

LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DEL ENCARGO DE PRESTACIONES A ENTES INSTRUMENTALES PROPIOS: ALCANCE DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

José María Gimeno Feliu

Introducción

La cuestión relativa a la contratación de los entes públicos es, sin duda, una de la de más actualidad jurídica no sólo por las condenas al Estado Español en Sentencias de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005 y por la necesidad de transponer la nueva Directiva de Contratos Públicos 18/2004, de 31 de marzo (cuyo plazo de transposición ya ha sido vencido), sino por las medidas correctoras decididas por las autoridades comunitarias contra el Reino de España tras constatar en las auditorías de proyectos el incumplimiento del derecho de la contratación pública.¹ Esta nueva Directiva pretende, en palabras de sus Considerandos:

«responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los operadores económicos en el marco de las respuestas al Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, es conveniente, por motivos de claridad, proceder a su refundición en un único texto. La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales.... contenidos en el 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*

1. Al respecto me remito a mi reciente *monografía La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid, 2005. Sobre el contenido de la sentencia de 13 de enero de 2005, abordando cuestiones relativas a este trabajo, puede consultarse, además, el reciente estudio de M.A. BERNAL BLAY, «Acerca de la transposición de las Directivas comunitarias sobre contratación pública», RAP 168, 2005, pp. 167-185.

basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública» (cursiva nuestra).

Por consiguiente, y al margen del concreto importe del contrato, la legislación nacional de contratos públicos debe, en todo caso, respetar los principios comunitarios referidos no existiendo, por tanto, ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral, sino que, a partir de cierto importe, juegan la concreción de los mismos contenidos en la Directiva que deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado.²

En suma, en todo caso, como bien advirtiera ya Baño León, al margen de que en función del importe del contrato puedan diseñarse unos u otros procedimientos de selección y adjudicación de contratos, los Estados deben garantizar en sus normas y en su concreta aplicación práctica 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.³

Es necesario recalcar que esta nueva Directiva incorpora las resoluciones del TJCE. Se constata, en consecuencia, la importancia de esta jurisprudencia, auténtica fuente del derecho y dinamizadora en la plasmación efectiva de los principios referidos en esta materia. Por ello, su análisis detallado es necesario para poder alcanzar conclusiones que, en modo alguno, pueden conducirnos a interpretaciones contrarias a dicha doctrina. Así se pone de manifiesto en la STJCE de 2 de junio de 2005 (Koppensteiner GmbH), al afirmar que cuando una norma comunitaria establece previsiones que «son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665.» Y es que, como bien destaca el profesor Lorenzo Martín-Retortillo, «cualquier juez tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario. Eso es todo, nada más, pero nada menos».⁴

2. Vid, GIMENO FELIU, *La nueva contratación...*, ob. Cit., pp. 44-63.

3. Y es que, como bien afirma este autor no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», RAP 151, 2000. p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?», en libro col. Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

4. L. MARTÍN-RETORTILLO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, P. 100. Como dice, el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad.

En consecuencia, las propias Directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación *secundum directivam*.⁵ De esta forma, en las mismas Directivas –y en la interpretación de que ellas hace el TJCE– se encuentra el mecanismo para dar solución a los (no tan) hipotéticos conflictos entre el resultado a alcanzar, fijado por la Directiva, y los medios y la forma para ello, seleccionados por los Estados miembros.

La contratación a través de entes instrumentales propios. Su justificación

Es ya suficientemente conocido al alcance que debe darse al concepto de poder adjudicador, debiendo necesariamente realizar una interpretación subjetivo-funcional, tal y como ha puesto de relieve en las Sentencias del TJCE de 15 de mayo de 2003, 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005, en las que se condena al Reino de España, entre otros, por este motivo.⁶

Y es en relación a esta cuestión del ámbito subjetivo donde debe el tema de los denominados servicios *in house providing*, por los que una Administración encarga la prestación a un ente instrumental, vinculado al ente contratante, sin aplicar la legislación contractual.⁷ Situación habitual en el Derecho Administrativo que, como bien destaca Sosa Wagner, se fundamenta en la capacidad autoorganizativa de las Administraciones Públicas con el fin de obtener una mayor eficiencia en los procedimientos de contratación.⁸ La solución a esta cuestión, debe abordarse, necesariamente, desde la óptica del derecho comunitario –rechazando las interpretaciones legales que llevaran a una solución contraria a normativa comunitaria–.

Problemática que encuentra su origen en el artículo 1 c) de la Directiva 92/50, de servicios, y en su artículo 6 al declarar respectivamente, que se considerará «prestador de servicios» cualquier persona física o jurídica que ofrezca servicios, «incluidos los organismos públicos», pero que quedan excluidos de su ámbito

5. Compartimos en este punto la opinión de ORDOÑEZ SOLÍS, a tenor de la cual, la obligación de interpretar las normas nacionales de ejecución *secundum directivam comunitariam* favorece la naturaleza y la finalidad de estas peculiares normas comunitarias, que sólo dejan en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. «La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho Comunitario europeo», *Boletín informativo del Ministerio de Justicia* núm. 1921, julio de 2002, p. 2354.

6. Sobre esta cuestión me remito, lógicamente a mi trabajo *La nueva contratación pública...*, ob. Cit., pp. 77-126 y la doctrina allí citada.

7. Vid. El excelente trabajo de P. DELVOLLE «Marches publics: les critères des contrats maison», *Revue du Droit de l'Union Européenne* núm. 1 de 2002, pp. 53 a 60. También J.M. PEYRICAL, «Les contrats de prestation entre collectivités publiques. Réflexions et interrogations», *AJDA* núm. 7/8 de 2000, pp. 581-591. En la doctrina española se ocupa igualmente ORDOÑEZ SOLÍS, *La contratación pública en la Unión Europea...*, ob. Cit., pp. 100-105.

8. SOSA WAGNER, «El empleo de recursos propios por las Administraciones locales», en libro Hom. al prof. S. Martín-Retortillo, *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, 2003, p.1317.

«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 administrativa publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado. Estas disposiciones han permitido entender que los denominados medios propios a los que se realiza encargos de naturaleza contractual estarían al margen de esta normativa». La cuestión amén de resbaladiza –y que no debe confundirse con los contratos de concesión de servicios⁹–, no es modo alguno baladí, y menos si se analiza desde la perspectiva de que, posteriormente, esos medios propios no suelen aplicar las reglas de contratación pública.

Pues bien, la cuestión, ha tenido respuesta en la jurisprudencia del TJCE, quien analiza ya esta posibilidad en la sentencia de 18 de noviembre de 1998 (BFI),¹⁰ admitiéndose en la sentencia Teckal, (a la que se alude en los apartados 38 y 39 de la STJCE de 13 de enero de 2005)¹¹ dictada por la Sala Quinta del TJCE con fecha 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, tramitado como consecuencia de la petición dirigida al TJCE por el Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna (Italia), destinada a obtener, en el litigio pendiente en ese órgano entre Teckal Srl, de una parte, y Comune di Viano y Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 6 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. En esta relevante sentencia, el TJCE declaró lo siguiente:

“46. El municipio de Viano, como ente territorial, es una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/36. Por consiguiente, corresponde al Juez nacional verificar si la relación entre dicho municipio y la AGAC reúne también los demás requisitos exigidos por la Directiva 93/36 para constituir un contrato público de suministro.

47. Así será, con arreglo al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, si se trata de un contrato celebrado por escrito a título oneroso que tiene por objeto, en particular, la compra de productos.

48. Consta en el caso de autos que la AGAC suministra productos, a saber, combustible, al municipio de Viano mediante pago de un precio.

49. Por lo que se refiere a la existencia de un contrato, el Juez nacional debe verificar si ha existido un convenio entre dos personas distintas.

9. Vid, GIMENO FELIU, La nueva contratación..., ob cit., pp. 151-161.

10. En cuanto a su concreto alcance, por todos, puede verse las observaciones formuladas por M. FUERTES en su trabajo «Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», REALA núm. 279, 1999pp. 31 y ss.

11. Sobre la evolución jurisprudencial en este asunto resulta de interés el trabajo de LECUYER-THIEFFRY c. Y THIEFFRY P., «Les prestataires effectués in house sans mise en concurrence: les évolutions en cours», AJDA 17,2005, pp. 927-933.

50. A este respecto, conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, 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.

51. Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial que la Directiva 93/63 es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora».

Doctrina que se confirma en la sentencia de 7 de diciembre de 2000, «ARGE», (y en la más reciente de 10 de noviembre de 2005, Comisión Contra República de Austria) al afirmar que los organismos públicos pueden ser adjudicatarios de contratos públicos regulados por las Directivas, sin que ello implique, en principio, infracción del principio de igualdad de todos los licitadores: «El mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a tales organismos no constituye ni una discriminación encubierta ni una restricción contraria al artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación)».

En todo caso, la Sentencia clave en este asunto es, sin duda, como recuerda la Sentencia ARGE, la de 18 de noviembre de 1999 («Teckal»), pues, aunque el supuesto analizado se refiere a un contrato de suministros, su doctrina se puede extender al resto de la contratación pública, admitiendo el concepto *in house providing* en los supuestos en que exista sobre el ente un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios y realice su actividad esencial para quien le controla.¹²

En resumen, esta Sentencia (en cuestión prejudicial sobre la base del actual 234 TCE) —en la que se falla la obligación de aplicar las Directivas de contratos públicos cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora—, analiza la relación jurídica que une a un ayuntamiento italiano (Comune di Viano) con una mancomunidad de la que es partícipe y cuyo objeto es el suministro de combustible de

12. Comenta esta Sentencia en la doctrina italiana C. ALBERTI «Appalti in house, concessión in house ed esternalizzazione», Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario núm. 3-4, 2001, pp. 495 y ss. Esta jurisprudencia ha sido confirmada por la STJCE de 8 de mayo de 2003 en el caso de TRAGSA, considerando que los encargos a esta empresa estatal que realiza el Estado serían servicios *in house*. Al respecto puede consultarse el libro de AMOEDO SOUTO, *TRAGSA, Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 102-108.

cafección a los edificios municipales, y en la que una empresa privada con idéntica actividad pretende que se declare, como así se concluye por el Tribunal, que dicha relación es un contrato de suministros cuya adjudicación debe producirse mediante los procedimientos competitivos previstos en la Directiva. En esta Sentencia se opta, como destaca Serrano Chamizo, por un concepto funcional de «contrato» y de «contratista» (análogos al concepto funcional de «poder adjudicador» del que ya se ha dado cuenta en este trabajo), siendo irrelevantes la tipología jurídica del suministrador y, por supuesto, la denominación que las partes o el derecho nacional den al negocio. De ahí que, por no aplicar las reglas de las Directivas de contratación Pública, se condene a la República Italiana.

En todo caso, y aquí radica su importancia, si bien es cierto que la Sentencia no aplica la cláusula del artículo 6 del la Directiva 92/50, pues aunque el litigio versaba, insisto sobre un contrato mixto de servicios y suministro se calificó como de suministro atendiendo al dato de que el valor de los productos era superior al de los servicios a que se refiere el contrato, y en la Directiva 93/36 no hay un precepto similar u homólogo, el fallo (en relación o conexión a su considerando número 50) viene a excluir del ámbito de las Directivas los contratos *in house providing* siempre y cuando concurren necesariamente los dos requisitos, acumulativo, que a continuación desarrollamos y que deberán, caso por caso, ser analizados por el Juez nacional:¹³ «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*» (cursiva nuestra).¹⁴

De los requisitos para considerar correcta la técnica del encargo a un ente propio. La jurisprudencia del TJCE

De lo descrito se deduce que la jurisprudencia comunitaria exige para que sea entender que estamos en presencia de un *servicio in house providing* los siguientes requisitos de carácter acumulativo.¹⁵

13. Para dicha labor pueden resultar especialmente útiles las Conclusiones del Abogado General en el citado asunto «ARGE». Para un análisis de la relación de los contratos «in house providing» con el concepto comunitario de «concesión», me remito a lo que se dice en este trabajo más adelante.

14. Vid. P. DELVOLLE, «Marches publics...», ob. Cit., pp. 53 y J. ARNOULD, «Les contrats des concessions, de privatisation et de services in house au regard des règles communautaires», RFDA núm. 1, 2001, pp. 12-13. Comenta también estos requisitos SERRANO CHAMIZO, J., en la ponencia «Los contratos entre Administraciones Públicas: la perspectiva del Derecho Comunitario», presentada en el Seminario celebrado en Vitoria el 23 de mayo de 2002, pp. 6 a 12 del texto mecanografiado. Igualmente AMOEDO SOUTO, TRAGSA, Medios..., ob. Cit., pp. 103-105.

15. En cuestión prejudicial presentada por la República de Italia las conclusiones de la Abogado General CHRISTINE STIX-HACKL presentadas el 12 de enero de 2006 -Asunto C-340/04, Carbotermo Spa y Consorzio Alisei contra Comune di Busto Arsizio parte coadyuvante: A.G.E.S.I., sobre el alcance de qué requisitos debe cumplir la adjudicación de un

En primer requisito que se exige es que el encargo debe formalizarse entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente distinta de ella pero sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, de tal modo que el proveedor no tiene, frente al poder adjudicador, auténtica autonomía desde el punto de vista decisorio, por lo que no existiría una voluntad contractual.¹⁶ El criterio del «control análogo al ejercido sobre sus propios servicios» implica una dependencia estructural y un control efectivo de manera que las tareas que se encomiendan al ente instrumental no se gestionarían de modo distinto si los hubiera acometido el propio ente dominante. A este respecto, conviene advertir que la titularidad o propiedad mayoritaria del ente instrumental no es suficiente para justificar la existencia de dicho control, lo que supone que no es correcta la regla de que las empresas públicas son medios propios de la Administración matriz pues, como destaca P. Delvolve la influencia dominante debe traducirse en

contrato público para ser considerada lo que se denomina adjudicación *cuasi* interna y, de este modo, no quedar comprendida en la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro. Se trata, pues, de un nuevo procedimiento relativo a la interpretación y aplicación de los criterios desarrollados en la sentencia dictada en el asunto Teckaly precisados con más detalle –cuando menos parcialmente– en la sentencia dictada en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau – son: La Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la adjudicación directa de un contrato público en un procedimiento como el del litigio principal únicamente cuando se cumplen los siguientes requisitos:

En primer lugar, el ente territorial deberá ejercer sobre el otro ente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. A tal respecto, el juez nacional deberá examinar las siguientes circunstancias:

- los intereses de los titulares de participaciones;
- la transformación de la «azienda municipalizzata» en una sociedad anónima;
- la apertura de la sociedad a capital ajeno, no prevista con carácter obligatorio y tampoco verificada;
- la posibilidad de que AGESP establezca sucursales incluso en el extranjero;
- el alcance de la posibilidad de influir en el nombramiento del consejo de administración y en la gestión;
- las facultades del consejo de administración de AGESP, y
- la circunstancia de que el municipio participa indirectamente en el capital de AGESP a través de AGESP Holding.

En segundo lugar, esta entidad deberá, al mismo tiempo, realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes territoriales que posea o posean sus participaciones sociales. A tal respecto, el juez nacional deberá tener en cuenta las circunstancias mencionadas en los puntos 76 a 115, para lo cual deberán tomarse en consideración también los ingresos procedentes de actividades realizadas con los titulares de participaciones, pero no ha de aplicarse el criterio del 80 % previsto en el artículo 13 de la Directiva 93/38.

16. Por no concurrir este requisito se admite como válida la opción de adjudicar en un proceso de licitación a una empresa mercantil pública que no se configura como medio propio. Es el caso analizado en la Sentencia Concordia de 17 de septiembre de 2002. Al respecto puede consultarse S. ORTIZ VALMONTE, «Ambito subjetivo de aplicación de la Ley y de las Directivas comunitarias de contratación públicas», en libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 1511-1514.

la práctica en absoluta dominación a la hora de la determinación de voluntades, por lo que no existiría un auténtico contrato (sería, en suma, un autocontrato). Como advierte este autor, el concepto de la influencia dominante no es sinónimo del concepto de control análogo, por lo que, en modo alguno, pueden ser consideradas con carácter general las empresas públicas como supuestos de *in house providing*.¹⁷ En todo caso, 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.¹⁸

Una matización a este requisito –que afecta directamente a nuestro artículo 156 LCAP– es introducido por la STJCE de 11 de enero de 2005 (Stadt Halle) al afirmar que «En el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52, con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva». Es decir, la participación privada en un ente público rompe el criterio exigido en las Sentencias TECKAL y ARGE y en modo alguno puede entenderse que estas empresas con participación privada puedan ser medios propios, por lo que los encargos deben ser necesariamente objeto de licitación.

El segundo requisito que se debe exigir para admitir la existencia de *in house providing* es que la entidad proveedora debe realizar –necesariamente– la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan. O sea, se debe realizar por ésta la actividad en provecho de quien le realiza en encargo o encomienda. El requisito de que el ente instrumental realice con la entidad que lo controla la parte esencial de su actividad económica es ciertamente coherente si se considera que todo el concepto gira en torno a la falta de autonomía contractual de dicho ente controlado. En efecto, si la exención del ámbito de la contratación pública se basa en que el contrato «*in house*» no es sino una forma de «autoprovisión» por parte de la entidad adjudicadora, tal exención pierde su sentido si el ente instrumental se dedica a proveer también a otros operadores públicos y privados como cualquier otro agente del mercado.¹⁹ Dicho de otro modo, esta ac-

17. P. DELVOLVE, «Marchés publics...», ob. Cit., pp 54-55. Por el contrario, entre Departamentos distintos pero de la misma Administración, de existir relación vertical y no horizontal, no hay problemas para, mediante protocolos, se puedan solicitar dichos encargos de prestación sin tener que someterse a la normativa de contratación pública.

18. Vid. SERRANO CHAMIZO en la ponencia «Los contratos entre Administraciones Públicas: la perspectiva del Derecho Comunitario», ob. Cit., p. 11. Como destaca este autor, no obstante, podría darse el caso de que la titularidad o propiedad mayoritaria no implicaran necesariamente el control de la gestión, y que ésta correspondiera a titulares minoritarios o incluso a personas jurídicas no titulares (porque ocupan puestos directivos que les permiten fijar la orientación económica del ente, p.ej.). Sin embargo, parece claro que tal situación debiera ser, en general, subsidiaria del criterio de la titularidad mayoritaria y su existencia ser claramente probada.

19. P. DELVOLVE, «Marchés publics...», ob. Cit., pp 57.

tuación revelaría que ese ente es algo más que un medio propio con personalidad diferenciada por lo que deberían aplicarse las Directivas Comunitarias.²⁰

Un supuesto complicado, como advierte Serrano Chamizo, será cuando a un único ente instrumental le corresponden varias entidades dominantes, todas y cada una de las cuales pretenden tener sobre él un control análogo al que tiene sobre sus propios servicios, dándose además la circunstancia de que lo esencial de su actividad económica se realiza para dichas entidades.²¹ Es claro que en este caso el criterio de la titularidad mayoritaria es insuficiente: ¿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? En general, parece difícil aceptarlo, sobre todo en el caso de las sociedades mercantiles. ¿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»? Es en estos casos (pero no sólo en ellos) donde son especialmente eficaces 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, de elaborar ofertas «ad hoc» para cada adquirente y de efectuar verdaderas negociaciones con base en ellas, de ejecutar las prestaciones contratadas con la misma autonomía que los demás operadores económicos del mercado, etc. 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, p.ej.) la posibilidad de integrarse en consorcios o sociedades mercantiles participadas para facilitar la gestión de sus actividades.²²

En conclusión, esta jurisprudencia, que expresamente se contiene el Código Francés de los Contratos Públicos de 7 de marzo de 2001, en su artículo 2 y que se recoge en el artículo 19 bis de Propuesta de Directiva (tras las enmiendas introducidas en primera lectura –DOCE de 27 de agosto de 2002–, aun de forma más restrictiva, al exigir que los encargos se ejecuten en su totalidad a favor del ente dominante), nos advierte de que, cuando concurren estas notas podrá admitirse la hipótesis de que no existe relación contractual entre ambos entes, en la medida en que no existe el elemento esencial del contrato, como es libre confluencia de dos voluntades diferenciadas que persiguen la satisfacción de intereses jurídicos y económicos distintos (en la práctica supone que no hay contrato).²³ Y ello se jus-

20. Así lo entiende el *Conseil d'État* en Francia en su Arret de 27 de julio de 2001, en relación a la conformidad con la Directiva 93/36, de suministro, al considerar que la UGAP, establecimiento público de carácter industrial y comercial no tiene la condición de medio propio al no existir ni la nota del control análogo y al no ser el Estado el principal ente que le realiza encargos.

21. La sentencia «Teckal» admite la posibilidad de la existencia de varios entes dominantes para el mismo ente instrumental (apartado 50).

22. En sus Conclusiones Generales el abogado General del caso «Teckal» estima muy improbable que un Ayuntamiento que participa con el 0,9% en una Mancomunidad con otros 44 municipios pueda tener sobre ésta un control análogo al que tiene sobre sus propios medios.

23. Así lo explica P. DELVOLLE recordando que la dependencia debe ser estructural y el

tificaría 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.²⁴ Nos encontramos, debe insistirse, ante simples opciones de organización en las que. Como afirma Sosa Wagner, el ente instrumental no puede negarse ya que el reconocimiento de personalidad jurídica lo es sólo a efectos auxiliares o instrumentales, sin que en modo alguno ostenten condición de tercero.²⁵

En todo caso, y admitida la posibilidad de que una empresa pueda realizar encargos directos por parte de la Administración matriz, sin que estos se sometan, por tanto, a las reglas de contratación pública (que, entiendo deberían sustanciarse mediante protocolos y no mediante convenios, pues la naturaleza de estos parece exigir libertad de decisión de ambas partes, lo que no sucede, como hemos visto, en los encargos a medios propios)²⁶ debe llamarse la atención que el ente encargado deberá aplicar las normas de contratación pública al concurrir en él las notas que permiten calificarlo como poder adjudicador. Es decir, la utilización de los servicios *in house providing* no pueden servir como mecanismo de escape de las reglas de contratación pública pues se concibe como una especialidad organizativa pensada exclusivamente para obtener una mayor eficacia.²⁷ Así lo entiende, por lo demás, el ordenamiento francés, en el artículo 3 del referido Código de Contratos Públicos de 7 de marzo de 2001, al obligar a los entes con encargos a aplicar la normativa contenida en dicho Código.²⁸ Y en este contexto debe entenderse la refor-

control efectivo de tal manera que no existe entre ellos un contrato. «Marches publics...», ob. Cit. P. 53. También SERRANO CHAMIZO, J., «Los contratos entre Administraciones Públicas: la perspectiva del Derecho...», ob. Cit., p. 10

24. En este sentido, al interpretar los conceptos de ejecución de obras por la propia Administración y de fabricación de bienes muebles por parte de la Administración, se posiciona A. HUERGO, que defiende esta posibilidad de *in house* al no tener estas empresas instrumentales la consideración de terceros. «La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones públicas», RAP 154, 2002, p. 163.

25. SOSA WAGNER, *El contrato público de suministro*, Civitas, Madrid, 2003, p. 105.

26. En esta línea, sobre la doctrina del TJCE comentada, también E. CARBONELL PORRAS denunciaba la incorrección de esta práctica del convenio con entes instrumentales de naturaleza privada. «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?», en libro col. Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, pp. 390-391.

27. Como destaca J. ARNOULD, «Les contrats des concessions, de privatisation..., ob. Cit.», p.12, las Administraciones son libres de organizarse monolíticamente o en entidades autónomas, si bien ello no supone por sí la inaplicación de las reglas de contratación pública

28. Previsión que, en parte es positiva, pero que deja los supuestos por debajo de esos umbrales fuera de la LCAP, lo que no parece correcto pues deberían, en todo caso, aplicarse los principios que contienen las Directivas, lo que en la práctica supondría la aplicación de los mismos procedimientos. En todo caso, como advierte el artículo 19 bis de la Propuesta de Directiva de contratos públicos, en los supuestos en que la entidad a la que se le encarga al prestación no tuviera la condición de poder adjudicador, deberán prever-

ma efectuada por en el artículo 87 de la Ley 53/2002, de Acompañamiento, al declarar que TRAGSA y sus filiales, en los encargos que superen los umbrales de la Directivas deben aplicar las reglas de la LCAP, lo que demuestra que, aun cuando pueda ser considerado medio propio, ella misma tiene la condición de poder adjudicador y deberá aplicar la LCAP.²⁹

se por el Estado en cuestión las medidas necesarias para que al entidad, para cubrir sus propias necesidades, aplique las normas de adjudicación de los contratos públicos (previsión en línea con la doctrina de la STJCE del 2 de julio de 2001).

29. En esta misma línea, ya conforme a las prescripciones comunitarias, puede destacarse la regulación que la Disposición Adicional 10 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas efectúa en relación a la empresa pública Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, Sociedad Anónima (SEGIPSA), cuyo capital social deberá ser de titularidad pública, tendrá la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado y sus organismos y entidades de derecho público para la gestión, administración, explotación, mantenimiento y conservación, vigilancia, investigación, inventario, regularización, mejora y optimización, valoración, tasación, adquisición y enajenación de los bienes y derechos integrantes o susceptibles de integración en el Patrimonio del Estado o en otros patrimonios públicos, así como para la construcción y reforma de inmuebles patrimoniales o de uso administrativo. En virtud de dicho carácter, SEGIPSA estará obligada a realizar los trabajos, servicios, estudios, proyectos, asistencias técnicas, obras y cuantas actuaciones le encomiende directamente la Administración General del Estado y sus organismos y entidades de derecho público, en la forma establecida en la presente disposición. La actuación de SEGIPSA no podrá suponer el ejercicio de potestades administrativas.

«3. La encomienda o encargo, que en su otorgamiento y ejecución se regirá exclusivamente por lo establecido en esta disposición, establecerá la forma, términos y condiciones de realización de los trabajos, que se efectuarán por SEGIPSA con libertad de pactos y sujeción al Derecho privado, se podrá prever en dicha encomienda que SEGIPSA actúe en nombre y por cuenta de quien le efectúe el encargo que, en todo momento, podrá supervisar la correcta realización del objeto de la encomienda. Cuando tenga por objeto la enajenación de bienes, la encomienda determinará la forma de adjudicación del contrato, y podrá permitir la adjudicación directa en los casos previstos en esta ley. En caso de que su otorgamiento corresponda a un órgano que no sea el Ministro de Hacienda, requerirá el previo informe favorable del Director General del Patrimonio del Estado.

4. El importe a pagar por los trabajos, servicios, estudios, proyectos y demás actuaciones realizadas por medio de SEGIPSA se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas que hayan sido aprobadas por resolución del Subsecretario de Hacienda, a propuesta de la Dirección General de Patrimonio del Estado. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización. La compensación que proceda en los casos en los que no exista tarifa se establecerá, asimismo, por resolución del Subsecretario de Hacienda.

El pago, que tendrá la consideración de inversión, se efectuará previa certificación de conformidad expedida por el órgano que hubiera encomendado los trabajos.

5. Respecto de las materias señaladas en el apartado 1 de esta disposición adicional, SEGIPSA no podrá participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por la Administración, organismos o entidades de las que sea medio propio. No obstante, cuando no concurra ningún licitador, podrá encargarse a SEGIPSA la actividad objeto de licitación pública.

6. Los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios que SEGIP-

Valoración de las consecuencias de esta jurisprudencia en el ordenamiento español

Conviene valorar el alcance de esta jurisprudencia en clave nacional, recordando que esta doctrina ha sido aplicada, como se ha dicho, por la STJCE de 8 de mayo de 2003 –recordando la jurisprudencia del caso Teckal y Arge ya comentados– para el supuesto de una filial de TRASGSA, a la que la Sentencia considera un medio propio y da por correcta su relación con la Administración del Estado.

«El Reino de España se opone a la tesis según la cual las empresas públicas encargadas de realizar los trabajos son servicios de la Administración. Aunque su capital sea público, las empresas que participaron (Tragsa) o que participan (Tecnologías y servicios agrarios, S.A.; en lo sucesivo, «Tragsatec») en los trabajos de implantación del registro oleícola son sociedades anónimas cuyo funcionamiento se rige por normas de Derecho Privado, en concreto, de Derecho Mercantil. Así, están sometidas a la Ley de Sociedades Anónimas. Es evidente que los criterios que fija el artículo 3, apartado 5, del Reglamento n. 154/75 únicamente excluyen los costes de gestión y de control de los trabajos que emprenda el personal de las unidades correspondientes de las administraciones públicas de un Estado miembro. Dichos criterios no pueden utilizarse en ningún caso para excluir los gastos de ejecución material de una obra o de un trabajo encargado a una sociedad anónima de carácter mercantil, con personalidad jurídica propia, cuyo funcionamiento se financia enteramente con cargo a sus beneficios.

183. La Comisión alega que la normativa comunitaria no prevé la financiación de un beneficio empresarial del 10 % del importe contractual de los trabajos de implantación y, por tanto, el FEOGA no puede financiarlo. La existencia y la declaración como gasto de dicho beneficio son tanto más irregulares si se tiene en cuenta, en particular, que se trata de una empresa pública. Con arreglo al ordenamiento jurídico español, Tragsa es un servicio técnico propio de las administraciones estatal y autonómicas españolas y constituye, por tanto, una Administración pública. Los trabajos del registro oleícola que efectuó esta entidad, o su filial Tragsatec, deben considerarse, por tanto, efectuados por los propios servicios del Estado y, en consecuencia, resulta plenamente aplicable el artículo 3, apartado 5, del Reglamento n. 154/75.

ii) Apreciación del Tribunal de Justicia

SA deba concertar para la ejecución de las actividades que se expresan en el apartado 1 de esta disposición adicional, quedarán sujetas a las prescripciones del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, relativas a publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, siempre que la cuantía de los contratos iguale o supere las cantidades fijadas en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2 de dicha ley.

El Ministro de Hacienda resolverá las reclamaciones que se formulen contra los actos de preparación y adjudicación de estos contratos, adoptará las medidas cautelares que procedan y fijará, en su caso, las indemnizaciones pertinentes, y sus resoluciones podrán ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con el artículo 2, párrafo b, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.»

184. El artículo 3, apartado 5, párrafo primero, del Reglamento n. 154/75 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 los que los ejecuten.

185. En consecuencia, si se demuestra que actúa en realidad como servicio de la administración pública española, la negativa a financiar el beneficio del adjudicatario estará justificada.

186. Procede recordar al respecto que Tragsa, pese a estar constituida en forma de sociedad anónima sujeta a las normas de Derecho privado,

– está considerada, según el artículo 88 de la Ley española n. 66/97, de 30 de diciembre de 1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE n. 313, de 31 de diciembre de 1997, p. 39589), que 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 misma disposición nacional, está «obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o 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.

187. 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 artículo 3, apartado 5, párrafo primero, del Reglamento n. 154/75.»

Se constata, pues, que la citada doctrina *in house providing* ya ha sido aplicada al ordenamiento español y debe ser así extendida en las decisiones diarias prácticas.³⁰ Entes instrumentales propios a los que se les puede efectuar encargos

30. La Ley Canaria 4/2001, de 6 de julio de 2001 incorpora esta técnica mediante la Disposición adicional segunda. *De la ejecución directa de obras, servicios, suministros y demás actividades a través de sociedades públicas.*

«1. Las empresas públicas de la Comunidad Autónoma de Canarias previstas en el artículo 5.1 a) de la Ley territorial 7/1 984, de 11 de diciembre de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, cuyo capital sea íntegramente de titularidad pública, tendrán la consideración de medio instrumental y servicio técnico propio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y de las entidades públicas vinculadas o dependientes de la misma, a los efectos de la ejecución de las obras, trabajos, asistencias técnicas y prestación de servicios que se les encomienden por aquéllas, cuando se les reconozca tal condición por decreto del Gobierno de Canarias, a propuesta conjunta del consejero de Economía, Hacienda y Comercio y del titular del departamento al que se encuentre adscrita la respectiva empresa pública. En los supuestos previstos en el párrafo anterior la Administración Pública de la

o encomiendas pero que, por vocación, les resultará de directa aplicación lo dispuesto en el vigente artículo 2.1 de la vigente LCAP.

Para intentar regular esta técnica autoorganizativa se ha procedido a la reforma al artículo 3.1.1) LCAP mediante el Real Decreto-Ley 5/2005, aunque, en mi opinión, no de forma totalmente correcta.³¹

Comunidad Autónoma de Canarias y las entidades públicas vinculadas o dependientes de la misma, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán encomendar a dichas empresas públicas la ejecución de cualquiera de las actividades reseñadas que precisen para el ejercicio de sus respectivas competencias y funciones, así como las que resulten complementarias o accesorias de las mismas, siempre en el ámbito del respectivo objeto social de dichas empresas, y sin más limitaciones que las que vengan establecidas por la normativa estatal básica en materia de contratación de las Administraciones Públicas y por la normativa comunitaria europea directamente aplicable.

Dichas obras, trabajos y actividades encomendadas se considerarán ejecutadas por la propia Administración.

La encomienda de dichas actividades no podrá implicar, en ningún caso, la atribución a las sociedades públicas de potestades, funciones o facultades sujetas a Derecho Administrativo propias de la Administración.

2. La contratación que se realice por las empresas públicas con terceros a los efectos en el marco de la ejecución de las obras, trabajos y actividades encomendadas, previstos en el apartado anterior, se someterá a los mismos criterios contenidos en la legislación de contratación de las Administraciones Públicas en lo concerniente a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación.

Asimismo, en los supuestos en que la ejecución de obras o la fabricación de bienes muebles por las empresas públicas, en los términos previstos en el apartado anterior, se verifique con la colaboración de empresarios particulares, será de aplicación lo establecido, para dichos contratos de colaboración en los artículos 1 52, apartados 1 y 3, y 1 94, apartados 1 y 2, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 1 6 de junio.

3. Las relaciones entre la Administración Pública de la Comunidad Autónoma o de las entidades públicas vinculadas o dependientes de la misma y las empresas públicas, en los supuestos previstos en el apartado 1, se regularán mediante los correspondientes convenios, que deberán ser autorizados por el titular del departamento al que esté adscrita la respectiva empresa pública, previo informe de la Dirección General del Servicio Jurídico y de la Intervención General.

La realización de los encargos de actuaciones específicas que se acometan al amparo de los convenios a que hace referencia el párrafo anterior deberá venir precedida de los preceptivos trámites técnicos, jurídicos, presupuestarios y de control y aprobación del gasto. La comunicación del encargo de una actuación específica supondrá, para la sociedad pública, la orden para iniciarla, viniendo obligada a su ejecución»

Se constata que la propia Ley hace referencia al derecho comunitario, lo que busca o pretende una adecuada interpretación de esta técnica conforme a la jurisprudencia del TJCE citada.

31. No comparto la posición de A. HUERGO de haber incluido este apartado l) como un inciso de la letra c) ya que, como se constata, convenios y servicios *in house* son técnicas distintas y su separación aporta claridad. Si hay un servicio con medios propios no puede instrumentarse mediante convenio ya que su fundamento dogmático son evidentemente, distintos. «El Derecho español de los contratos públicos y el Derecho comunitario», REDA 126, 2005, p 241.

De esta redacción, como advierte la Instrucción de los Servicios Jurídicos del Estado núm. 2/2005, de 21 de julio, sobre el régimen 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, y aunque no parecen recogerse expresamente los requisitos a los que hace referencia las citadas Sentencias TJCE (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 encomendada), se considera imprescindible que concurren en todo caso para poder considerar que las encomiendas de gestión a que se refiere ese precepto quedan excluidas de la aplicación de la LCAP, lo que no sería posible, de acuerdo con esa doctrina jurisprudencial, en los supuestos en que faltara cualquiera de esos requisitos.

En conclusión, ante estos pronunciamientos del TJCE y puesto que la interpretación de las modificaciones introducidas en materia de contratación de las Administraciones públicas por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo—entre ellas, la del artículo 3.1.l) de la LCAP— ha de tener como referente necesario la doctrina sentada por dicho Tribunal (el citado Real Decreto-Ley se promulga con objeto de dar cumplimiento a la sentencia del propio TJCE de 13 de enero de 2005 en la que expresamente se recoge la doctrina de la sentencia Teckal), no cabe dar primacía a una interpretación literalista del artículo 3.1.l) de la LCAP y, por tanto, a la conclusión a que la misma conduce sobre el criterio sentado por el repetido Tribunal.

Debe, pues, concluirse en la admisibilidad de encargos a que se refiere el artículo 3.1.l) del TRLCAP a una entidad cuyo capital sea exclusivamente público, aunque pertenezca, directa o indirectamente, a dos o más Administraciones públicas, siempre que concurren las restantes condiciones exigidas por la propia jurisprudencia del TJCE (que la parte esencial de la actividad que realice la entidad que recibe la encomienda se haga para las Administraciones públicas partícipes en el capital de dicha entidad y que, como exigencia implícita de lo dicho, no haya participación, aunque sea minoritaria, de capital privado).³²

Lo que no resulta posible, ya con nuestra normativa propia, defender que una sociedad estatal puede ser medio propio de una Comunidad Autónoma—aunque se afirmase así por norma legal, como sucede, por ejemplo, con la Ley 11/1999, de Cantabria de 27 de diciembre—³³ al no cumplirse en los encargos que pretendie-

32. Así lo entiende y explicita la citada Instrucción 2/2005, de los Servicios Jurídicos del Estado. Esta interpretación derivada de al STJCE de 15 de enero de 2005 obliga a reinterpretar normas autonómicas en los que se prevea como suficiente una participación mayoritaria (como sucede, por ejemplo, con la Disposición Adicional del Decreto Foral 150/2003, de 23 de junio).

33. La Disposición adicional segunda de la citada Ley afirma: *Trabajos realizados por la «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA).*

1. A todos los efectos establecidos en el artículo 88 de la Ley 66/1 997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la «Empresa de Trans-

ra realizar ésta, los requisitos citados.³⁴ Afirmación que encuentra su aval en las recientes aplicaciones de medidas de corrección financiera por las instituciones comunitarias como consecuencia a esta práctica en España. Y es que ¿acaso una Comunidad Autónoma podría impedir la realización de obras o servicios por TRAGSA o sus filiales en su territorio cuando éstas acatan una orden del Ministerio competente? Es obvio que la respuesta negativa desmonta por sí sólo la posible intención de considerar a este holding empresarial del Estado como propio de las demás Administraciones territoriales al no concurrir ninguno de los requisitos que el TJCE exige para considerar correcta esta técnica. Por ello, los numerosos convenios entre TRAGSA y sus filiales con otras Administraciones territoriales carecen de soporte jurídico desde una óptica comunitaria, siendo el claro ejemplo de la hiperinflación de la modicidad del convenio, objeto de reproche en toda regla por la STJCE de 13 de enero de 2005, de Condena al Reino de España.³⁵ Por ello, esta práctica, contraria al principio de libre competencia debe ser objeto de corrección. En la citada Sentencia se afirma claramente que:

formación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), y sus filiales, es un medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, considerándose, por tanto, la realización de los trabajos de su objeto social establecidos en el artículo 88.3 de la Ley 66/1997, que a título obligatorio realice la empresa o sus filiales, en el territorio de la Comunidad Autónoma por orden de ésta, a los efectos prevenidos en la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, como ejecutados directamente por la Administración de la Comunidad Autónoma con sus propios medios.

2. La tramitación de los correspondientes expedientes de gasto se ajustarán a los procedimientos y régimen de ejecución establecidos en la referida Ley 13/1995, para los realizados directamente por la Administración con sus propios medios.

3. Corresponderá al titular de cada Consejería, la encomienda de los trabajos, sin perjuicio de la autorización del Gobierno de Cantabria, cuando así esté previsto en la normativa vigente.

34. Posición que, por ejemplo, no comparta SOSA WAGNER, al considerar que TRAGSA puede ser medio propio de las Comunidades Autónomas (afirmación que se refleja en legislación autonómica: por ejemplo la Ley Canaria de 6 de julio de 2001). «Empleo de los recursos propios...», ob. Cit., pp. 1331-1339.

35. Vid. GIMENO FELIU, *La nueva contratación pública...*, ob. Cit., pp. 127-137. Sobre la incorrecta dimensión de la técnica del convenio se pronunció AVILA ORIVE, *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 216. De especial interés resulta también el estudio de de BUSTILLO BOLAÑO, R., *Convenios y contratos administrativos: Transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2004. Un ejemplo claro de lo que supone una quiebra en la aplicación de las Directivas es el artículo 49 de la Ley Aragonesa 26/ 2003, de 30 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas, que establece: «Sin perjuicio del ejercicio de competencias delegadas por las Corporaciones de Derecho Público a que se refiere el artículo 36 del texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, los Departamentos del Gobierno de Aragón podrán suscribir convenios con los Colegios Profesionales y otras Corporaciones de Derecho Público con el fin de fomentar su participación en el ejercicio de las actividades propias de la Administración de la Comunidad Autónoma.

2. Los convenios mencionados en el apartado anterior podrán tener como objeto:

a) Mejorar los cauces de participación de las Corporaciones de Derecho Público en los

«Según las definiciones contenidas en el artículo 1, letra a), de las Directivas 93/36 y 93/37, un contrato público de suministro o de obras supone la existencia de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre, por una parte, un proveedor o un contratista y, por otra, una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de dichas directivas y que tenga por objeto la compra de productos o la ejecución de determinado tipo de obras.

38. Conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, 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 (sentencia Teckal, antes citada, apartado 50).

39. Habida cuenta de la identidad de los elementos constitutivos de la definición de contrato en las Directivas 93/36 y 93/37, a excepción del objeto del contrato considerado, procede aplicar la solución adoptada así en la sentencia Teckal, antes citada, a los acuerdos interadministrativos a los que se aplica la Directiva 93/37.

40. En consecuencia, dado que excluye *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».

En definitiva, la técnica del convenio debe ser interpretada restrictivamente sin que pueda ser utilizada cuando la prestación, como sucede con los convenios del grupo TRAGSA, este comprendida en el ámbito de la aplicación de la directiva.³⁶

Lo que resulta también evidente es que el instrumento para realizar esta encomienda no es el convenio –por tener naturaleza jurídica distinta– y que al misma

procedimientos administrativos que exijan audiencia a los interesados o información pública en general, creando, a esos efectos, órganos y mecanismos específicos de transmisión rápida y eficaz de documentos y otro tipo de información en relación a dichos procedimientos. b) Posibilitar la emisión de informes por las Corporaciones de Derecho Público y sus miembros que faciliten una más eficaz y rápida adopción de decisiones, en su caso, por los órganos activos de la Administración de la Comunidad Autónoma.

3. Los Convenios suscritos se incorporarán a un Registro de Convenios que se llevará en el Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales y estarán sometidos al régimen de publicidad regulado en la legislación básica del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. 4. Cualquier acto, resolución administrativa o decisión de las Corporaciones de Derecho Público afectadas que se fundamente en el contenido de los Convenios suscritos conforme a lo previsto en este artículo deberá hacer mención expresa al mismo.»

36. Denunciaba ya como contraria al derecho comunitario esta práctica E. CARBONELL PORRAS. «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles ...», ob. Cit., 393-394.

es aplicable al margen del umbral de la prestación, tal y como se ha puesto de relieve en la Introducción de este trabajo.³⁷

Por último, y relevante en nuestra práctica, debe recordarse que la empresa mixta en modo alguno puede ser considerada como medio propio por cuanto, como bien ha recordado la STJCE de 10 de noviembre de 2005, la consecución del objetivo que dicha directiva pretende alcanzar, esto es, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, quedaría en entredicho si las entidades adjudicadoras pudieran recurrir a mecanismos dirigidos a enmascarar la adjudicación de contratos públicos de servicios a empresas de economía mixta.³⁸

37. Por ello, entiendo no se ajusta a Derecho, por ejemplo, la previsión del artículo 12 de Ley 14/2003, de 23 de diciembre, de Presupuestos de la CA de Castilla y León, que afirma: «Se autoriza a la Junta de Castilla y León para que formalice Convenios de Colaboración con Empresas Públicas de la Comunidad de Castilla y León y con Entidades Locales, en los que se les encomiende la ejecución y gestión de infraestructuras. Estos Convenios, conforme al texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, quedan excluidos de su ámbito de aplicación.

En los referidos Convenios la Junta de Castilla y León podrá conferir, por sustitución, el encargo de cuantas funciones gestoras correspondan a sus órganos de contratación y adjudicación de las obras, y la atención del servicio de gestión de pagos de las certificaciones que correspondan a las empresas constructoras, contando para ello con la financiación que comprometan las Consejerías, de acuerdo con los planes financieros derivados de estos Convenios.

En los casos previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los procedimientos de contratación derivados del desempeño de las funciones encomendadas en dichos convenios garantizarán la publicidad en la licitación mediante la publicación del correspondiente anuncio en el Boletín Oficial de Castilla y León, sin perjuicio de otras exigencias de publicidad que pudieran ser aplicables. Serán asimismo publicadas las adjudicaciones realizadas en dichos supuestos.»

38. En esta sentencia queda rechazada tal posibilidad. El fundamento, que transcribimos, es claro y contundente: «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 (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 50).

48. 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 competidores (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 51).»