad mercantil sea pública es un indicio, una condición necesaria pero no suficiente para su consideración como medio propio instrumental o servicio técnico de la Administración, pues intervienen otras circunstancias.

Además, el concurso de capital privado rompe el nexo propio del control que una administración ejerce sobre sus propios servicios. En el caso de las fórmulas asociativas de control conjunto ha de establecerse con carácter expreso la prohibición de entrada de capital o socios privados a lo largo de la vida de la entidad. Por otra parte, cuando el ente esté participado por varios entes adjudicadores[110] debe organizarse de manera que garantice que en conjunto ejercen un control análogo al que llevan a cabo sobre sus propios servicios, por lo que serán determinantes prestar atención a los criterios funcionales como la posibilidad o no de rechazar encargos de las entidades dominantes, de fijar una política comercial propia frente a dichas entidades, etc.[111]

b) Que la sociedad mercantil instrumental ejerza la parte esencial de su actividad en su conjunto para las entidades adjudicadoras que la controlan y para las que se ha creado y ejerce de medio propio. En otros términos, que si la sociedad además de ser medio propio actúa en el mercado para otras entidades adjudicadoras que no la controlan, así como para ter-

110. MÍGUEZ MACHO, L., "Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español", *op. cit.*, p. 212-213, señala que en la medida en que tales entidades no tengan participación privada y normalmente no ofrezcan sus servicios en el mercado, sino que se limiten a realizar las tareas encomendadas por las administraciones públicas que las controlan, parece que cumplirían los criterios de la jurisprudencia Teckal.

111. En tal sentido, y respecto a las relaciones con entidades que tienen forma asociativa de carácter público, los consorcios, la JCCA de la Generalidad de Cataluña en su Informe 1/2006, de 9 de febrero, ha declarado que es preciso tener en cuenta que la participación de la Generalidad tiene que suponer que ejerce un control análogo al que ejerce sobre los propios servicios en el sentido de la jurisprudencia comunitaria, y que, en todo caso, la participación que no corresponda a la Generalidad debe ser de carácter público.

ISBN: 978-84-612-8626-3

ceros, se mantenga como una actividad accesoria y separada a todos los efectos incluidos los contables de la actividad que constituye el fundamento de su creación y de su constitución como medio propio y servicio técnico de la o las administraciones como manifestación de ejercicio de la potestad organizatoria.

Mas en el caso de las fórmulas que son manifestación de la colaboración entre administraciones locales, entiendo que debe quedar excluido totalmente el desempeño de actividades de mercado, es decir, para administraciones distintas de las que participan en la entidad o para terceros. Las actividades prestadas para las administraciones que la constituyen definen su condición de ente instrumental medio propio de tales administraciones y son la razón de ser de dicha fórmula de colaboración interadministrativa. La genuina colaboración interadministrativa para que cumplan los requisitos de la doctrina de los encargos *in house* no puede tener ninguna vocación de mercado. De ahí que dichas fórmulas instrumentales de colaboración se encuentren limitadas por razón tanto de la materia como del territorio al ámbito de las administraciones que colaboran. Se trata de límites propios de la potestad organizatoria de las propias administraciones participantes. Por consiguiente, la atribución de actividades de mercado, por irrelevante que sea y aunque estuviera separada a todos los efectos, anula la condición de medio propio manifestación de la colaboración interadministrativa, excluida de la aplicación de la normativa comunitaria de la contratación pública y de las concesiones, pues dejaría de constituir una manifestación de la potestad organizatoria de las administraciones intervinientes. El ámbito territorial o geográfico de extensión de la actividad constituye un indicio relevante a estos efectos para determinar la vocación de mercado de la entidad. De suerte que a la empresa pública como manifestación de la iniciativa pública en la economía por el juego de los artículos 38 del CE y 128.2 del CE, no cabe imponerle limitaciones por razón del territorio. Pues resulta extraño establecer a la actividad económica límites por razón del ámbito geográfico por el solo hecho de que la Administración se constituya en empresario. Por el contrario, es propio de los entes instrumentales, incluidas las compañías mercantiles como manifestación de la potestad autoorganizatoria fundamento de la noción de medio propio que su actividad se halle condicionada por el ámbito territorial de competencia propia de la o las administraciones que los controlan.

ISBN: 978-84-612-8626-3

3.3. Referencia a la sociedad de economía mixta

Por último, el estudio de la consideración de medio propio o servicio técnico como excepción a la normativa de la contratación pública y de concesión de servicios tiene que completarse haciendo referencia a la empresa mixta, en particular en dos aspectos que tienen relación e inciden en la calificación doméstica e interna de las relaciones con la o las administraciones matrices: su constitución, la normativa aplicable al procedimiento de elección del socio privado, y los efectos de la privatización de una sociedad mercantil local cuando tiene encomendada como medio propio una prestación cuyo objeto es contractual. En otros términos, la incidencia de la privatización de la compañía en la aplicación de la legislación de contratos públicos. Qué sucede con los encargos domésticos realizados a la sociedad como medio propio cuando con posterioridad, y estando vigente el encargo de la prestación, se procede a la enajenación de parte de su capital a favor de accionistas particulares.

Por lo demás, la relevancia de la empresa mixta contrasta con la escasa atención que le dedica la legislación local tanto anterior como posterior a la CE.

3.3.1. Creación *ex novo*

Como hemos apuntado, a nivel comunitario, existen grandes dudas jurídicas en torno a estas fórmulas calificadas por la Comisión en el *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (COM/2004/0327 final) como operaciones CPP institucionalizadas por cuanto implican la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público y el privado. Dicha entidad común tiene como misión garantizar la entrega de una obra o la prestación de un servicio de beneficio público; por ende, no se restringe al ámbito de la concesión de servicios. En los estados miembros, las autoridades públicas recurren a veces a estas estructuras, en particular, para la gestión de servicios públicos a escala local, lo que permite que el socio público conserve un nivel de control relativamente elevado sobre el desarrollo de las operaciones, que a lo largo del tiempo puede ir adaptando en función de las circunstancias, a través de su presencia en el accionariado y en los órganos de decisión de la entidad común.

ISBN: 978-84-612-8626-3

El Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones no contempla la operación que consiste en crear una entidad de capital mixto; no obstante, conviene garantizar el respeto de los principios y normas que derivan de dicho Derecho, cuando una operación de este tipo va acompañada de una atribución de misiones a través de un acto que puede calificarse de contrato público, o incluso concesión (apartado 57). Así pues, la selección del socio privado para realizar dichas misiones en el marco del funcionamiento de una entidad mixta no puede basarse exclusivamente en la calidad de su aporte en capital o de su experiencia, sino que hay que tener en cuenta las características de su oferta (la más ventajosa económicamente) relativas a las prestaciones específicas que ha de realizar, puesto que la operación de capital, si no se dispone de criterios claros y objetivos que permitan al poder adjudicador seleccionar la oferta más ventajosa económicamente, podría constituir una violación del Derecho en materia de contratación pública y concesiones (apartado 58). En este contexto, la operación que consiste en crear una entidad de este tipo generalmente no plantea problemas en cuanto al Derecho comunitario aplicable cuando constituye una modalidad de ejecución de la misión que se ha confiado, en el marco de un contrato, a un socio privado. No obstante, es necesario que las condiciones de creación de la entidad estén claramente establecidas en el momento de sacar a concurso las misiones que se desea confiar al socio privado (apartado 59).

Sin embargo, la Comisión pone de manifiesto que en determinados estados miembros la legislación nacional permite que las entidades mixtas, en las que el organismo público participante es el ente adjudicador, concurran a un procedimiento de adjudicación de contrato público o concesión incluso cuando dichas entidades se encuentran en fase de constitución. En tal caso, la entidad no estará constituida definitivamente hasta que se le haya adjudicado de manera efectiva el contrato. En otros estados miembros, se ha desarrollado una práctica en la que se tiende a confundir la fase de constitución de la entidad y la fase de adjudicación de tareas. En tal caso, el procedimiento que pone en marcha el poder adjudicador tiene por objeto la creación de una entidad mixta a la que se adjudican determinadas tareas (apartado 60).

En el primer caso, se corre el riesgo de falsear la competencia real por la posición privilegiada que ocupa la sociedad en fase de constitución, y por consiguiente el socio privado que participa en ella. En el segundo caso, el

ISBN: 978-84-612-8626-3

procedimiento específico de selección del socio privado también plantea numerosos problemas. Algunas dificultades proceden de la obligación que tienen los poderes adjudicadores de definir de manera suficientemente clara y precisa el objeto del contrato o de la concesión en este contexto. La Comisión ha observado con frecuencia que las misiones confiadas a la estructura de colaboración no están claramente definidas y que, en determinados casos, no existe ningún marco contractual, lo que no sólo genera problemas en relación con los principios de transparencia e igualdad de trato sino que, además, puede afectar a los objetivos de interés general que la autoridad pública pretende alcanzar. Se observa, asimismo, que la duración de la vida de la entidad creada no suele coincidir con la duración del contrato o de la concesión adjudicados, lo que parece incitar a la reconducción de la misión que se ha confiado a dicha entidad sin que se organice una verdadera convocatoria de concurso con ocasión de la renovación. A veces esto da lugar a que las misiones se adjudiquen *de facto* por tiempo ilimitado (apartado 61).

Por otro lado, conviene recordar que la creación conjunta de este tipo de entidades sólo puede llevarse a cabo respetando el principio de no-discriminación por motivos de nacionalidad, en general, y de la libre circulación de capitales, en particular. De este modo, a título de ejemplo, normalmente las autoridades públicas no pueden ocupar la posición de accionistas en una entidad semejante y obtener de dicha posición privilegios exorbitantes que no procedan de la aplicación normal del Derecho de sociedades (apartado 62).

La participación del organismo adjudicador en la entidad mixta, que se convierte en cotitular del contrato al término del procedimiento de selección, no justifica que no se aplique el Derecho en materia de contratación pública y concesiones en la selección del socio privado, puesto que la aplicación de dicho Derecho comunitario no depende del carácter público, privado o mixto del contratista del organismo adjudicador. Únicamente las entidades que responden de manera cumulativa a los requisitos de la doctrina Teckal podrán considerarse entidades *in house* con respecto al organismo adjudicador y sólo a ellas se les podrá confiar tareas sin pasar por un procedimiento de adjudicación en competencia (apartado 63).

Por último, si la entidad mixta tiene la calidad de organismo adjudicador, dicha calidad le obliga también a respetar el Derecho aplicable en materia de contratación pública y concesiones a la hora de asignar al

ISBN: 978-84-612-8626-3

socio privado tareas que no hayan sido sacadas a concurso por parte del poder adjudicador con anterioridad a la constitución de la entidad mixta. Pues el socio privado no puede aprovechar su posición privilegiada en la entidad mixta para reservarse determinadas tareas sin convocatoria de concurso previa (apartado 64).

Por su parte, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 26 de octubre de 2006,[112] apoya el deseo de la Comisión de actuar frente a la inseguridad jurídica evidente en este ámbito de las CPPI y manifiesta que no conviene ampliar el ámbito de las "operaciones internas" sin procedimiento de adjudicación, pues se dispensaría a determinados sectores de la necesidad de cumplir las normas del mercado interior y de la competencia. Asimismo, considera que el Derecho de la contratación pública ha de aplicarse a la creación de nuevas CPPI, en la medida en que esas nuevas creaciones o traspasos estén relacionados objetiva y cronológicamente con la adjudicación de un contrato público. Debido a la inseguridad jurídica general reinante acerca de la aplicación de los criterios de ámbito interno, se insta a la Comisión a que, con arreglo a la jurisprudencia vigente del TJCE, idee criterios que permitan establecer un marco estable de referencia para las decisiones de las autoridades públicas, y a que considere la oportunidad de incorporar estos criterios a la legislación comunitaria. Asimismo considera el Parlamento que cuando la primera licitación para la constitución de la empresa es precisa y exhaustiva no es necesaria otra licitación y pide una definición más precisa del concepto de "control análogo que ejerce la autoridad pública organizadora sobre el proveedor de servicios, especialmente en los casos en los que empresas mixtas, en nombre de la autoridad pública organizadora y en el contexto del cumplimiento de sus misiones, prestan servicios básicamente financiados y garantizados por ésta".

112. Complicada es su delimitación pues, como ha puesto también de manifiesto Gimeno Feliu, J.Mª., *op. cit.* en estos caso el criterio de la titularidad mayoritaria es insuficiente: y plantea de manera inmediata si se puede considerar que existe "control análogo" por parte de las entidades partícipes con cuota minoritaria si hay otra entidad que lo participa en más del cincuenta por ciento. Por otro lado, se suscita si se puede considerar que, en los entes en que ningún titular participa en más del cincuenta por ciento todos los titulares tienen ese "control análogo".

ISBN: 978-84-612-8626-3

En nuestro ordenamiento jurídico, como ya se ha visto, la empresa mixta se configura como un modo indirecto de gestión de los servicios públicos, es decir, sometido a la normativa de contratos administrativos.

La LCSP en el artículo 253 establece que la contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades:

"d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con otras personas naturales o jurídicas."

Asimismo, y en sede de regulación de la duración del contrato, el artículo 254, tras disponer que no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fija los periodos máximos de duración de contrato estableciendo en la letra a) cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser de hasta 60 años. Contiene, pues, una referencia expresa a la empresa mixta local para el caso de la prestación del servicio de mercado que el artículo 86.3 de la LBRL declara reservado a favor de los entes locales. Véase cómo esta regulación de la duración del contrato mal se compadece con la creación de una persona jurídica, normalmente una sociedad anónima creada por tiempo indefinido.

En el ámbito local, ya hemos visto que el artículo 85.2.B) de la LBRL se remite a la LCSP. Por su parte, el artículo 104.1 del TRRL dispone que:

"Para la gestión indirecta de los servicios podrán las entidades locales utilizar las formas de sociedad mercantil o cooperativa cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad."

Y en el apartado 2, párrafo segundo, acerca de la constitución establece:

"En todo caso, deberá determinarse si la participación de los particulares ha de obtenerse únicamente por suscripción de acciones, participaciones o aportaciones de la empresa que se constituya o previo concurso en que los concursantes formulen propuestas respecto a la cooperación municipal y a la participación en la futura sociedad, fijando el modo de constituir el capital social y la participación que se reserve la entidad local en la dirección de la sociedad y en sus posibles beneficios o pérdidas y demás particulares que figuren en la convocatoria."

En cuanto al procedimiento de creación, el artículo 104 del RSCL preceptúa que:

"Las empresas mixtas, previo expediente de municipalización o provincialización, podrán quedar constituidas a través de los procedimientos

ISBN: 978-84-612-8626-3

siguientes: 2º Fundación de la sociedad con intervención de la corporación y aportación de los capitales privados por alguno de los procedimientos siguientes: a) suscripción pública de acciones; b) concurso de iniciativas."

Cabalmente queda de manifiesto que en nuestro ordenamiento existe una confusión entre la regulación de la empresa mixta como modo indirecto de gestión de los servicios públicos y el régimen de constitución de la entidad, pues se hace una regulación conjunta e indiferenciada. Sin embargo, las reglas del contrato de gestión de servicios basado en el modelo de la concesión no son aplicables sin más a la creación de una sociedad mixta para la gestión de un servicio. Hay que distinguir entre régimen jurídico de constitución de la entidad, que debe incluir la selección de socios privados mediante procedimiento de concurrencia competitiva, al que se debe aplicar las reglas de la contratación pública, del encargo de la gestión del servicio, a medio camino entre la concesión y la relación entre un ente instrumental y la Administración matriz de la que depende. Es la vieja distinción que sobre la naturaleza de la empresa mixta planteó el profesor Villar Palasí entre accionariado gestor y accionariado fiscal. La empresa mixta no es sólo un modo de gestor de servicios públicos sino que puede constituir el cauce de penetración en actividades económicas privadas para la realización de un interés general. De ahí que, como distinguiera el profesor Villar Palasí, hay que diferenciar entre accionariado gestor, que es cuando la Administración ostenta en la sociedad una posición y auténtica capacidad gestora, bien por ser el accionista mayoritario de la compañía o por otros cauces jurídico-públicos o jurídico-privados, que hacen que la Administración ostente el dominio efectivo de la entidad mercantil; y accionariado fiscal, cuando la finalidad de la participación de la Administración en la empresa mixta es exclusivamente financiera.[113] Y de ahí que haya que distinguir también en el caso de la empresa mixta entre las sociedades de mercado, que responderían al principio del accionario patrimonial o financiero, y las sociedades de servicio público. Estas últimas justifican las derogaciones al Derecho común de sociedades que exija la realización del fin público encomendado.

113. *Vid.* Villar Palasí, J.L. "Actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", RAP, 3, 1950, p. 53-129.

ISBN: 978-84-612-8626-3

De hecho, como señala Míguez Macho, la solución que estableció el artículo 206 del Reglamento general de contratación del Estado, Decreto 3410/1975, de 25 de diciembre, consistente en que la sociedad de economía mixta deberá aparecer como parte contratante ante el Estado con las obligaciones y derechos propios del concesionario de servicios públicos, recogida luego en términos similares también en artículo 182 del Reglamento general de la LCAP, aprobado por el Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, sólo puede resultar satisfactoria cuando la participación de la Administración en la sociedad sea minoritaria, y no le permita controlar la actuación de la misma desde dentro.[114] Por el contrario, en los casos en que sea mayoritaria o, en todo caso, le otorgue el control societario, sería más conveniente acudir a instrumentos del ámbito de la moderna Administración instrumental como el contrato programa. Mas la LCSP no ha abordado esta cuestión, por lo que su regulación continúa con las viejas y tradicionales deficiencias.[115] Pero, como pone acertadamente de manifiesto Míguez Macho, la consideración legal de las sociedades de economía mixta como una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos o como una forma de articular la colaboración de los particulares en el ejercicio de ciertas funciones públicas no puede hacer olvidar que, en nuestro ordenamiento, ésta puede surgir también al margen de toda previsión legal expresa, cuando la Administración asume participación en el capital de una sociedad privada al amparo del reconocimiento constitucional de la iniciativa pública en la actividad económica. En tales casos nos hallaremos ante entidades de naturaleza privada que, conforme a la jurisprudencia Teckal, deberán someterse a las mismas reglas que los demás sujetos privados a la hora de entablar relaciones de colaboración con las administraciones públicas. Por lo que estas reformas legales [artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP] reafirman lo que ya se deducía del artículo 15.5 de la Ley

114. La sociedad mercantil o cooperativa legalmente constituida cuyo capital sólo pertenezca parcialmente a la Administración local, según redacción originaria de la LBRL, artículo 85.4.e).

115. Véase el acierto del artículo 224 de la Ley foral 6/1990, de administración local de Navarra, modificada por la Ley 1/2007, de 14 de febrero, que en su apartado 4 preceptúa:

"La selección del socio o socios privados que se vaya a realizar por una entidad local o sus entidades vinculadas para la gestión de un servicio público mediante una sociedad mercantil o cooperativa cuyo capital sólo parcialmente pertenezca a la entidad local se realizará de conformidad con las disposiciones aplicables de la legislación foral de contratos públicos."

ISBN: 978-84-612-8626-3

30/1992, que cuando no se crean de manera específica para gestionar indirectamente un servicio público o colaborar en el ejercicio de una función pública de acuerdo con una previsión legal expresa, el encargo a las mismas de la realización para las administraciones públicas de tareas de objeto contractual debería quedar sujeto a la legislación de contratación pública sin más peculiaridades.[116]

En esta línea, es oportuno citar el informe 8/2004, de 10 de diciembre, de la Comisión Permanente de la JCC Administrativa de la Generalidad de Cataluña, relativo a un contrato de transporte de viajeros en el que licita una sociedad participada minoritariamente por una sociedad mercantil de la Administración contratante. Consulta de la Entidad Metropolitana del Transporte que se refiere a la licitación pública de un contrato de servicio de transporte de viajeros que efectuaría una "administración pública adjudicadora". En concreto, la consulta se refiere al hecho de fijar un criterio jurídico en relación con la posibilidad que en la licitación pública de este contrato se pudiera presentar como licitadora una sociedad mercantil, en el capital de la cual participa de forma minoritaria otra sociedad mercantil de capital íntegramente público que habría constituido la EMT para la gestión directa de determinadas líneas de transporte. La consulta explicita que no forma parte del Consejo de Administración de la sociedad mercantil que licitaría en el concurso de referencia ninguna persona que pertenezca o represente la Administración pública adjudicadora ni su sociedad mercantil pública.

Comienza la JCCA enmarcando la consulta en una reflexión general acerca de las condiciones jurídicas y requisitos que tiene que cumplir el contratista en el contrato sometido a la TRLCAP 2/2000, y admite que:

"La cuestión adquiere, en ocasiones, cierta complejidad puesto que las administraciones públicas crean personificaciones jurídicas diversas (de carácter instrumental para el desarrollo de determinadas competencias), sometidas en muchos casos al Derecho privado y que crean entre ellas un entramado económico y organizativo. Las relaciones jurídicas y económicas (entre las cuales hay las contractuales), de los entes públicos instrumentales con su Administración matriz o con otras administraciones públicas generan, efectivamente, situaciones que a menudo adquieren cierta complejidad."

116. En el magnífico y ya todo un clásico trabajo de Villar Palasí, J.L., "Actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", RAP, 3, 1950, p. 53-129.

ISBN: 978-84-612-8626-3

Tenemos que considerar en qué condiciones cabe entender que dos entes realizan un contrato público, y en qué condiciones podemos entender que se trata de un contrato interno o casi interno en el seno de la Administración contratante.

En nuestros informes 2/2001 y 6/2003, hemos tenido oportunidad de reflexionar sobre los requerimientos jurídicos establecidos por la normativa comunitaria europea y la estatal para tener la condición de contratista en los contratos públicos. En estos informes, hemos considerado que son las normas comunitarias y la jurisprudencia del TJCE que las interpreta, las que aportan más claramente unos criterios jurídicos que permiten delimitar los requisitos y las condiciones del contratista en el contrato público.

Tras citar la STJCE de 7 de diciembre de 2000, y Teckal concluye:

"1. Por lo tanto, cuando haya una dependencia orgánica o financiera (en los términos expuestos anteriormente) entre los entes que pretenden concertar entre ellos la realización de una prestación o actividad a cambio de un precio, esta relación no se regirá por las normas públicas de contratación, y especialmente no serán de aplicación los principios de publicidad y concurrencia.

"2. No puede establecerse un criterio general abstracto, un baremo que indique en qué momento se debe entender que existe un control 'suficiente' por concluir que hay una dependencia jurídica entre el organismo licitador y la persona jurídica que realizaría la prestación y, por lo tanto, atendiendo a la concurrencia de ambos requisitos, el contrato podría ser cualificado de interno en el seno de la Administración, y quedaría excluida la aplicación de las normas de la contratación.

"3. No puede seguirse más que un criterio funcional y un análisis de cada caso en concreto."

Una aproximación general permitiría afirmar que una sociedad mercantil, en el capital de la cual forma parte de forma minoritaria una sociedad mercantil íntegramente pública, es, a todos los efectos, una empresa privada sometida íntegramente a las normas reguladoras privadas, sin que la normativa establezca por razón de la participación en su accionariado de capital público un régimen jurídico, en términos generales, diferente al de cualquier otra sociedad mercantil.

El significado del concepto "participación no mayoritaria en el capital social" se ha de entender como inferior al 50%. En este sentido, por ejemplo, el artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de

ISBN: 978-84-612-8626-3

las administraciones públicas, define las sociedades mercantiles estatales como aquellas en las cuales la participación, directa o indirecta de las entidades que integran el sector público estatal en su capital social, es superior al 50%.

Sin embargo, tenemos que insistir en que la participación de capital público de forma minoritaria en el capital social de la sociedad mercantil licitadora no es un factor determinante y único para considerar la inexistencia de control sobre la misma sociedad. Hará falta valorar (y este órgano consultivo no ha recibido documento ni información para poderlo hacer en este informe) si existen disposiciones estatutarias o acuerdos internos sobre la existencia de votos cualificados del socio minoritario o régimen de adopción de acuerdos societarios que permitan constatar un control similar al que los organismos públicos ejercerían sobre sus propios servicios.

No hay, en principio, un control del ente contratante en el consejo de administración de la sociedad mercantil licitadora, dado que, según manifiesta la EMT en el escrito de consulta, no participa en este consejo ninguna persona que pertenezca o represente a la Administración pública adjudicadora ni su sociedad mercantil íntegramente pública.

Si no hay una relación de dependencia financiera ni orgánica entre la EMT y la sociedad mercantil licitadora, sus relaciones contractuales se tienen que someter a la LCAP, con aplicación de todos sus preceptos. Esta aplicación conlleva la comprobación del conjunto de requisitos que en esta Ley se establecen para obtener la condición de contratista. En este sentido, hace falta destacar especialmente en el supuesto que nos ocupa, el requisito específico de la capacidad que el artículo 197.1 del TRLCAP fija para los contratos de servicios, en el sentido que "las empresas adjudicatarias tienen que ser personas físicas o jurídicas la finalidad o la actividad de las cuales tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus estatutos o reglas funcionales". El órgano de contratación tendrá que comprobar que el objeto social de la mercantil licitadora le permite realizar la prestación que se licita y que no tiene ninguna limitación estatutaria en cuanto a las prestaciones que pueda desarrollar, tanto desde el punto de vista territorial como material. Como advierte el informe, no se analizan las peculiaridades que puedan derivarse de la normativa sectorial del transporte de viajeros porque la entidad consultante no ha hecho referencia alguna. De ahí manifiesta en el apartado 3 de las Conclusiones:

ISBN: 978-84-612-8626-3

"La EMT, de acuerdo con las consideraciones jurídicas que se contiene en este informe, tendría que hacer el análisis concreto de las relaciones jurídicas, orgánicas y societarias entre la entidad o su sociedad íntegramente pública y la sociedad mercantil que podría ser licitadora en el concurso que se describe en el escrito de consulta, a efectos de verificar sin concurren o no en esta relación los dos requisitos que calificarían la relación contractual como contrato interno, es decir, la existencia de un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios y, acumulativamente, la realización de la parte esencial de la actividad con el ente que ejerce el control."

Así pues, en la creación *ex novo* de la empresa mixta con el fin específico de la gestión indirecta del servicio o función pública está sujeta a procedimiento público de licitación la selección del socio privado, y encargo de la misión específica que constituye su objeto y causa de la creación de la entidad, lo que excluye someter el encargo del servicio a un segundo procedimiento de licitación. Asimismo, ha quedado claro de la doctrina del TJCE que la participación privada en el accionariado de una sociedad excluye en todo caso el control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios, aunque la empresa mantenga su calificación de pública y que constituye el primer requisito de la doctrina Teckal.

3.3.2. Privatización de una sociedad de capital íntegramente público

La puesta en marcha de una CPP de tipo institucionalizada también puede llevarse a cabo mediante la modificación del accionariado de una entidad pública. La Comisión, en el *Libro verde* de 30 de abril de 2004, analiza en el punto 3.2 la toma de control de una entidad pública por parte de un operador privado, mediante la entrada de accionariado privado. La privatización de una empresa pública es una decisión de política económica que compete exclusivamente a los estados miembros, y que deriva del principio de neutralidad de cara al régimen de la propiedad que consagra el artículo 295 del TCE.

El Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones no está destinado a ser aplicado a las operaciones que representen meros aportes de fondos de un proveedor de fondos a una empresa, independientemente de que ésta tenga carácter público o privado. Tales operaciones entran en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales. Por el contrario, las disposiciones

ISBN: 978-84-612-8626-3

relativas a la libertad de establecimiento, en el sentido contemplado en el artículo 43 del Tratado, deberán aplicarse cuando una autoridad pública decida, mediante una operación de capital, ceder a un tercero una participación que le permita ejercer una determinada influencia sobre una entidad pública a través de prestaciones económicas que, normalmente, son responsabilidad del Estado (apartado 62). En particular, cuando los poderes públicos permiten a un operador económico ejercer una determinada influencia sobre una empresa, en el marco de una operación de cesión de capital cuyo objetivo es confiar a dicho operador misiones que entran en el ámbito material del Derecho de la contratación pública –que previamente ejercían directa o indirectamente los poderes públicos–, se exige, en virtud de las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento, el respeto de los principios de transparencia e igualdad de trato, a fin de garantizar que todo operador potencial pueda acceder en igualdad de condiciones a la prestación de dichas actividades hasta entonces reservadas (apartado 68). Además, la experiencia recomienda asegurarse que dicha operación de capital no oculta, en realidad, la adjudicación a un socio privado de contratos que pueden ser calificados de contratos públicos o, incluso, concesiones. Esto ocurre, sobre todo, cuando, con anterioridad a la operación de capital, se adjudican a la entidad en cuestión misiones particulares directamente y sin convocatoria de concurso previa, al objeto de hacer más atractiva la operación de capital (apartado 69).

A este respecto, hay que destacar la STJCE de 10 de noviembre de 2005 (asunto C-29/04), Comisión contra la República de Austria, recurso por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 92/50, al haberse adjudicado el contrato de eliminación de residuos en el municipio de Mödling sin haberse observado las normas de procedimiento y publicidad exigidas. El Ayuntamiento de Mödling acordó la creación de la sociedad Stadtgemeinde Mödling AbfallwirtschaftgmbH, cuyo capital social pertenecía íntegramente al municipio. Con posterioridad, decidió encargar a dicha empresa en exclusiva la gestión de residuos en el territorio municipal. Poco después el municipio acordó ceder el 40% de sus participaciones sociales a la sociedad Saubermacher Dienstleistungs Aktiengesellschaft. La Comisión reprocha esencialmente a las autoridades austriacas haber permitido que un municipio adjudicara un contrato de servicios a una sociedad jurídicamente distinta de dicho ente y participada en un 49% por una empresa privada, sin haberse seguido el procedimiento de licitación pública previsto en la Directiva 92/50.

ISBN: 978-84-612-8626-3

El Gobierno austriaco alegó la doctrina Teckal, dado que la celebración del contrato de eliminación de residuos con AbfallGmbH tuvo lugar cuando el municipio todavía poseía la totalidad del capital social. Sin embargo, el TJCE lo rechaza declarando:

"Sin que sea preciso analizar si resulta suficiente que el municipio de Mödling poseyera la totalidad del capital social de AbfallGmbH en la fecha de adjudicación del contrato público de servicio, para demostrar que tal ente ejercía sobre AbfallGmbH un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios, procede señalar que la fecha relevante en el caso de autos para apreciar si debían aplicarse las disposiciones de la Directiva 92/50 no es la fecha en la que efectivamente se adjudicó el contrato público en cuestión. Es cierto que por motivos de seguridad jurídica generalmente resulta necesario que la eventual obligación de la entidad adjudicadora de convocar una licitación pública se examina a la luz de las condiciones existentes en la fecha de adjudicación del contrato público de que se trate, pero las circunstancias particulares del presente asunto requieren que se tomen en consideración los acontecimientos ocurridos con posterioridad (apartado 38).

"Procede recodar que la cesión del 49% de las participaciones sociales en AbfallGmbH tuvo lugar poco después de que se encargara a dicha sociedad, en exclusiva y por tiempo indefinido, la recogida y tratamiento de los residuos del municipio de Mödling. Además, AbfallGmbH sólo pasó a ser operacional después de que Saubermacher AG adquiriera una participación en su capital social (apartado 39).

"Así, ha quedado acreditado que a través de una construcción artificial de varias fases distintas, esto es, la constitución de AbfallGmbH, la celebración con dicha sociedad de un contrato de eliminación de residuos y la cesión del 49% de sus participaciones a Saubermacher AG, se adjudicó un contrato público de servicios a una empresa de economía mixta cuyo capital social estaba participado en un 49% por una empresa privada (apartado 40)."

Por lo que concluye que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidoras (sentencia Stadt Halle y TPL Lochau).

ISBN: 978-84-612-8626-3

Por su parte, resulta conveniente traer a colación el informe 4/2005, de 28 de junio, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, relativo a la gestión del servicio público de abastecimiento de agua potable por sociedad de economía mixta, y aplicación de la Ley de contratos de las administraciones públicas. El interés del supuesto sometido al informe es doble: por una parte, porque plantea la consideración como medio propio o servicio técnico la relación entre un ayuntamiento y una sociedad mercantil de titularidad exclusiva de la Diputación Provincial de Valencia; y por otra parte, porque suscita el problema de las consecuencias que desde el punto de vista de la legislación de contratos de las administraciones públicas tiene la transformación de la sociedad mercantil pública de la Diputación en una empresa de economía mixta por la enajenación del 49% de su capital.

La cuestión de fondo suscitada por el Ayuntamiento de Alginet se centra en determinar si la situación derivada de la privatización de la empresa EGEVASA tiene consecuencias jurídicas que hacen que sea inviable la pervivencia del convenio suscrito en 1994 con la Diputación Provincial de Valencia con la legislación en materia de contratación administrativa. Por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Alginet de 2 de marzo de 1994, se acordó aprobar un proyecto de convenio a suscribir con la Diputación Provincial de Valencia para la gestión del servicio de abastecimiento de agua potable a través de la empresa de la Diputación EGEVASA. Como consecuencia de lo anterior, por dicho Ayuntamiento se suscribe el 28 de marzo de 1994 un convenio con la Diputación de Valencia por el que se acordaba que la gestión del servicio de abastecimiento de agua potable a la población se llevara a cabo por la Diputación a través de la empresa EGEVASA, que en aquella fecha era de capital íntegramente público. Si con la evolución de la normativa de contratos está incursa en causa de nulidad del artículo 62.a) de la TRLCAP por haberse producido una adjudicación directa del contrato de gestión de servicios públicos, prescindiendo del procedimiento total y absolutamente establecido.

Sobre la primera cuestión el citado informe proclama que:

"no hay un supuesto de adjudicación directa, y mucho menos por parte del Ayuntamiento, puesto que su acuerdo plenario de 2 de marzo de 1994 habilita a la suscripción al alcalde del convenio con la Diputación de Valencia para que, en aras a las competencias que corresponden a este ente local, gestione directamente un servicio público a través de una empresa pública 100% de conformidad con el artículo 85 de la LBRL.

ISBN: 978-84-612-8626-3

"Es claro que el instrumento que a la sazón que relaciona entre sí una Administración y sus propias sociedades (contrato *in house providing*) no puede llamarse contrato, ni reviste la forma de contrato, hoy día acudimos a la encomienda de gestión o al acuerdo o convenio."

En el ámbito de actuación de las diputaciones provinciales, se establece la cooperación con los servicios municipales, desde el punto de vista económico y técnico (artículo 36 de la LBRL). La sociedad EGEVASA se crea al amparo del artículo 85.3.c) de la citada LBRL, que establece que la gestión directa de los servicios públicos locales podrá efectuarse, entre otras formas, por una sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local. En este sentido, el artículo 103.1 del TRRL dispone que, en el momento de otorgar la escritura de constitución, el capital deberá ser aportado íntegramente por la entidad local.

En el caso objeto de estudio, se trata de un convenio de duración de 20 años prorrogables, y con repercusión económica, toda vez que la explotación por EGEVASA del servicio genera ingresos por las tarifas de los usuarios.

La suscripción del convenio de referencia da lugar a un contrato suscrito entre la empresa EGEVASA y el Ayuntamiento, de 28 de marzo de 1994, a todas luces innecesario según el informe, "por cuanto el Convenio como medio de relación entre la Administración y los entes instrumentales es el que debería haber contenido todas las cuestiones fijadas en el contrato".

El informe lleva a cabo un estudio de la evolución del contrato de gestión de servicio público en la normativa de la contratación, toda vez que el convenio se suscribe en 1994, fecha en la que estaba vigente la LCE (Texto articulado aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril). Se encomienda la gestión a la empresa EGEVASA, totalmente pública al tiempo de la firma del convenio, adoptando el sistema de gestión directa y dentro de las competencias que la LBRL atribuye a la provincia en el artículo 31.2.a) de "asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de servicios de competencia municipal", ello en relación con el artículo 156 del RSCL. Constante el convenio se aprueba la LCAP 13/1995, de 18 de mayo, que regula el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 155, que se modifica en este punto por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, en el que el artículo 155.2 adopta un giro radical, pues desaparece le criterio de participación mayoritaria. Sólo para las sociedades de capital íntegramente público se excluye el contrato y se

ISBN: 978-84-612-8626-3

califica como modo directo de gestión, debiendo en cualquier otro caso adjudicarse los contratos de gestión de servicios públicos aplicando las propias reglas de la Ley, volviendo al régimen del artículo 85.3 de la LBRL.

Por acuerdo plenario de 22 de septiembre de 1998 de la Diputación Provincial de Valencia, se resuelve aprobar definitivamente pliegos de cláusulas administrativas y técnicas y la convocatoria de concurso para la enajenación del 49% de acciones, resultado del cual entra a formar parte la empresa Vanimoso Cartera SL. De ahí que el órgano consultivo tenga que pronunciarse acerca de las consecuencias jurídicas del mantenimiento del convenio con sociedad de economía mixta. La Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana considera que tales enajenaciones son cuestión ajena a la adjudicación del contrato de gestión de servicios públicos, constituyendo la enajenación no mayoritaria de acciones en estas sociedades, el presupuesto de hecho determinante de la aplicación de la nueva redacción del artículo 154.2 de la LCAP. A partir de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, el precepto del artículo 155.2, incorporado como artículo 154.2 del TRLCAP no resulta aplicable a las sociedades en las que la participación pública sea mayoritaria. Y afirma:

"en una línea argumental muy similar el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sección 1ª) en su sentencia de 17 de enero de 2003 recaída en el recurso núm. 3265/1998, interpuesto precisamente contra los acuerdos de enajenación realizados por la Diputación de Valencia de 22 de septiembre de 1998, por los que aprobaron definitivamente los pliegos de cláusulas administrativas y técnicas y la convocatoria de concurso para la enajenación de acciones de empresas públicas, considera que la enajenación de participaciones no se trata de un expediente de contratación. Ahora bien, sí con una trascendencia jurídica importante a los efectos del objeto de determinar la forma de gestión del servicio público de agua potable. El fundamento jurídico segundo dice literalmente:

"No podemos calificar el negocio jurídico como contrato administrativo para la gestión del servicio público, pues no adopta la naturaleza propia de tales contratos, ya que no se concede el servicio para su gestión indirecta por el adjudicatario, ni se formula netamente la constitución de una fórmula de gestión mixta por gestión interesada o sociedad mixta. Sin embargo, y ello es el principal problema de este litigio, el resultado de la transmisión de las acciones va a ser –en la intención manifestada por la Administración provincial en el expediente– la existencia final de una sociedad mixta, para

ISBN: 978-84-612-8626-3

lo que se previene, incluso, la aprobación posterior por los órganos societarios de unos nuevos estatutos sociales."

Por consiguiente, esta Junta entiende que la situación derivada de la privatización de una sociedad en su origen íntegramente pública, aunque sea mayoritariamente participada por capital público para la gestión de cualquier servicio público de los regulados en la legislación de contratos de las administraciones públicas, desde la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, no se atiene a la legalidad vigente y, de persistir esta situación, se estarán infringiendo los principios de igualdad y libre concurrencia presentes en la contratación pública. Por lo que tras citar las sentencias TJCE Teckal y Stadt Halle concluye:

"la situación con la que nace el convenio –que no contrato ni adjudicación– en 1994 es sustancialmente distinta a la que deriva de la privatización por la Diputación de Valencia de la empresa EGEVASA. Situación que trae como consecuencia que lo que, en un principio, puede ser objeto de un instrumento jurídico, llámesele acuerdo, convenio, etc., que permite que una administración pueda gestionar a través de sus entes instrumentales cualquiera de sus competencias, deba necesariamente acudir a la vía de la contratación pública, mediante procedimientos abiertos a la participación (concurrencia) y a la competencia.

"En ningún modo […] el acuerdo del Ayuntamiento de Alginet de fecha de 2 de marzo de 1994 pueda ser invocado como causante de la contravención a la legislación de contratos de las administraciones públicas, ya que en todo caso, ésta derivaría de la privatización por parte de la Diputación Provincial de Valencia y el mantenimiento de la gestión directa por sociedad de economía mixta del abastecimiento de agua potable al Ayuntamiento de Alginet.

"Por último, sobre el procedimiento de privatización o enajenación de acciones para dar entrada a accionistas privados, hay que hacer cita obligada a la STS de 20 de mayo de 2006 (RAJ 2440), relativa a la impugnación del acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Madrid en el que se aprobaron los pliegos de condiciones económico-administrativas que habrían de regir el concurso para la integración del capital privado ajeno a la corporación en el capital social de la empresa mixta de Servicios Funerarios de Madrid, SA, la convocatoria del correspondiente concurso público y su tramitación urgente. La cuestión se centra pues en relación con la venta de acciones por concurso, ofreciendo el Tribunal Supremo una completa exposición de su doctrina acerca de la viabilidad de los concursos para la

ISBN: 978-84-612-8626-3

obtención de capital privado hasta un máximo del 49% en sociedades municipales mixtas ya constituidas bajo tal modalidad o creadas atendiendo al citado sistema.

"Los concursos antes referidos han tenido lugar en un ámbito tradicionalmente cerrado a la libre competencia por tratarse de servicios públicos que debían prestar, directa o indirectamente, los municipios pero que se han visto afectados por la múltiple legislación comunitaria que ha conllevado la liberalización de los servicios. Actuaciones todas desarrolladas, eso sí, mediante concursos públicos que garantizasen la publicidad, la transparencia, la libre concurrencia y demás técnicas de garantía plasmadas inicialmente en la Ley de contratos de las administraciones públicas 13/1995, incorporando las directivas comunitarias sobre contratos de suministros, obras y servicios; ulteriormente mediante la Ley 53/1999, y finalmente en el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio.

"Por ello resulta oportuno reproducir los aspectos esenciales de los fundamentos de derecho séptimo a noveno de la sentencia dictada por este Tribunal el 22 de marzo de 2006 en el recurso de casación 3677/2003 […].

"Es indiscutible que la jurisprudencia de este Tribunal […] ha venido entendiendo que el artículo 80 del TRRL establece que las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta pública, con la excepción de la enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario, tal cual también repite el artículo 112.2 del RBEL. Asimismo se ha dicho que la normativa vigente no exime del trámite de la subasta cuando la enajenación se hace a entes públicos."

Sin embargo, tales pronunciamientos, en esencia, se han efectuado claramente respecto de bienes inmobiliarios. La Administración al desprenderse de los bienes trata de obtener el máximo rendimiento económico. Objetivo que no constituye el fin esencial cuando la Administración continúa gozando de un poder de decisión sobre la institución en que se integran los bienes objeto de transmisión (fundamento jurídico octavo).

Pese al sustancial incremento acontecido en los últimos años en la creación de sociedades mercantiles por los entes públicos locales o la transformación de sociedades de pleno capital municipal en sociedades de naturaleza mixta, lo cierto es que la legislación local vigente de producción estatal no contempla cuál ha de ser el procedimiento a utilizar en la enajenación de títulos de participación de sociedades no cotizadas.

En cambio, se establecen previsiones respecto a la Administración General del Estado en la nueva LPA, Ley 33/2003, de 3 de noviembre, no

ISBN: 978-84-612-8626-3

vigente al adoptarse el acuerdo impugnado mas ilustrativa de la mayor aproximación de la normativa a la cambiante realidad económica incluso en el ámbito de la Administración. La citada Ley resulta aplicable a las entidades que integran la Administración local, artículo 2.2, mas si atendemos a la disposición final segunda, apartado quinto, observamos que no comprende como legislación básica los artículos relativos a la enajenación de inmuebles o enajenación de muebles (artículo 143 de la LPAP) respecto de los que establece los respectivos procedimientos de enajenación. Tampoco las normas relativas al procedimiento para la enajenación de títulos de participación social representativos de capital (artículo 175) respecto de los cuales establece la diferencia obvia entre sociedades cotizadas en que se atenderá al precio de cotización en la Bolsa de Valores y sociedades no cotizadas. Respecto de estas últimas el procedimiento normal de venta será el concurso o la subasta y, excepcionalmente, la adjudicación directa.

Se observa, pues, que la nueva regulación incluye el concurso, además de la subasta, frente a la previsión exclusiva de la subasta pública respecto de la enajenación de títulos representativos de capital propiedad del Estado en empresas mercantiles cuyos títulos no cotizaban en alguna de las bolsas nacionales, a salvo claro de la excepcionalidad de la enajenación directa ya considerada que efectuaba en sus artículos 103 y 104 la actualmente derogada Ley general presupuestaria (fundamento jurídico noveno).

La viabilidad del concurso en el concreto ámbito concernido privatización parcial de los servicios funerarios municipales respecto de una empresa que ya ostentaba la condición de empresa mixta no ha sido objeto de pronunciamiento por este Tribunal. No obstante, sí lo ha sido las incidencias en la gestión de un servicio público de la competencia de las entidades locales. Nos referimos a la selección de un socio privado.

Así, en la sentencia de 22 de junio de 2004 (RAJ 4819), se rechazó el recurso de casación interpuesto por un licitador frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que desestimaba un recurso contencioso-administrativo formulado frente a un acuerdo de un ayuntamiento que adjudicaba a otro licitador la condición de socio privado de la sociedad mixta a constituir junto con el ayuntamiento para la gestión del ciclo integral del agua como servicio público. Se consideró que "el concurso se adjudicó a la proposición que el ayuntamiento estimó como más ventajosa" tras el resultado de determinados informes externos que se encontraban previstos en las normas que regulaban el concurso.

ISBN: 978-84-612-8626-3

Anteriormente en la sentencia de 12 de diciembre de 2000 (RAJ 10687), se examinó la enajenación de un determinando porcentaje de participación de la sociedad de titularidad de un ayuntamiento como un bien patrimonial de éste y la formalización de la operación de venta de acciones, privatizando la gestión del servicio público. Era un concurso público de méritos para la selección de adquirentes de acciones de una empresa mixta de aguas de titularidad municipal. Se confirmó la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, que había anulado el Acuerdo que resolvía el concurso convocado para la adquisición de parte del capital social de una empresa mixta, con retroacción del procedimiento administrativo al momento en que debió evacuarse el omitido informe del interventor exigido entre otras normas por el artículo 53.1 de la Ley de haciendas locales, 39/1988, de 28 de diciembre, para que, una vez cumplimentado dicho trámite, continuase la tramitación del procedimiento.

Pronunciamientos todos ellos que han conducido a que la sentencia de 22 de marzo de 2006 reputara viable el sistema del concurso respecto al supuesto aducido por la recurrida reflejado en la sentencia Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 17 de enero de 2003 (RJCA 244). Se sienta por este Tribunal Supremo que la actuación allí impugnada no se trata de la venta de bienes patrimoniales en sentido puro, sino de la búsqueda de un socio privado para la gestión indirecta de un servicio público mediante la correspondiente transmisión de acciones de titularidad pública.

Se razonaba en la citada sentencia que "Tal actuación es incontestable que en nuestro ordenamiento jurídico debe someterse al procedimiento de concurso con arreglo a las prescripciones establecidas al entrar en juego criterios técnicos, de experiencia, de gestión o de otra naturaleza que juegan un papel tanto o más relevante que la exclusiva oferta económica que implica la subasta. En ese sentido resulta claro el contenido del artículo 86 de la LCAP al establecer el concurso para el licitador que efectúe la proposición más ventajosa, a tenor de los criterios fijados en los pliegos".

Por ello, resulta relevante tomar en cuenta el artículo 104 del TRRL, Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, esgrimido por la Administración mediante una interpretación extensiva. Si el citado precepto establece la fórmula del concurso, además de la suscripción directa de acciones, como el sistema para que los particulares

ISBN: 978-84-612-8626-3

participen en la constitución de sociedades mercantiles que gestionen indirectamente servicios públicos de las entidades locales resulta razonable entender que tal método puede ser el utilizado cuando se proceda a la privatización parcial de una sociedad mercantil inicialmente de capitalización pública. Máxime cuando también el artículo 104.2.b) del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, Decreto de 17 de junio de 1955, contempla también la vía del concurso de iniciativas en que se admiten sugerencias para los supuestos de fundación de una sociedad con intervención de la corporación y aportación de capitales privados para la gestión indirecta de determinados servicios públicos.

La adjudicación a la proposición más ventajosa no sólo toma en cuenta el factor económico, previsto en los pliegos, sino también los criterios técnicos y de otra índole debidamente fijados y que se reputan absolutamente necesarios en una actuación administrativa como la impugnada en que se trata de incorporar a un socio privado en la gestión de un servicio público (fundamento jurídico décimo).

ISBN: 978-84-612-8626-3

AA.VV. *Homenaje al profesor Sebastián Martín-Retortillo*, REAL, 291, 2003.

ALBI CHOLBI, F. *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960, especialmente p. 261-263.

AMOUEDO SOUTO, C. *TRAGSA. Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004.

ARIMANY LAMOGLIA, E. "Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales. Crónica de la sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005 (Asunto C-458-03, Parking Brixen GmbH), *Cuadernos de Derecho Local*, 9, 2005, p. 48-64.

–"La apertura al mercado de los encargos de ejecución de obras de urbanización conferidos directamente a sociedades del sector público: Crónica del caso 'Centro de ocio de la ciudad de Roanne'", REDA, 133, 2007, p. 65-88.

ARNOULD, J. "Les contrats de concession, de privatisation et de services *in house* au regard des règles communautaires", RFD adm., 16, enero-febrero 2000, p. 2-23.

–"Le projet de communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire des marchés publics", RFD adm., 16, enero-febrero 2000, p. 24-28.

BERNAL BLAY, M.A. "Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de contratos de las administraciones públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1, letra l), del TRLCAP", RAP, 129, 2006, p. 77-90.

–"Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario a la STJCE de 19 de abril de 2007 (AS. C-295/05), Asemfo vs. TRAGSA)", REDA, 137, 2008, p. 115-138.

CARBONELL PORRAS, E. "Título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructura viaria. ¿Convenio o contrato administrativo?", *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, AA.VV. Cosculluela Montaner, L., coordinador, Civitas, Madrid, 2003, p. 377-394.

CHINCHILLA MARÍN, C. "La nueva Ley de contratos del sector público: Ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas", RVAP, 79, 2007, p. 43-69.

CLAVERO ARÉVALO, M.F. *Municipalización y provincialización de servicios en la Ley de régimen local de 1950*, Madrid, 1951.

DEL GUAYO CATIELLA, I. "La gestión de los servicios públicos locales", RAP, 165, 2004, p. 87-133.

ISBN: 978-84-612-8626-3

ESCRIHUELA MORALES, F.J. *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y servicios*, La Ley, Madrid, 2007.

GIMENO FELIU, J.Mª. *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Aranzadi, Navarra, 2006.

–"El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratos del sector público: Luces y sombras", RAP, 176, 2008, p. 9-54.

GIORELLO, M. "Gestion in house, entreprises publiques et marchés publics: la Cour de justice au croisement des chemins du marché intérieur et des services d'interêt économique général, *Revue de l'Union européenne, 1,* 2006.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. *El contratista de la Administración pública,* Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁNEZ, S. "Sociedades mercantiles de la Administración y Ley de contratos de la administraciones públicas (con referencias a la nueva Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local)", REAL, 292-293, 2003, p. 99 y ss.

HUERGO LORA, A. "Liberad de empresa y la colaboración preferente de las administraciones con empresas públicas", RAP, 154, 2001, p. 129-171.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. "Administración institucional en la legislación autonómica y municipal", *Administración institucional*, AA.VV, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder judicial, VIII, 2004, p. 163-216.

MÍGUEZ MACHO, L. "Las formas de colaboración público-privado en el Derecho español", RAP, 175, 2008, p. 157-215.

MONTOYA MARTÍN, E. *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

–"La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del concepto de 'Poder adjudicador' en las directivas de la contratación pública de servicios, suministros y obras", RAAP, 41, 2001.

–"La reforma de las formas de gestión de los servicios público locales. La contratación de las sociedades públicas locales", RAAP, 57, 2005, p. 65-102.

–*Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*, Iustel, Madrid 2006.

ORTIZ MALLOL, J. "La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración pública: Algunas notas", RAP, 163, 2004, p. 245-278.

–"La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas,"

ISBN: 978-84-612-8626-3

en *La Administración instrumental, VIII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, IAAP, 2005, p. 189-281.

Pernas García, J.J. *Las operaciones* in house *y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE,* Iustel, Madrid, 2008.

Rebollo Puig, M. "Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", RAP, 161, 2003, p. 359-393.

Rivero Ysern, J.L. *Manual de Derecho local*, Thomson-Civitas, 5ª edición, Madrid, 2004.

Romero Hernández, F. "Los modos de gestión de los servicios públicos en el Proyecto de ley de medidas para la modernización del gobierno local (PLMGL)", *Cosital*, 69, 2003, p. 15 y ss.

Sosa Wagner, F. "El empleo de los 'recursos propios' por las administraciones locales", *Estudios de Derecho público económico*, *Libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, coordinador Cosculluela Montaner, L., Civitas, Madrid, 2003.

–*La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson-Civitas, 6ª edición, Madrid, 2004.

Sosa Wagner, F.; Fuertes López, M. "¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación *in house*)", *La Ley*, 3, 2007, p. 1673.

Villar Palasí, J.L. "Actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", RAP, 3, 1950, p. 53-129.

ISBN: 978-84-612-8626-3

Serie Claves del Gobierno Local, 9
ISBN: 978-84-612-8626-3

Fundación Democracia y Gobierno Local

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de los medios propios o servicios técnicos de la Administración en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP).

El estudio de los encargos domésticos como excepción a la aplicación de la legislación de contratos públicos se aborda analizando, por una parte, los que constituyen el objeto de los contratos sujetos al Derecho comunitario de la contratación pública. Por otra parte, se analizan los encargos que se desenvuelven en el ámbito de lo que en Derecho comunitario se califica como contrato de concesión de servicios públicos, que ha quedado al margen de la normativa comunitaria de la contratación pública y que tiene un especial protagonismo en la esfera local. Por último, se hace referencia a la empresa mixta, en dos aspectos de gran trascendencia práctica: la elección del socio privado y los efectos de la privatización de una sociedad mercantil local cuando tiene encomendada como medio propio una prestación cuyo objeto es contractual.

9 788461 286263