

INFORME 127/07-F, SOBRE VIABILIDAD DE UTILIZAR A LA EMPRESA PÚBLICA TRAGSA Y SUS FILIALES COMO MEDIO PROPIO DEL IFAPA PARA LA REALIZACIÓN DE CONSULTORIAS Y ASISTENCIAS TÉCNICAS Y NORMATIVA APLICABLE.

Habiendo sido solicitado por parte de la Ilma. Presidenta del IFAPA petición de informe sobre el asunto arriba referenciado de acuerdo con lo previsto en el artículo 78. 1 del Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, cúmpleme manifestarle las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Para la mejor comprensión del presente Informe reproducimos literalmente los términos de la consulta

“De acuerdo con lo previsto en el artículo 79 del Decreto 450/2000 de 26 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía, con el objeto de resolver determinadas dudas de interpretación normativa ha estimado conveniente dirigir consulta a ese Gabinete Jurídico con el contenido que se expresa a continuación:

SUPUESTO DE HECHO:

El IFAPA tiene la pretensión de encargar a TRAGASATEC, filial de la Empresa de Transformación Agraria Sociedad Anónima (TRAGSA), de titularidad estatal, la redacción de determinados planes y proyectos que tiene relación con los objetivos de este Organismo y con el objeto social de dicha Sociedad Estatal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 66/1997 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Teniendo en cuenta que por parte de la Intervención Delegada en este Organismo se ha formulado determinadas objeciones que en la práctica hacen imposible recurrir a este mecanismo de gestión, aduciendo que el objeto de los encargos es la realización de consultorías y asistencias técnicas y que del artículo 199 in fine “se deduce que no procede llevarse a cabo por la propia administración la realización de consultorías y asistencias” se ha estimado efectuar consulta sobre las siguientes cuestiones:

1.La viabilidad legal de realizar encargos o encomiendas de gestión por parte del IFAPA, destinados a la realización de consultorías o asistencias técnicas a la Empresa Pública TRAGSA o a sus filiales.

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 1 / 29
 3hamgcYtqhw=			

2. Régimen Jurídico aplicable a esta relación. En concreto, grado de aplicación y alcance de la normativa legal vigente en materia de contratación pública.

A los meros efectos de que por parte de ese Gabinete se conozca la opinión de este Organismo sobre este particular y, sin ánimo de condicionar en modo alguno el contenido del informe solicitado, adjuntamos un informe de nuestro Servicio de Presupuestos y Gestión Económica.

En cuanto a dicho Informe pasamos brevemente a resumir la posición que mantiene dicho Centro Directivo en el mismo:

Respecto a la primera cuestión, considera que *sí se puede encargar a TRAGSA por parte del IFAPA, la realización de consultorías y asistencias, de conformidad con lo establecido en el artículo 88 de la Ley 66/1997 de 30 de diciembre de Medidas fiscales administrativas y de orden social que regula el régimen jurídico de TRAGSA, cuyo apartado 3 b) alude a la “elaboración de estudios, planes, proyectos y cualquier tipo de consultoría y asistencia técnica o formativa en materia agraria, forestal, de desarrollo rural, de protección y mejora del medio ambiente, de acuicultura y pesca y de conservación de la naturaleza, así como para el uso y gestión de los recursos naturales” y cuyo apartado 4 dispone que “TRAGSA como medio propio de la administración, está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomiende la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los Organismos públicos de ellas dependientes, en las materias que constituyen el objeto social de la empresa”.*

Respecto a la segunda concluye *que de admitirse la posibilidad de efectuar encargos de ejecución o encomiendas de gestión a la empresa TRAGSATEC por parte del IFAPA, para la realización de consultorías y asistencias técnicas bajo la premisa de que dicha entidad tiene la consideración de medio propio de este Organismo, el instrumento jurídico para materializar dicho encargo o encomienda sería una resolución de esta Presidencia y la relación jurídica constituida estaría excluida de la aplicación de la Ley de Contratos, como es tesis reiterada de la jurisprudencia europea.*

SEGUNDA.- Con carácter previo, señalar que para estudiar adecuadamente la cuestión suscitada debemos tener en cuenta los siguientes textos legales y jurisprudenciales:

En primer lugar, la normativa comunitaria en materia de contratación pública, en particular las Directivas 92/50/CE, de 18 de junio de 1992, la 97/52 de 13 de octubre, y 2001/78/CE de 13 de septiembre, todas refundidas en 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 suministros y servicios, la 93/36, y la 93/37.

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 2 / 29
 3hamgcYtqhw=			

En segundo lugar la propia jurisprudencia comunitaria que interpreta y define la normativa anterior, y en concreto las STJCE de 18 de noviembre de 1999 (Teckal), la STJCE de 7 de diciembre de 2000 (ARGE) la de 10 de noviembre de 2005 (Comisión contra República de Austria), y la de 11 de mayo de 2006 (Ayuntamiento de Bustio Arsizio), sobre la conformidad a derecho de los contratos in house providing . Las STJCE de 13 de octubre de 2005 (Parking Brixen) y de 11 de enero de 2005, sobre los requisitos de estos contratos para quedar exceptuados de la normativa contractual, entre otras. Y recientemente y por lo que afecta expresamente a la empresa referenciada en la petición de informe la STJCE de 19 de abril de 2007.

Por otra parte debemos acudir al derecho nacional aplicable, y en particular el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (de ahora en adelante TRLCAP), en su artículo 3.1.1), relativo a la encomienda de gestión, en la redacción introducida por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, y los artículos 152,153, 194 y 199, en cuanto a la realización de obras, fabricación de muebles, y servicios por administración

Finalmente la normativa de aplicación a TRAGSA, artículo 88 de la Ley 66/1997 de 30 de diciembre de Medidas fiscales administrativas y de orden social, y el Real Decreto 371/1999 de 5 de marzo por el que se regula su régimen jurídico.

Como antecedentes más inmediatos a esta cuestión deben citarse igualmente el **Informe 1/2006 de 9 de febrero de la Junta Consultiva de Cataluña sobre “el Régimen jurídico de las relaciones onerosas entre la Administración Generalitat de Cataluña y otras entidades del sector público”**, y muy recientemente el **Informe 1/2007, de 8 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 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.”*

TERCERA.- Pues bien entrando ya en el fondo del asunto y analizados los términos de la consulta, se observa que el verdadero trasfondo que se plantea en la misma, no consiste tanto en dilucidar si TRAGSA puede o no realizar consultorías y asistencias, pues está claro que se contempla dentro del objeto social de esta empresa pública, sino en **determinar si el encargo que se realice por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía, o en este caso por sus organismos autónomos, a TRAGSA o su filial TRAGSATEL quedaría al margen de la normativa contractual de conformidad con lo previsto en los artículos 1 y 6 de la Directiva 92/50/CE, de 18 de junio de 1992 y la jurisprudencia comunitaria que lo interpreta.**

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 3 / 29
 3hamgcYtqhw=			

Y ello con independencia de que dicho encargo adopte la forma de encomienda de gestión del artículo 3.1.1) del TRLCAP, o se trate de una ejecución por administración, en los términos previstos en los artículos 152,153, 194 y 199 del TRLCAP, cuestión ésta a la que nos referiremos con posterioridad.

Por tanto, la controversia estriba en analizar **si el encargo del IFAPA, a TRAGSATEL entraría dentro del ámbito de los denominados *contratos in house providing, o domésticos, excluyéndose en consecuencia de la tramitación contractual***, y en este sentido si la Comunidad Autónoma Andaluza y sus organismos autónomos pueden utilizar a TRAGSA o sus filiales como medio instrumental propio.

A estos efectos pues, vamos a referirnos a los siguientes puntos:

- Concepto y requisitos de los contratos domésticos en el ámbito comunitario y su evolución jurisprudencial.
- Regulación en el derecho nacional
- Aplicación de los requisitos de los contratos domésticos a los encargos realizados por la Administración a entes o empresas declaradas medio propio.
- Análisis de la viabilidad legal de realizar encargos o encomiendas de gestión por parte del IFAPA, destinados a la realización de consultorías o asistencias técnicas a la Empresa Pública TRAGSA o a sus filiales, y Régimen Jurídico aplicable a esta relación.

CUARTA.- Concepto y requisitos de los contratos domésticos en el ámbito comunitario y su evolución jurisprudencial.

En el ámbito comunitario, tradicionalmente se ha venido admitiendo la posibilidad de que la Administración, dentro de su potestad de autoorganización, y con el fin de obtener mayor eficiencia en los procedimientos de contratación, acuda a los denominados “*contratos domésticos*”, o en términos de la jurisprudencia y doctrina europea, “*in house providing*”, esto es, aquellos en virtud de los cuales la Administración encarga la prestación a un ente con personalidad jurídica diferenciada y propia, pero vinculado a la misma, sin necesidad de someterse a las reglas de contratación pública.

De ahí que el artículo 6 de la Directiva 92/50/CE, de 18 de junio de 1992, de Servicios excluyera de su ámbito de aplicación “*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*”.

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 4 / 29
 3hamgcYtqhw=			

No obstante, lo cierto es que la proliferación de nuevas personificaciones públicas y en consecuencia de la Administración instrumental, cuyas relaciones contractuales suponían la excepción a los principios que presiden la contratación administrativa de competitividad y libre concurrencia, originó que los empresarios privados comenzaran a exigir ante los Tribunales una mayor concreción de los requisitos necesarios para participar de dicha excepción, en cuanto que aparecían como entes instrumentales sociedades cuyo ámbito de negocios eran mercantil o industrial.

Ello originó que las posteriores Directivas Comunitarias y sobre todo la jurisprudencia se pronunciara expresamente sobre cuáles eran esos poderes adjudicadores, u organismos públicos, a los que se podía aplicar la excepción, y de igual modo cuáles eran los requisitos exigidos para que concurriera dicha excepción.

A este respecto podemos citar varias Sentencias en las que se afirmaba que los Organismos Públicos pueden ser adjudicatarios de contratos públicos regulados por las Directivas, sin que ello implicara infracción del principio de igualdad de los licitadores:

La **Sentencia de 10 de noviembre de 1998**, BFI Holding, se pronunciaba expresamente sobre el concepto de poderes adjudicadores, en un asunto en el que una empresa privada BFI, consideraba que el encargo de gestión y recogida de residuos que los municipios encargaban a una Sociedad anónima creada por los mismos, debía quedar sujeto a la normativa contractual, en cuanto que no se entendía incluido en la excepción prevista en el artículo 6 de la Directiva, al no tener la sociedad municipal carácter de organismo público y por tanto de poder adjudicador previsto en el artículo 1.b) de la Directiva.

El Tribunal define el concepto de organismo público con carácter general, aunque no se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de que se realizaran adjudicaciones directas a sociedades que se consideraban medios propios. Esto es, considera que es organismo de Derecho público todo organismo creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tenga carácter industrial o mercantil, sin perjuicio de que pueda desempeñar otras actividades y resultando asimismo indiferente que una persona jurídica distinta, que forme parte del mismo grupo o konzern que dicho organismo, ejerza actividades mercantiles.

Por su parte la **Sentencia de 18 de noviembre de 1999**, conocida como sentencia **Teckal**, interpreta el alcance del artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE, y se pronunciaba sobre la impugnación de una empresa privada de un contrato suscrito entre un Ayuntamiento y una Azienda consorciales, admitiéndose la posibilidad de su contratación al margen de la normativa contractual siempre que *“el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan”*. Así dice literalmente:

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciaiyempresa/verificafirma/				
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S		FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA	5 / 29
 3hamgcYtqhw=				

“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.”

Esta segunda Sentencia del Tribunal Comunitario marca sin duda alguna un hito fundamental en la definición de los caracteres de los contratos domésticos para que queden exceptuados de la normativa contractual:

1º Que la entidad adjudicadora ejerza un control análogo sobre la adjudicataria al que ejerce sobre sus propios servicios

2º Que la entidad adjudicataria realice la parte esencial de su actividad con el ente que lo controla.

En consecuencia desde 1999 se exigen ambos requisitos para los contratos domésticos. Ahora bien el alcance de esos requisitos se ha ido perfilando igualmente a lo largo de diversa jurisprudencia comunitaria: vid ¹ y ²

1º Control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios:

Este primer requisito ha sido matizado y concretado por la propia jurisprudencia comunitaria, destacándose las siguientes notas:

¹ Vid. “La polémica europea sobre la contratación in house, de los catedráticos Francisco Sosa Wagner y Mercedes Fuertes López”

² Vid. Informe 1/2007, de 8 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón,

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/				
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S		FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA	6 / 29
 3hamgcYtqhw=				

Primero: Participación del Ente Matriz en el capital de la instrumental y que éste sea íntegramente público:

Para que exista un control de la Administración sobre el ente instrumental, es necesario que participe en el capital del ente adjudicatario, pero además dicho capital debe ser íntegramente público, de tal forma que cuando haya participación privada, la relación entre el Ente matriz y el instrumental debe someterse a la normativa contractual. A tal efecto podemos citar las siguientes Sentencias:

Sentencia Halle, de 11 de enero de 2005 (asunto c-26/03). Resuelve esta sentencia las cuestiones prejudiciales que se suscitan en un proceso que tiene como protagonista al Ayuntamiento alemán de Halle y a una de sus sociedades mixtas, Lochau, en la que un empresario privado tiene el 24,9% de las participaciones y el resto pertenecen a una sociedad municipal de responsabilidad limitada, cuyas participaciones son en su integridad de otra sociedad municipal, que a su vez pertenece también íntegramente al Ayuntamiento.

El Tribunal comunitario declaró que debían aplicarse los procedimientos de contratación pública cuando una Administración pretendía negociar con una sociedad mixta en la que también participaba el capital privado. Centró la razón la sentencia en que la participación privada excluía que la Administración pudiera ejercer sobre esa sociedad un control análogo al que ejercía sobre sus propios servicios y organismos. La participación privada en la sociedad mixta suponía, además, la incorporación a los objetivos de la actividad empresarial de intereses privados, intereses muy distintos de los fines de interés general que persigue toda Administración.

Sentencia de 10 de noviembre de 2005 (asunto c-29/04). La misma resuelve el conflicto que se planteó contra diversas actuaciones que había realizado el Ayuntamiento austriaco de Mödling. Este Ayuntamiento había constituido una sociedad íntegramente pública a la que «cedió» la gestión del servicio de eliminación de residuos del Municipio y con la que firmó contratos de arrendamiento de varias instalaciones municipales. Pocos días después, el Ayuntamiento decidió transmitir el 49% por ciento de la participación a una sociedad privada.

El Tribunal declaró el incumplimiento de las Directivas de contratación. El hecho de que se hubieran cedido inicialmente los servicios públicos a la sociedad, cuando era íntegramente pública, no debía impedir que se considerara el incumplimiento del Derecho comunitario, porque la sucesión de acontecimientos revelaba ya la intención de incorporar a esa sociedad capital privado (las fechas de constitución de la sociedad, cesión del contrato, transmisión de las participaciones y modificaciones estatutarias eran prácticamente seguidas en el tiempo).

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 7 / 29
 3hamgcYtqhw=			

En estas Sentencias se advierte que la participación del ente matriz en el instrumental es mayoritaria, no obstante hay que tener en cuenta que parece que este requisito de participación ha sido flexibilizado por la última **STJCE de 19 de abril de 2007**, relativa a la compatibilidad con las Directivas Comunitarias de la normativa nacional que permite que Tragsa realice operaciones por encargo directo de las autoridades publicas al margen del régimen general de adjudicación de contratos públicos, precisamente en virtud del específico régimen jurídico a que está sometida Tragsa que está obligada a realizar los trabajos que le encomienden dichas autoridades públicas y no tiene la posibilidad de fijar las tarifas de sus intervenciones, cuestión esta a que después nos referiremos.

Segundo.- El control debe ser análogo al que se ejerce sobre los propios servicios, en cuanto que el adjudicatario esté obligado a realizar el encargo sin autonomía de voluntad o sin libertad de decisión en cuanto a la gestión.

No basta que la Entidad Matriz participe en el capital del ente adjudicatario, sino que es necesario que además ejerza un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios, lo cuál 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, y en consecuencia una ausencia absoluta de capacidad de decisión o gestión por el ente instrumental.

En este sentido, señala la Junta Consultiva de Contratación de Aragón en su Informe 1/2007, *“la titularidad o propiedad mayoritaria del ente instrumental no es suficiente para justificar la existencia de dicho control, pues la influencia dominante debe traducirse en la práctica en absoluta dominación a la hora de determinación de voluntades, por lo que no existía un auténtico contrato (sería en suma, un autocontrato).”*

STJCE de 13 de octubre de 2005 (Parking Brixen). Resuelve varias cuestiones prejudiciales instadas a raíz de unos convenios celebrados entre el Ayuntamiento italiano de Brixen y una antigua sociedad municipal que habría transformado en sociedad anónima en virtud de los cuales la sociedad explotaba unos aparcamientos municipales.

El Tribunal comunitario, tras declarar que se trataba de una concesión de servicio de aparcamiento, afirmó que se había incumplido el derecho comunitario. No porque se infringieran las directivas de contratación, ya que estos contratos no estaban incluidos en su ámbito de aplicación, sino porque se quebrantaban principios de derecho comunitario, en concreto, las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios, la igualdad de trato y no discriminación, así como los principios de libre mercado y competencia. Además, según el Tribunal, no podía aplicarse la jurisprudencia de los contratos domésticos porque no podía entenderse que sobre la

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 8 / 29
 3hamgcYtqhw=			

sociedad anónima municipal el Ayuntamiento ejerciera un «control análogo» al que ejercía sobre sus propios servicios.

Para el Tribunal, el hecho de tratarse de una sociedad anónima, a la que se reconocía *autonomía en la gestión*, que podía en el futuro incorporar capital privado y extender su ámbito de actividad fuera del término municipal, eran circunstancias relevantes para negar ese «control análogo».

Sin embargo, como había explicado la Abogado General, estas circunstancias no eran suficientemente expresivas para advertir una carencia de control por la Administración. La sociedad era íntegramente pública, la alegación de que podía entrar capital privado era un hecho discutido entre las partes que participaron en el proceso, que, además, no se había producido Y los poderes «autónomos» que se reconocían al órgano de administración había que entenderlos dentro de la propia lógica y estructura tradicional del régimen societario. Razona la Abogado General al explicar que implicaría unas tremendas consecuencias para la Administración pública interpretar, como ha hecho el Tribunal, que el reconocimiento de esa «gestión autónoma» a los órganos de la sociedad impide aplicar la jurisprudencia de los contratos domésticos. Eso supondría la imposibilidad de reorganizar internamente los servicios administrativos, sabiendo las consecuencias de la personificación de los mismos; a la vez que se impondría la privatización de esos servicios públicos sin la necesaria reforma legal.

Sentencia de 6 de abril de 2006. A la vista de lo anterior parece que en esta Sentencia el Tribunal cambia de criterio, declaró que las libertades comunitarias y los principios del Tratado no impedían que el Ayuntamiento de Bari contratara directamente con una sociedad municipal íntegramente pública siempre que se dieran los criterios de los contratos domésticos, que debían ser analizados por el Juez nacional.

Sentencia de 11 mayo de 2006. Resolvió las cuestiones sobre los contratos adjudicados directamente por el Ayuntamiento de Bustio Arsizio a su sociedad *holding* AGESP, en la que participa de manera casi absoluta (aproximadamente con el 98% de las acciones), perteneciendo el 2% restante a otros Ayuntamientos. Esta sociedad adjudicó el contrato a su filial, de la que poseía el cien por cien de las acciones, que a su vez adjudicó parte de esos contratos a distintas empresas privadas mediante procedimientos de urgencia. Ninguna de las que habían presentado ofertas en el procedimiento inicial.

Con relación al requisito del ejercicio de un control análogo al existente con los propios organismos, era obligado constatar que los estatutos de esa sociedad *holding* permitían la entrada de capital privado; pero este hecho, ni se había producido, ni se anunciaba. La sociedad *holding* era controlada totalmente por Administraciones Públicas y su filial también. Sin embargo, el Tribunal comunitario no entendió que se

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 9 / 29
 3hamgcYtqhw=			

cumpliera esta primera circunstancia de su jurisprudencia *Teckal* por dos razones: la primera, por las amplias facultades que se atribuían al consejo de administración, sin que existieran visos de un control o de una influencia dominante; la segunda, que ese control se diluía al descender otro escalón con la existencia de una filial.

2º. Parte esencial de la actividad:

Como hemos señalado la Sentencia Teckal, exige un segundo requisito para que la relación entre el Ente matriz y el instrumental, quede exceptuada de la tramitación contractual.

Resulta necesario que la entidad adjudicataria realice la parte esencial de su actividad con los entes que la controlan, esto es, en provecho de quien le realiza el encargo o le encomienda. Es decir, que la sociedad pública del grupo, la filial u otra descendiente, desarrolle su actividad dentro del propio grupo y de la entidad pública que domina el mismo.

El problema está en determinar cuándo ha de entenderse que «gran parte de la actividad» o que «la mayor parte del volumen» se realiza con las Administraciones Públicas¹. El Tribunal de Justicia comunitario ha rechazado de manera contundente la aplicación analógica de los criterios establecidos en la Directiva que regula la contratación en los sectores económicos esenciales. Recordemos: que se acreditara que en los tres últimos años al menos el ochenta por ciento del volumen del negocio provenía del mismo grupo societario.

A estos efectos habría que citar nuevamente la *Sentencia de 11 mayo de 2006*, que resolvió las cuestiones sobre los contratos adjudicados directamente por el Ayuntamiento de Bustio Arsizio a su sociedad *holding* AGESP, en la que había una pequeña participación de otros Ayuntamientos, el Tribunal declaró que habían de tenerse en cuenta circunstancias tanto cuantitativas como cualitativas; que era procedente computar todos los negocios con todos los poderes adjudicadores, así como los negocios con los usuarios de los servicios que derivaban de contratos con los poderes adjudicadores. Precisiones importantes porque de lo que se trata es de acreditar el carácter «instrumental» de la sociedad pública, no de que realice más o menos negocios con una de las Administraciones y organismos asociados.

También en la *STJCE de 13 de octubre de 2005* (Parking Brixen), el Tribunal declaró que no incidía en este criterio el hecho de que, según los estatutos sociales, pudiera la mercantil realizar actividades fuera del territorio municipal. Lo importante era la actividad efectivamente realizada.

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 10 / 29
 3hamgcYtqhw=			

De igual modo podemos aludir a la *STJCE, de 19 de abril de 2007 (TRAGSA)*, en la que se dice en el punto 62: “*en cuanto al segundo requisito conforme al cuál Tragsa debe realizar lo esencial de su actividad con el ente o entes públicos a los que pertenece, de la jurisprudencia 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 (sentencia Cartermo y Consorcio Alisei).*”

En resumen, la jurisprudencia comunitaria exige que para que los contratos in house providing queden excluidos de la normativa contractual concurren dos requisitos:

1º Que la entidad adjudicadora ejerza un control análogo sobre la adjudicataria al que ejerce sobre sus propios servicios, exigiéndose, de un lado, que tenga participación (mayoritaria y según la STJCE de 19 de abril de 2007 parece que se admite cuando sea minoritaria) en el capital de dicha entidad y que éste sea íntegramente público, y de otro, que el control sea efectivo de forma que el adjudicatario esté obligado a realizar el encargo sin autonomía de voluntad o sin libertad de decisión en cuanto a la gestión.

2º Que la entidad adjudicataria realice la parte esencial de su actividad con el ente que lo controla, pudiéndose a estos efectos computar todos los negocios en su conjunto con todos los poderes adjudicadores.

SEXTA.- Regulación en el derecho nacional.

Nuestra la Ley de Contratos en su redacción originaria, no regulaba de forma expresa los contratos domésticos o in house providing, pero sí recogía diversos supuestos de excepciones a la aplicación de la normativa contractual:

Por ejemplo, la posibilidad de la ejecución de obras por la propia Administración con medios propios (arts. 152 y 153 TRLCAP), así como la fabricación de bienes muebles también por la propia Administración (art. 194 TRLCAP), o los servicios por administración a que se refiere el artículo 199 TRLCAP. Estos supuestos ya fueron objeto de regulación en los anteriores textos legales de contratos, si bien que desde su redacción original no han estado exentos de críticas, en cuanto que se permite que la Administración, sin necesidad de acudir a la licitación pública pueda ejecutar las obras, fabricar muebles o prestar los servicios con sus propios medios. En este sentido vid. Apartados 15-16-117 de las conclusiones del Abogado general en la STJCE de 19 de abril de 2007.

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciaiyempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 11 / 29
 3hamgcYtqhw=			

La consideración de qué medios podían ser considerados como propios para la realización de estas actuaciones, ha sido lo que ha generado mayor desconcierto en la doctrina y en los propios empresarios privados, en la medida en la que la Administración, comenzó por ejemplo a realizar encargos de ejecución de obras a sus empresas públicas, que tenían personalidad jurídica propia y distinta de la Administración matriz, esto es, ya comenzaba a plantearse el problema de hasta qué punto se consideraba medio propio de la Administración, es decir, propia Administración, a antes que tenían personalidad jurídica propia y diferenciada y se sometían al derecho privado, de conformidad con lo previsto en el artículo 6.1 b) de la Ley 5/1983, de 19 de Junio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma andaluza.

La cuestión se complica cuando la doctrina se plantea si los encargos a las empresas públicas podían efectuarse a través de las denominadas encomiendas de gestión, reguladas en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimientos Administrativo Común, en la medida en la que parece que su apartado 1.5, excluía las que se realizaran a personas jurídicas sometidas a derecho privado, “*El régimen jurídico de la encomienda de gestión.. no será de aplicación cuando la realización de las actividades en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del estado, sin que puedan encomendarse e personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo*”.

A estos efectos se consideró que este obstáculo podía salvarse sobre la tesis de que el precepto transcrito aludía a entidades de capital exclusivamente privado, esto es, a particulares, pero en ningún caso a entidades o sociedades, de capital enteramente público, en las que, en consecuencia, resulta indiscutible la relación de instrumentalidad con la Administración Matriz., de ahí que en la legislación andaluza se regulara expresamente la encomienda de gestión a empresas públicas denominándola **Encargo de Ejecución, en las diferentes leyes presupuestarias.** Así por ejemplo en el artículo 22.6 de la Ley 17/2003, de 29 de Diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2004, y posteriormente el artículo 24. 6 de la Ley 2/2004, de 28 de diciembre, de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2005, contemplaban, y actualmente en el artículo 25.6. de la Ley 11/2006 de 30 de diciembre de Presupuestos de la Comunidad Autónoma para el año 2007, en la que ya se les denomina encomienda de gestión.

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 12 / 29
 3hamgcYtqhw=			

En relación con lo anterior, y continuando con el estudio de la legislación nacional, debemos aludir a los convenios de colaboración con otras Administraciones y demás Entidades públicas, en la medida en la que el TRLCAP los excluía también de su aplicación. Ahora bien, la amplitud de los términos en los que se excluían de su ámbito, motivó nuevamente discrepancias en cuanto a la posibilidad de su tramitación al margen de la licitación pública, que dieron lugar a la **Sentencia de 13 de enero de 2005 (asunto c-84/03)**, que condenó al Reino de España por incumplimiento de las Directivas comunitarias:

“37 Según las definiciones contenidas en el artículo 1, letra a), de las Directivas 93/36, 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 [TJCE 1999, 270] , 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 (TJCE 1999, 270) , 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.”

Esta Sentencia obligó a modificar la legislación contractual, mediante Real Decreto-Ley 5/2005, de tal manera que según la Instrucción 2/2005 de 21 de julio de la Abogacía del Estado. *“quedarán sujetos a la normativa comunitaria todos los contratos cuyo objeto sea alguno de los contemplados en las correspondientes Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, cuando se celebren a título oneroso y por escrito, entre una Entidad adjudicadora y un contratista o proveedor que sea una persona jurídicamente distinta de aquella entidad*

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 13 / 29
 3hamgcYtqhw=			

y autónoma respecto de ella desde el punto de vista de la adopción de sus decisiones, por lo que quedarán excluidos, a sensu contrario, aquellos que reuniendo esos mismos requisitos, se celebren entre un entidad adjudicadora y una persona que, aun siendo jurídicamente diferente de aquella, se encuentre bajo el pleno control de esa entidad adjudicadora y realice respecto a ella la parte esencial de su actividad.”

A raíz de esta reforma del artículo 3.1 y teniendo en cuenta esta jurisprudencia, se aprovechó para excluir expresamente del ámbito de aplicación del TRLCAP en el apartado 1) a las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública.

La introducción de este apartado 1) en el artículo 3 da lugar a dos cuestiones:

1ª Si esta redacción se ajusta a los requisitos exigidos para los contratos domésticos por la jurisprudencia comunitaria, invocados en dicha Sentencia.

2ª Si al recogerse expresamente las encomiendas de gestión en precepto distinto a los que regulan los casos de ejecución por la propia Administración, artículos 152 y 153, 194 y 199, nos encontramos ante dos figuras jurídicas distintas.

Respecto a la primera cuestión, si bien es cierto que parecía incluirse el primero de los requisitos invocados en la doctrina comunitaria, el del control análogo, la redacción dada a este precepto no fue acertada.

Por un lado, porque son dos los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria para la exclusión del ámbito contractual, y por otro porque, con esta redacción tampoco se responde al primero de los indicados, ya que “control análogo” no significa que el capital del ente o sociedad encomendado pertenezca íntegramente a la Administración encomendante, puesto que como hemos señalado con anterioridad, lo que se exige para el cumplimiento de este requisito es que el capital sea íntegramente público, pudiendo participar en el mismo otros entes de naturaleza pública distintos al encomendante, vid *Sentencia de 11 mayo de 2006*.

De ahí que haya sido necesario reformar nuevamente este artículo, por la Disposición final cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, que queda redactado del siguiente modo:

“1) 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 entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan”.

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 14 / 29
 3hamgcYtqhw=			

Con esta nueva redacción ya sí se da cumplimiento a lo exigido por la normativa y jurisprudencia comunitaria, puesto que para que esta relación entre Administración matriz y ente instrumental quede exceptuada de la tramitación contractual, se exige que el capital sea enteramente público, (lo cuál no significa que el mismo deba pertenecer íntegramente a la matriz), que se ejerza un control análogo y que la adjudicataria realice la parte esencial de su actividad con dicha Administración Matriz o las que la controlan.

Respecto a lo segundo, esto es, si las encomiendas de gestión y los casos de ejecución por la propia Administración son dos figuras jurídicas de distinta naturaleza, es cuestión bastante más compleja, y aún no resuelta.

Efectivamente parece que los supuestos previstos para que la Administración actúe por sus propios medios son tasados, con un régimen jurídico propio y específico regulado expresamente en los artículos 152, 153, 194 y 199 TRLCAP. De igual modo y en cuanto que se trata de actuar por administración, se exige que el medio que actúe, no tenga una autonomía de voluntad diferenciada del ente matriz, esto es que actúe como si se tratara de la propia Administración.

Por su parte, la introducción en el artículo 3.1 l) de las encomiendas de gestión, se refiere a los casos en los que un poder adjudicador encarga a otra entidad formalmente distinta de ella, pero en los que concurren los dos requisitos exigidos de control análogo y parte esencial.

No obstante lo cierto es que si bien existen algunas diferencias en cuanto a su régimen jurídico y efectos, en la medida en la que los artículos 152, 153, 194 y 199 recogen un régimen más específico, ambos supuestos constituyen una excepción a la licitación pública.

Tampoco contribuye a esclarecer esta cuestión el Proyecto de la Ley de contratos del Sector Público, cuyo artículo 4 n) excluye de su ámbito *“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.”* Refiriéndose este último precepto a los casos de ejecución de obras o servicios y fabricación de muebles por administración.

A esta regulación del TRLCAP de supuestos excluidos de la normativa contractual pública, como decimos no exenta de diferentes opiniones doctrinales, debemos añadir aquellos otros en los que mediante una norma nacional se han declarado a determinadas **entidades o sociedades públicas «medio propio e instrumental» de las Administraciones Públicas.**

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 15 / 29
 3hamgcYtqhw=			

A tal efecto podemos citar por ejemplo la Ley de las Islas Baleares de Hacienda Pública y la Ley estatal de acompañamiento de 30 de diciembre de 1997 con relación a Transformaciones Agrarias, S. A. [TRAGSA], y sus filiales.

Ahora bien, si la evolución normativa y jurisprudencial comunitaria ha tenido su reflejo como hemos visto en el TRLCAP, no ha ocurrido lo mismo con las normas que regulaban a estos Entes como medio propio de la Administración, por lo que han comenzado a suscitarse dudas acerca de la conformidad con el derecho comunitario de estos regímenes jurídicos que permiten encargar directamente a un ente declarado medio propio, una determinada actuación al margen de las normas sobre contratación pública.

Ello exige analizar si basta la declaración de medio propio de un ente para exceptuar la aplicación de las normas de contratación pública, o si por el contrario deben concurrir asimismo los requisitos exigidos por el Tribunal comunitario para los contratos domésticos.

SEXTA.- Aplicación de los requisitos de los contratos domésticos a los encargos realizados por la Administración a entes o empresas declaradas medio propio.

Para comprender el alcance de la cuestión planteada debemos partir de lo dispuesto en la **Sentencia Stadt Halle de 11 de enero de 2005**, que diferenciaba dos supuestos:

“47 Con la idea de la apertura de los contratos públicos a la mayor competencia posible que persiguen las normas comunitarias, el Tribunal de Justicia declaró, en relación con la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (LCEur 1993, 2559) , sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1), que dicha Directiva es aplicable 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 (sentencia de 18 de noviembre de 1999 [TJCE 1999, 270] , Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartados 50 y 51). (...)

48 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 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. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 16 / 29
 3hamgcYtqhw=			

49 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 (véase, en este sentido, la sentencia Teckal [TJCE 1999, 270] , antes citada, apartado 50). Es preciso recordar que, en aquel asunto, la entidad distinta estaba íntegramente participada por autoridades públicas. En cambio, 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.”

Así pues de esta Sentencia se infieren las siguientes conclusiones:

1º Que la Directivas comunitarias sobre contratación pública son aplicables 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

2º Que por tanto, no se aplican cuando se trate de una autoridad pública que sea a la vez una entidad adjudicadora que 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 a entidades externas y ajenas a sus servicios

3º Que aún concurriendo las circunstancias previstas en el primer apartado, se exceptúan los casos en los 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

Pues bien, el problema que se suscita es qué ocurre en los casos de entidades que se declaran por la normativa nacional medios propios de las Administraciones públicas (que a priori encajarían en el supuesto previsto en el punto 2º), pero que no obstante se trata en definitiva de entidades sometidas al derecho privado, con personalidad jurídica propia y que pueden realizar también actividades para entes públicos distintos de aquellos de los que constituye un servicio instrumental y para empresas y organizaciones particulares, y asimismo, los entes públicos competentes pueden encomendar a esta persona jurídica trabajos distintos de los previstos en las tareas legalmente establecidas de dicha persona, supuesto del apartado 3º.

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciaiyempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 17 / 29
 3hamgcYtqhw=			

Esto es, ¿basta su declaración como medio propio para quedar comprendidas en el apartado segundo antes transcrito y por tanto exceptuado de la aplicación de las Directivas Comunitarias? O, en tanto que pueden actuar como personas jurídicas distintas, ¿deben igualmente concurrir los requisitos de los contratos domésticos, a que se refiere el apartado tercero, para quedar exceptuadas de la normativa contractual pública? Parece que nos encontramos ante casos de *“entidades de carácter híbrido”*, en los términos que utiliza el Abogado General en la STJCE de 19 de abril de 2007, (apartado 66) como después analizaremos.

Para dilucidar esta cuestión debemos acudir a los pronunciamientos existentes al respecto. Dos precedentes de las Juntas Consultivas de contratación administrativas de las Comunidades Autónomas de Cataluña y Aragón y el último del Tribunal Comunitario:

I. En primer lugar, la Junta Consultiva de Cataluña, no se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de utilizar entes declarados medios propios al margen de la normativa contractual, pero sí estudia en su **Informe 1/2006 de 9 de febrero** *“el Régimen jurídico de las relaciones onerosas entre la Administración Generalitat de Cataluña y otras entidades del sector público”* a las que aplica la técnica de los contratos domésticos:

“Las relaciones onerosas entre la Administración de la Generalitat y su sector público están excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública cuando, de acuerdo con la doctrina comunitaria, se trate de un contrato interno o in house providing, es decir, cuando concurren los requisitos siguientes:

a) Que se trate de una entidad formalmente diferente pero sobre la cual la Administración de la Generalitat ejerza un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

b) Que se trate de una entidad que realice la parte esencial de su actividad por la Administración de la Generalitat.

c) Que se trate de una entidad en la que no concorra participación privada alguna.”

II. Por su parte, con posterioridad, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, se plantea ya *“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”*, que resuelve en su **Informe 1/2007, de 8 de marzo**, en el que afirma que (**consideración quinta**), *para responder a la consulta formulada, esta Junta debe hacer el ejercicio de aplicar los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria a los que se ha hecho referencia en este informe (hoy recogidos en el artículo 3 del TRLCAP) al caso concreto de TRAGSA,*

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciaiyempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 18 / 29
 3hamgcYtqhw=			

para determinar si, respecto de la Comunidad Autónoma de Aragón, los encargos a la referida empresa pública estatal deben ser considerados encargos a un ente propio (técnica del in house providing) o no.”

Esto es, ni tan siquiera considera la posibilidad de que la mera declaración de medio propio por una norma nacional sea suficiente para quedar excluida del régimen contractual sino que directamente le aplica los requisitos exigidos a los contratos in house providing para que proceda la excepción, concluyendo:

“Primera. La Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo no regula directamente la técnica de los contratos in house providing. Del desarrollo jurisprudencial elaborado por el TJCE en relación con ésta técnica, que ha sido incorporada al artículo 3, apartado 1, párrafo 1, del TRLCAP, resulta que no es posible considerar a TRAGSA o cualquiera de sus filiales como medio propio de la Comunidad Autónoma al no concurrir simultáneamente las notas de control análogo y actividad mayoritaria en su favor. La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón no tiene control ni normativo, ni de actuación, ni tarifario sobre TRAGSA, ni participa en su capital social, ni esta Sociedad realiza una parte esencial de la actividad con la Administración aragonesa.

Segunda. En consecuencia no es de aplicación el artículo 3.1 l) de la vigente LCAP y no puede utilizarse la figura del encargo como medio de relación con el Grupo TRAGSA por medio de la Comunidad Autónoma de Aragón. La relación que se establece es un contrato público y debe someterse a licitación pública.”

Los términos en los que se pronuncia son bastante claros, pero no obstante es importante destacar cuáles son sus argumentos para considerar que no concurre el primero de los requisitos, cuál es el del control análogo, puesto que considera en primer lugar, que si bien es cierto que, de acuerdo con su normativa reguladora, los trabajos que le encomienda la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, o las entidades locales aragonesas, deben ser ejecutados obligatoriamente por TRAGSA, la cual por su ejecución solamente tendrá derecho a ser resarcida por el importe de los costes en que realmente hubiera incurrido, de acuerdo con las tarifas aprobadas por las Administraciones Públicas españolas que pueden ordenarle la ejecución de obras, servicios y suministros, y por tanto las relaciones de TRAGSA con la Administración Pública aragonesa se basan en la falta absoluta de autonomía de voluntad de TRAGSA, posicionándose la Comunidad Autónoma en una situación de control total y efectivo sobre aquella, (...) por el contrario, debe señalarse que ninguna norma autonómica recoge de forma expresa reglas de control de la Comunidad Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón Autónoma sobre TRAGSA, (...) por lo que 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

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 19 / 29
 3hamgcYtqhw=			

antecedentes, no parece posible afirmar que el criterio de dependencia estructural se cumpla en este caso.

Vemos que la Junta consultiva aragonesa, considera que no existe ese control análogo aún cuando parece que Tragsa está obligada a cumplir los encargos que le confieran las CA, en cuanto que no existe un control ni formativo, ni de actuación, ni tarifario de Aragón sobre Tragsa, ni participa en su capital social.

En segundo lugar, en cuanto a la titularidad del ente instrumental (aún 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 (aún 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 esta 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.”

Esto es, la Junta Consultiva alude a un criterio de participación mayoritaria, si el cuál no existiría ese control, aunque en el caso de Aragón, ni tan siquiera existe esa participación, aunque fuera minoritaria.

III. A este pronunciamiento de un órgano autonómico consultivo de contratación, debemos añadir que la cuestión ha sido nuevamente objeto de controversia, ya en sede comunitaria en el **asunto C-295/05, de Asemfo contra Tragsa y la Administración General del Estado**, que da lugar a la **STJCE de 19 de abril de 2007**.

En esta sentencia, se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el marco de un litigio entre la Asociación Nacional de Empresas Forestales (en lo sucesivo, «Asemfo») y la Administración del Estado relativo a una denuncia presentada contra el régimen jurídico de que disfruta Transformación Agraria, SA (en lo sucesivo, «Tragsa»), sobre si, con arreglo al artículo 86 CE, apartado 1, un Estado miembro puede atribuir a una empresa pública un régimen jurídico que le permite llevar a cabo operaciones sin estar sujeta a las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de

20

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciaiyempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 20 / 29
 3hamgcYtqhw=			

suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y si estas Directivas se oponen a tal régimen.

Señalar que el Tribunal Comunitario se pronuncia “oídas” las conclusiones del Abogado General el día 28 de septiembre de 2006, en cuanto que, entre otras cuestiones interpreta de distinta forma los requisitos de la Sentencia Teckal, al analizar su concurrencia en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas y Tragsa.

Antes de exponer el parecer del Tribunal, y como aspectos más relevantes de las conclusiones del Abogado General podemos destacar las siguientes:

1º Parte de la consideración de la naturaleza híbrida de Tragsa, en cuanto que *con arreglo a este régimen jurídico (nacional), constituye un «medio propio», esto es, un servicio propio instrumental de los entes públicos competentes, si bien puede realizar también actividades para entes públicos distintos de aquellos de los que constituye un servicio instrumental y para empresas y organizaciones particulares. Asimismo, los entes públicos competentes pueden encomendar a esta persona jurídica trabajos distintos de los previstos en las tareas legalmente establecidas de dicha persona.”* (ap.1)

2º Pone de manifiesto que conforme a su régimen jurídico *para los encargos que le encomiendan la Administración central y las Comunidades Autónomas, TRAGSA, en su calidad de medio instrumental independizado desde el punto de vista organizativo, está sometida por completo a las órdenes e indicaciones que dichas administraciones le den en el ejercicio de sus competencias públicas. Está obligada a aceptar los encargos que se le formulen y a ejecutarlos de conformidad con las especificaciones dadas, en los plazos marcados, siguiendo las tarifas establecidas reglamentariamente.*

3º Considera que, no obstante, le resultan de aplicación los requisitos de los contratos domésticos en la medida en la que si bien *falta todo elemento de un contrato a título oneroso, que exige la aplicación de las Directivas Comunitarias, considera que ello no es óbice para que esta actuación de la Administración tenga las mismas consecuencias económicas que una estructura en la que una entidad encomienda encargos en virtud de contratos onerosos a una persona jurídica sometida al control de otra entidad, y asimismo reales y potenciales para la libre circulación de bienes y servicios y para la libertad de establecimiento en el mercado común. Lo mismo debe afirmarse del criterio de que la entidad que encomienda encargos tiene que controlar a la persona jurídica o al servicio al que formule dichos encargos, y ello con independencia de que a tal efecto se celebre un contrato oneroso.* (Apartados 58 y siguientes)

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 21 / 29
 3hamgcYtqhw=			

4º En cuanto a la aplicación de estos requisitos concluye que:

En cuanto al **control análogo** dice en el apartado 99, “*procede recordar que 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, además meramente simbólica, en el capital social de TRAGSA.*” Por lo que concluye que “*No se cumple el requisito de que los entes públicos competentes puedan ejercer una influencia determinante, tanto sobre las decisiones estratégicas como sobre las decisiones importantes de la persona jurídica, cuando los servicios públicos que utilizan a la persona jurídica como servicio instrumental no tienen una influencia directa sobre el contenido del estatuto legal aplicable a esta persona jurídica, ni sobre las tarifas que ésta puede aplicar por sus actividades, y cuando, además, como accionista de dicha persona jurídica no pueden ejercer una influencia determinante sobre las decisiones de esta última.*”

En cuanto al **segundo requisito de la parte esencial** concluye que *no se cumple el requisito de que la persona jurídica realice la parte esencial de sus actividades para los entes públicos que la controlan cuando el estatuto legal no limita el volumen de las demás actividades estableciendo que éstas han de ser marginales.*

Por su parte el Tribunal Comunitario difiere en su resolución de las conclusiones a las que llega el Abogado general, y analiza en primer lugar la aplicabilidad de las citadas directivas a las relaciones de las Administraciones con TRAGSA, y en segundo lugar si concurren en las relaciones con dicha empresa, los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Comunitario para su tramitación al margen de la normativa contractual:

1º Sobre la aplicabilidad de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 tras exponer el régimen jurídico de Tragsa concluye en el apartado 54 que “*si Tragsa no goza de libertad alguna ni con respecto al curso que debe dar a un encargo formulado por las autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a sus prestaciones, afirmación que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente, no se cumple el requisito de aplicabilidad de las Directivas examinadas relativo a la existencia de un contrato.*”

Esto es, considera que las Directivas comunitarias no le resultan de aplicación en cuanto que de su régimen jurídico, se desprende que Tragsa está obligado a ejecutar los encargos procedentes de la Autoridad competente, sin que goce de libertad alguna ni con respecto al curso que debe dar a dicho encargo ni en cuanto a la tarifa aplicable a sus prestaciones, esto es, se trata de un medio interno dependiente y subordinado del

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 22 / 29
 3hamgcYtqhw=			

Estado, las Comunidades Autónomas y los Organismos dependientes de ellos, afirmación no obstante que deja a la correspondiente verificación del órgano jurisdiccional remitente.

2º Sobre si concurren los dos requisitos de los contratos domésticos:

Dice el Tribunal en el **apartado 55 de la Sentencia**: “*En cualquier caso, es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, de conformidad con las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, la licitación no es obligatoria, aunque el contratante sea una persona jurídicamente distinta del poder adjudicador, cuando se cumplan dos requisitos. Por una parte, la autoridad pública que es poder adjudicador debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan (véanse las sentencias de 18 de noviembre de 1999 [TJCE 1999, 270], Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 50; de 11 de enero de 2005 [TJCE 2005, 1], Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 49; de 13 de enero de 2005 [TJCE 2005, 10], Comisión/España, C-84/03, Rec. p. I-139, apartado 38; de 10 de noviembre de 2005 [TJCE 2005, 332], Comisión/Austria, C-29/04, Rec. p. I-9705, apartado 34, y de 11 de mayo de 2006 [TJCE 2006, 139], Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 33).*”

Esto es, a mayor abundamiento, procede el Tribunal a examinar si concurren asimismo en los encargos a Tragsa los requisitos que excepcionarían la aplicación de las normas de contratación pública.

En cuanto al **control análogo**, dice en el apartado **57**: *En lo que se refiere al primer 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 solo 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 (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei [TJCE 2006, 139], antes citada, apartado 37).*

58 *En el asunto principal resulta de los autos, y a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, 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.*

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 23 / 29
 3hamgcYtqhw=			

59 A este respecto, no cabe acoger la tesis de que sólo se cumple este requisito para los trabajos realizados por encargo del Estado español, quedando excluidos los que hayan sido encargados por las Comunidades Autónomas, con respecto a las cuales Tragsa debe ser considerada un tercero.

60 En efecto, del artículo 88, apartado 4, de la Ley 66/1997 (RCL 1997, 3106 y RCL 1998, 1636) y de los artículos 3, apartados 2 a 6, y 4, apartados 1 y 7, del Real Decreto 371/1999 (RCL 1999, 716, 855) parece derivarse que Tragsa está obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos, incluidas las Comunidades Autónomas. De esta normativa nacional también parece deducirse que, en el marco de sus actividades con las Comunidades Autónomas como medio propio instrumental y servicio técnico de éstas, y al igual que ocurre en sus relaciones con el Estado español, Tragsa no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones y sus relaciones con dichas Comunidades no tienen naturaleza contractual.

61 Por consiguiente, parece que Tragsa no puede tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que poseen una parte de su capital.

Por tanto, a los efectos de verificar si se cumple este primer requisito, el Tribunal parte de el hecho de que el poder adjudicador participe, por sí solo o junto con otros poderes públicos, en 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, esto es, **parece que sí exige la participación en el capital, sin perjuicio de la concurrencia de otros para que se cumpla el requisito del control análogo.**

De ahí que proceda a analizar si en el caso concurre esa participación. En cuanto a la de las Comunidades Autónomas se pronuncia al responder a la argumentación de Asemfo que considera que sólo en el caso en el que la participación fuera mayoritaria se cumpliría el requisito del control análogo no concurriendo en las Comunidades Autónomas que sólo tienen un 1%.

En este caso el Tribunal concluye, tras exponer en el apartado 60, que en virtud de su régimen jurídico *Tragsa está obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos, incluidas las Comunidades Autónomas y no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones y sus relaciones con dichas Comunidades no tienen naturaleza contractual*, respecto a las cuatro Comunidades Autónomas que poseen un 1% del capital Tragsa no tiene la consideración de tercero. Esto es, parece flexibiliza el criterio de participación mayoritaria en virtud del específico régimen jurídico de Tragsa.

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 24 / 29
 3hamgcYtqhw=			

En suma, concluye que se cumple este primer requisito de control análogo en cuanto que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria, cumpliéndose este presupuesto igualmente respecto a las Comunidades Autónomas que tengan participación en el capital, aunque esta participación sea minoritaria, en la medida en la que Tragsa está obligado por su régimen legal a cumplir los encargos que le efectúen estas Comunidades Autónomas. Términos estos en los que difiere sustancialmente de las conclusiones evacuadas por el Abogado general, que considera, como hemos visto que una participación mínima no le permite un control sobre el ente. De igual modo podemos apreciar aquí una importante diferencia con la doctrina sentada por la Junta Consultiva de Aragón en su Informe 1/2007, que en todo caso consideraba que para que existiera control debía haber una participación mayoritaria.

En cuanto al requisito de la **parte esencial de la actividad**, dice en el apartado **62**: *“En cuanto 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 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 (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei [TJCE 2006, 139], antes citada, apartado 70).*

Esto es, no hace sino recoger la doctrina sentada ya en anteriores sentencias sobre el alcance de este presupuesto, a diferencia de lo que consideraba el Abogado General que exigía deslindar las actividades que realiza Tragsa como medio propio de las otras que pueda realizar en cuanto persona jurídica.

Finalmente concluye el Tribunal lo siguiente: *“En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara: Las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a Tragsa, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por dichas Directivas, **en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades.**”*

De la sentencia y el fallo, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 25 / 29
 3hamgcYtqhw=			

- Que parece que el Tribunal considera que **el régimen jurídico atribuido a Tragsa, que lo declara medio propio, no resulta incompatible con el recogido en las Directivas citadas, desde el momento en que concurren los dos requisitos exigidos para los contratos in house providing**, cuya comprobación corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente, esto es al Tribunal Supremo, apartado 64: *“En estas circunstancias, procede considerar, a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que en el caso de autos se cumplen los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia citada en el apartado 55 de la presente sentencia.”*
- Que considera que concurre el requisito de **control análogo sobre sus propios servicios**, en cuanto parece que el capital del ente declarado medio propio es íntegramente público, que tanto por parte del Estado, como de las Comunidades Autónomas, existe participación en ese capital, aunque en el caso de estas últimas sea minoritaria, dado que, por su especial régimen jurídico, Tragsa está obligada a realizar los trabajos que le encomienden y no tiene la posibilidad de fijar las tarifas de sus intervenciones.
- Que considera que se cumple igualmente el requisito de la **parte esencial de la actividad**, en cuanto según la interpretación jurisprudencial que permite apreciarlo mediante su valoración en el conjunto de los entes que lo controlan, parece que Tragsa la realiza para el Estado y la Comunidades Autónomas.

Sin perjuicio de lo expuesto, no podemos olvidar que mediante esta Sentencia se resuelve una cuestión prejudicial promovida en el seno de un procedimiento ante los Tribunales Nacionales, por lo que habrá de estarse en su caso a lo que resuelva el Tribunal Supremo respecto a la verdadera concurrencia de dichos requisitos en Tragsa.

SÉPTIMA.- Análisis de la viabilidad legal de realizar encargos o encomiendas de gestión por parte del IFAPA, destinados a la realización de consultorías o asistencias técnicas a la Empresa Pública TRAGSA o a sus filiales, y Régimen Jurídico aplicable a esta relación

Ante la imposibilidad de encargar a TRAGSATEC la realización de consultorías y asistencias al amparo del artículo 199 in fine del TRLCAP por el reparo formulado por la Intervención Delegada, se plantea por ese Centro Directivo, la posibilidad de que el IFAPA le realice a dicha empresa una encomienda de gestión al amparo del artículo 3.1.I) del TRLCAP, a la vista de la declaración de Tragsa como medio propio de las Comunidades Autónomas por la normativa estatal.

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 26 / 29
 3hamgcYtqhw=			

La encomienda de gestión como hemos manifestado se regula en el artículo 3.1.1) TRLCAP que tras la nueva redacción dada por la Disposición final cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, dice: “1) 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 entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan”.

Así pues, resulta necesario que concurren ambos requisitos para que la citada encomienda de gestión quede exceptuada del ámbito de aplicación de la normativa contractual.

Dado que el encargo que se pretende efectuar a Tragsa se sustenta en su declaración como medio propio, debemos traer a colación todo lo expuesto a lo largo del presente escrito, acerca de si basta la simple declaración como medio propio por una norma nacional para que dicho encargo quede exento de licitación pública o si por el contrario deben concurrir efectivamente los requisitos de dicho precepto.

Cuestión ésta sobre la que se ha pronunciado, como hemos señalado en la anterior consideración, la reciente STJCE de 19 de abril de 2007, cuyo alcance, no obstante, dependerá de lo que en su momento se resuelva por el Tribunal Supremo.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que sí parece sentar el Tribunal Comunitario es que el régimen jurídico de Tragsa es compatible con las Directivas comunitarias en materia de contratación pública **desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades.**”

En consecuencia deben concurrir ambos requisitos que además han de ser interpretados conforme a la jurisprudencia Teckal y la posterior que la matiza, esto es se exige:

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 27 / 29
 3hamgcYtqhw=			

1º Que la entidad adjudicadora ejerza un control análogo sobre la adjudicataria al que ejerce sobre sus propios servicios, exigiéndose, de un lado, que tenga participación en el capital de dicha entidad y que éste sea íntegramente público, y de otro, que el control sea efectivo de forma que el adjudicatario esté obligado a realizar el encargo sin autonomía de voluntad o sin libertad de decisión en cuanto a la gestión.

Respecto al requisito de la participación en el capital, hay que tener en cuenta que no sólo se ha exigido con carácter general en la jurisprudencia comunitaria sobre los contratos domésticos, sino que en el caso de Tragsa, también parece que el Tribunal la exige respecto de las Comunidades Autónomas, aún cuando lo flexibiliza, puesto que frente al criterio de participación mayoritaria, admite la existencia de ese control por las Comunidades Autónomas con participación mínima, en cuanto Tragsa está obligado por su régimen legal a cumplir los encargos que le efectúen estas Comunidades Autónomas.

2º Que la entidad adjudicataria realice la parte esencial de su actividad con el ente que lo controla, pudiéndose a estos efectos computar todos los negocios en su conjunto con todos los poderes adjudicadores.

Dado lo anterior y a los efectos de responder a la cuestión planteada la viabilidad legal de realizar encargos o encomiendas de gestión a Tragsa, al amparo de en cuanto medio propio de la Comunidad Autónoma Andaluza y de sus Organismos Autónomos, y por tanto, al margen de la normativa contractual, dependerá de si concurren o no los requisitos enunciados.

No se disponen datos en esta Asesoría Jurídica respecto a la participación de la Comunidad Autónoma andaluza en el capital social de Tragsa, y asimismo tampoco sobre la composición del capital de su filial TRAGSATEC, ni se han aportado por ese Centro Directivo, por lo que, de todo lo expuesto y la última jurisprudencia citada que parece que sí exige esa participación, aunque sea mínima, si dicha participación no existiera, o por su parte hubiera intervención privada en el holding o su filial, no podría utilizarse a Tragsa como medio propio para realizarle encargos al margen de la normativa de contratos.

Todo ello sin perjuicio además de la necesidad de que concurren los otros requisitos, es decir, que Tragsa actúe sin autonomía de voluntad respecto a la Comunidad Autónoma y que preste la parte esencial de sus servicios en su conjunto para el poder adjudicador.

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 28 / 29
 3hamgcYtqhw=			

Por otra parte, no podemos olvidar que nos encontramos sin duda alguna ante una cuestión de interés general para la contratación pública de la Comunidad Autónoma Andaluza, por lo que se somete a su consideración la posibilidad de solicitar informe a la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, en cuanto máximo Órgano Consultivo en materia de contratación administrativa, entre otros, de la Administración Autonómica, sus Organismos Autónomos y de las demás entidades públicas y privadas vinculadas, dependientes o de titularidad de aquélla que deban sujetar su actividad contractual a lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas en virtud de los artículos 1 y 2.2 de su norma reguladora (Decreto 93/2005, de 29 marzo).

Es todo cuanto tengo el honor de informar a V.I., salvo mejor criterio fundado en derecho.

Sevilla, 15 de junio de 2007
LA LETRADA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA
JEFE DE LA ASESORIA JURIDICA

Fdo.: M^a Dolores Pérez Pino

Código Cifrado de verificación: 3hamgcYtqhw= . Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://www.juntadeandalucia.es/innovacioncienciayempresa/verificafirma/			
FIRMADO POR	PEREZ PINO MARIA DOLORES 28923090S	FECHA Y HORA	15/06/2007 13:54:31
ID. FIRMA	svrafirma.cice.junta-andalucia.es	3hamgcYtqhw=	PÁGINA 29 / 29
 3hamgcYtqhw=			