

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

A. EZQUERRA HUERVA

El concepto de obra hidráulica en el Derecho español vigente

J. M.º GIMENO FELIU

El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública

J. JORDANO FRAGA

La Administración en el Estado ambiental de Derecho

J. TUDELA ARANDA

La Disposición Adicional Primera de la Constitución y los nuevos Estatutos de Autonomía. La historia como legitimación de la autonomía

173

Madrid
mayo/agosto
2007

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA

ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



Revista de Administración Pública
ISSN: 0034-7639, núm. 173,
Madrid, mayo/agosto (2007)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaria:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

VOCALES:

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*

Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*

Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*

León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*

Luis Coscolluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*

Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*

Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*

Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*

Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*

José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*

Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*

José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

**MEDIOS PROPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN,
COLABORACIÓN INTERADMINISTRATIVA
Y SOMETIMIENTO A LA NORMATIVA
COMUNITARIA DE CONTRATACIÓN**
**Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia
de las Comunidades Europeas de 19 de abril
de 2007: cuestión prejudicial planteada por
el Tribunal Supremo en el asunto *Asemfo c. Tragsa
y Administración General del Estado***

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

I. Planteamiento del problema.—II. La cuestión de la naturaleza de las encomiendas de trabajos a la entidad instrumental.—III. El control de la entidad instrumental y la tenencia del 1% de las acciones por parte de algunas Comunidades Autónomas.—IV. Realización de la parte esencial de su actividad para la entidad encomendante.—V. Cooperación interadministrativa y encargos directos a entidades instrumentales.

RESUMEN

Este artículo comenta la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de abril de 2007 por la que se responde a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo sobre la compatibilidad del régimen de TRAGSA con las Directivas públicas de contratación, teniendo presente que dicha empresa recibe directamente encargos del Estado y las Comunidades Autónomas. La sentencia declara que las Directivas no prohíben dicho régimen en la medida en que todas las entidades públicas disponen de un control similar al que tienen sobre sus propios servicios y que TRAGSA realiza la parte esencial de su actividad para dichas autoridades.

Palabras clave: contratación administrativa; prestaciones *in house*; colaboración interadministrativa; TRAGSA.

ABSTRACT

This study aims to analyse the recent judgment of the European Court of Justice of 19 April 2007. Spanish law enables TRAGSA to perform operations on the direct instructions of the public authorities without being subject to the general rules for the award of public procurement contracts. The orders are given it by the General Administration of the State, the Autonomous Communities and the public bodies subject to them. The judgment declares that the Directive «do not preclude it, since first, the public authorities concerned exercise over that undertaking a control similar to that which they exercise over their own departments, and, second, such an undertaking carries out the essential part of its activities with those same authorities».

Key words: public procurement; in house providing; interadministrative collaboration; TRAGSA.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la actividad pública vinculada a la contratación administrativa, una de las cuestiones que ha suscitado más controversia es la relativa a la utilización por parte de las Administraciones públicas de entidades instrumentales —ya sean entidades de Derecho público, ya sometidas al ordenamiento jurídico-privado—, a las que se encomienda directamente —esto es, sin someter los encargos al régimen derivado de las Directivas comunitarias de contratación pública— la realización de ciertas actividades de gestión, construcción y explotación de obras públicas. Obviamente, se trata de un problema en el que se alega la vulneración de las reglas del Derecho de la competencia y se pretende, en consecuencia, que esta adjudicación a los entes instrumentales se realice a través de mecanismos concurrenciales, al igual que ocurre con los trabajos que realizan contratistas privados.

El problema es de especial significación en este momento debido a que, por razones varias, las Administraciones públicas están haciendo un uso intensivo de las entidades instrumentales para la realización de actividades públicas, con el agravante de que las Directivas comunitarias no han sido especialmente útiles para la resolución del posible conflicto con otras áreas del Derecho comunitario, algunas de ellas con un peso específico considerable en los últimos tiempos. Como han señalado recientemente SOSA y FUERTES, el problema deriva de que frente a una realidad conocida desde hace tiempo —la utilización de entidades instrumentales por parte de los entes públicos— «ha crecido de forma desmesurada el derecho de la competencia, es decir, el conjunto de reglas que tratan de garantizarla en el mercado libre. Lo que se ha visto con normalidad a lo largo de muchos años, ahora se contempla bajo la lupa de esa nueva rama del ordenamiento. Lupa que es de gran aumento»¹. Precisamente por ello, para que no resulte excesivo el peso del Derecho de la competencia, es por lo que hay que introducir matizaciones, que han venido establecidas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Se trata de la problemática suscitada con las denominadas prestaciones *in house providing*, sobre las que tanto se ha escrito y sobre las cuales las notas fundamentales de la jurisprudencia comunitaria parecen más o menos estables desde la sentencia *Teckal*, de 18 de noviembre de 1999. Conviene remarcar, no obstante, que, partiendo de la formulación de unos postulados básicos, como veremos en las páginas siguientes, han existido, en la propia doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, oscilaciones bastante considerables en el modo en el que se ha aplicado la teoría de las prestaciones *in house providing* a los casos

¹ F. SOSA WAGNER y M. FUERTES LÓPEZ, «¿Pueden los contratos quedar en casa? (La problemática europea sobre la contratación *in house*)», en el diario *La Ley*, núm. 6715.

concretos.

La esencia de la doctrina de la compatibilidad de las prestaciones *in house* con la normativa de contratación pública se encuentra en esta frase de la sentencia *Teckal* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: no nos encontramos ante un verdadero contrato y, en consecuencia, no hay que aplicar las Directivas de contratación pública «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». Esencia que ha recogido el legislador español en la última reforma que ha efectuado de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas², materializada a través de la Disposición Final 4.^a de la Ley 42/2006, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, que dispone, siguiendo de forma casi literal los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que no están sujetas a la Ley de Contratos «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»³.

Que se recurra a entidades instrumentales para la ejecución de actividades administrativas constituye una realidad que es posible considerar, sin especiales dificultades, como una manifestación del principio de autoorganización de las Administraciones públicas que se materializa por una mayor efectividad en el cumplimiento de los fines públicos, tal como lo ha afirmado SOSA WAGNER⁴, en el cual, como ha señalado REBOLLO PUIG con la expresividad que le caracteriza, «la concepción y el embarazo, po-

² Con ella se modifica el contenido resultante de la promulgación del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que disponía que estaban exentas de la normativa pública de contratación «las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública». Sobre este precepto puede verse M. A. BERNAL BLAY, «Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del art. 3.1 letra l) TRLCAP», en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 129 (enero-marzo 2006), págs. 77 y ss.

³ Precepto inobjetable en cuanto al fondo —por cuanto que da cumplida respuesta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— pero que, evidentemente, plantea algún problema: qué relación tiene con el contenido necesario y posible de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, tal como fue definida en la STC 76/1992.

⁴ F. SOSA WAGNER, «El empleo de recursos propios por las Administraciones locales», en la obra colectiva, dirigida por L. COSCULLUELA MONTANER, *Estudios de Derecho público económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, Civitas (2003), pág. 1317. Esta idea late también en las conclusiones del Abogado General La Pégola en el Asunto C-360/96, *Arnhem y Rheden/BFI Holding*, en donde señaló que «pese a estar constituida como una sociedad de capital, no es... sustancialmente ajena a la estructura organizativa de los Ayuntamientos».

dríamos decir, son de Derecho público, porque la madre lo es, aunque el niño le salga de Derecho privado»⁵. Tal como afirma REBOLLO, es una conclusión «de sentido común» que «la Administración no está obligada a contratar lo que puede hacer por sus propios medios, aunque estos medios estén personificados»⁶, y que incluso es una posibilidad que ha sido reconocida, de forma matizada y condicionada, en las conclusiones del Abogado General Cosmas en la sentencia del caso *Teckal*, cuando afirmó que «el Derecho comunitario no obliga a los poderes adjudicadores a respetar el procedimiento que asegura una concurrencia efectiva entre los interesados en el caso en el que los poderes en cuestión deseen encargarse ellos mismos de la elaboración de los productos que precisen».

No obstante, hay ocasiones en las que el problema tiene elementos que lo hacen especialmente complejo. No se trata sólo de que la entidad instrumental se transforme en poder adjudicador y, en consecuencia, sea un tercero el ejecutor real de la prestación, que es lo que suele acontecer en la mayor parte de los supuestos. Y se trata de un problema que se acaba de complicar en los supuestos en los que hay una Administración que no es la matriz de la entidad instrumental y que es la que hace de forma directa la encomienda del trabajo, como ocurre con la Empresa de Transformaciones Agrarias, S.A., TRAGSA⁷. El círculo de los supuestos especialmente complejos se cierra con los casos en los que nos encontramos ante una entidad mixta, de titularidad pública y privada, sobre los cuales también ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal de Justicia⁸, o el de las entidades de titularidad totalmente privada, como ocurrió en el conocido caso *Scala*. En todo caso, no es éste el momento de analizar esta rica problemática y, por ello, me concentraré en el problema de la posibilidad de que otra Administración pública distinta de la Administración matriz de la entidad instrumental sea quien realice encomiendas de actividad y la respuesta que proporciona el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia *Tragsa*, objeto de este comentario.

En todo caso, enunciar las cuestiones anteriores permite que veamos las líneas generales de los problemas a los que se enfrentó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su reciente sentencia de 19 de abril de 2007⁹, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada el 1

⁵ M. REBOLLO PUIG, «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», en el núm. 161 de esta REVISTA (mayo-agosto 2003), pág. 366.

⁶ M. REBOLLO PUIG, «Los entes...», *op. cit.*, pág. 379.

⁷ Sobre el régimen de TRAGSA, véase C. AMOEDO SOUTO, *TRAGSA. Medios propios de la Administración y huida del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona (2004).

⁸ Véase, por ejemplo, el caso referido en E. ARIMANY LAMOGIA, «La apertura del mercado de los encargos de ejecución de obras de urbanización conferidos directamente a sociedades del sector público (crónica del caso *Centro de ocio de la ciudad de Roanne*)», en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 133 (enero-marzo 2007), págs. 65 y ss.

⁹ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de abril de 2007, Asunto C-295/05, Conclusiones del Abogado General Geelhoed, presentadas el 28 de septiembre de 2006.

de abril de 2005 por el Tribunal Supremo de España para la resolución del litigio que oponía a la Asociación Nacional de Empresas Forestales con TRAGSA y la Administración General del Estado. Como es conocido, esta resolución no constituye el primer litigio que ha conocido el Tribunal de Justicia relativo a esta empresa pública en relación con los procedimientos de recepción de encargos¹⁰, ya que, con anterioridad, tuvo que examinar la compatibilidad con el ordenamiento comunitario de los encargos directos de la Administración del Estado en la sentencia de 8 de mayo de 2003; aunque no constituía el objeto central del procedimiento, ya que se trata de una resolución que se dictó en el marco de un procedimiento sobre el fraude a los fondos del FEOGA¹¹.

En general, el problema de la adjudicación de trabajos de forma directa a entidades instrumentales por parte de la Administración matriz ha estado rodeado de una cierta polémica por parte de un sector de la doctrina, por las consecuencias que tiene para los restantes operadores jurídicos el no poder participar en una adjudicación de un encargo de trabajos por parte de dicho ente público¹², más allá de que en bastantes ocasiones las entidades instrumentales sí que recurren a procedimientos competitivos para su adjudicación. Si, en general, esta posibilidad no ha sido bien aceptada por una parte de los autores, menos aún lo es en los supuestos en los que los encargos se realizan por una Administración pública diferente de la que es la Administración matriz de dicha entidad instrumental. Hay, eso parece claro, un punto de diferencia importante, cuyas consecuencias se verán con posterioridad, dado que es el punto central de esta sentencia sobre la situación jurídica de TRAGSA.

La resolución que se comenta en esta ocasión tiene una solución que puede parecer sorprendente en relación con el problema de la compatibilidad de la adjudicación directa a una entidad instrumental por parte de otra Administración pública, sobre todo si tenemos en cuenta los porcen-

¹⁰ Un resumen se puede ver en C. AMOEDO Souto, *TRAGSA...*, *op. cit.*, págs. 102 y ss.

¹¹ En dicha resolución se afirmó por el TJCE que «las autoridades españolas pueden encomendar legítimamente a TRAGSA los trabajos relativos a la implantación del registro oleícola sin recurrir al procedimiento de licitación», precisamente por constituir un medio propio y un servicio instrumental de la Administración General del Estado.

¹² E. CARBONELL PORRAS, «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias, ¿convenio o contrato administrativo?», en la obra colectiva, dirigida por L. COSCULLUELA MONTANER, *Estudios de Derecho público económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, Civitas (2003), pág. 377; J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)», en el núm. 144 de esta REVISTA; J. M. GIMENO FELIÚ, «Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en la contratación pública», en el núm. 144 de esta REVISTA, págs. 129 y ss.; P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Entidades instrumentales de obras públicas», dentro de la obra colectiva, que dirige, *Diccionario de obras públicas y de bienes públicos*, Iustel (2007), y en «Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de Derecho Administrativo e incongruencia en el empleo de las técnicas de autoorganización para la gestión de actuaciones administrativas», en la *Revista General de Derecho administrativo*.

tajes de participación de esas «otras» entidades públicas y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación con los contratos *in house providing* que apuntaban en una dirección diferente. No obstante, el análisis no ha de venir tanto por la solución cuanto por las razones que lo justifican, aspecto éste en el que sí que resulta una resolución francamente mejorable. En todo caso, el fallo admite la compatibilidad con el ordenamiento comunitario del modelo TRAGSA. Concretamente, se afirma por el Tribunal de Justicia que:

«Del conjunto de consideraciones expuestas resulta que procede responder a la segunda cuestión que las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a Tragsa, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por tales 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».

Ciertamente, cuando se analiza el marco jurídico de TRAGSA y se examinan las actividades que realiza nos encontramos que se halla ante una situación especial, derivada de que, de acuerdo con su norma de creación, ha de asumir no sólo los encargos de la Administración General del Estado, sino los de las restantes entidades públicas, lo cual se recoge en la norma de creación de esta sociedad: «Tragsa, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, 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, en las materias que constituyen el objeto social de la empresa y, especialmente, aquellas que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren» (art. 88.4 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre de 1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social). De hecho, han existido normas autonómicas a las que se les ha proporcionado este carácter de me-

¹³ Por ejemplo, con respecto a TRAGSA se le ha otorgado el carácter de medio propio, entre otras, en el artículo 24 de la Ley 9/1997, de 22 de diciembre, de Hacienda Pública de las Islas Baleares; o la DA 2.^a de la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 4/2001, de 6 de julio, de medidas tributarias, financieras, de organización y medidas de personal; o la DA 2.^a de la Ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria 11/1999, que dispone que «a todos los efectos establecidos en el artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la Empresa de Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA) y sus filiales, es un medio propio instrumental y servicio técnico 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

dio propio de dicha Administración¹³.

Conviene recordar, en este sentido, que la problemática de TRAGSA no es única en nuestro ordenamiento jurídico, ya que el modelo ha sido imitado en algunas Comunidades Autónomas, que han configurado a una de sus entidades como medios propios de la Administración autonómica y, asimismo, de las Entidades locales. Los efectos de la sentencia que se comenta en este momento afectan, en consecuencia, a todas estas entidades instrumentales y a algunas otras, como ocurre muy especialmente con las sociedades para la ejecución de obras hidráulicas o la recientemente creada Sociedad Estatal de Infraestructuras de los Transportes Terrestres, aunque éstas no tengan el carácter formal de «medio propio». De hecho, en la práctica se ha realizado de todas las formas posibles: bien desde normas de la Administración encomendante, en el marco de una autorización realizada por la Administración matriz de la sociedad a la que se encomienda el desarrollo de la actividad¹⁴, lo cual puede tener la subvariante de ser aceptada por una norma aprobada por la Administración matriz que directamente declara a una de sus sociedades instrumentales como «medio propio» de otra Administración, pero requiriendo el correspondiente convenio de colaboración interadministrativo¹⁵.

El problema tiene, en los últimos tiempos, una trascendencia especial que se debe indicar y que remarca la importancia de la resolución que se está comentando. Para el cumplimiento de los límites de déficit público a

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, como ejecutados directamente por la Administración de la Comunidad autónoma con sus propios medios». Los últimos supuestos son bien recientes: la DA 11.^a de la Ley 10/2006, de 27 diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, o la DA 3.^a de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 11/2007, de 29 de marzo, de creación del Organismo Autónomo Espacios Naturales de Castilla-La Mancha.

¹⁴ Así, siguiendo con la situación jurídica de TRAGSA, el artículo 88.4 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dispone que «TRAGSA, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, 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, en las materias que constituyen el objeto social de la empresa y, especialmente, aquellas que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren».

¹⁵ Así, en el artículo 67.2 de la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta de Andalucía y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros, se dispone, referido a la Empresa de Gestión Medioambiental, S.A., que «EGMASA, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración está obligada a realizar los trabajos que, en las materias que constituyan el objeto social de la empresa y, especialmente, aquellos que sea urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren, le encomienden: la Administración de la Comunidad autónoma, los organismos públicos dependientes de ella, así como las Corporaciones locales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía que suscriban a tal fin un convenio de colaboración con la Junta de Andalucía».

¹⁶ Sobre los problemas de cumplimiento de la estabilidad presupuestaria en materia de obras públicas, véase mi estudio *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2007).

que nos obliga el Pacto de Estabilidad y Crecimiento¹⁶, a partir de la resolución de Eurostat de 31 de enero de 2002, relativa a la sociedad del Gobierno federal austriaco Bundesimmobiliengesellschaft¹⁷, los entes públicos han constituido entidades instrumentales a las que se ha de dotar del carácter de entidades de mercado, dado que es uno de los requisitos que se exigen para que pueda producirse la desconsolidación, junto con el de constituir una unidad institucional y la asunción de riesgos suficientes por parte de la entidad instrumental. En este sentido, uno de los puntos en los que obtienen este comportamiento económico radica precisamente en los trabajos que realizan para otras entidades públicas, como ocurre muy gráficamente con las sociedades estatales de obras públicas¹⁸, en cuyo objeto social se encuentra precisamente la posibilidad de suscribir convenios con otras entidades públicas.

De hecho, se puede afirmar, incluso, que la constitución de estas entidades instrumentales orientadas al mercado ha sido incentivada como mecanismo para que no compute el coste de las obras públicas a efectos de déficit público por la Oficina Estadística de la Comisión Europea, Eurostat, y que, precisamente por ello, permite avanzar en la consecución de los objetivos en materia de infraestructuras que se han planteado las autoridades comunitarias. Se trata de un objetivo cuya consecución, evidentemente, va a resultar muy beneficiada por el contenido de esta resolución y que, por tanto, introduce una línea de coherencia en la posición comunitaria entre la posibilidad de recurrir a entidades instrumentales y el tratamiento contable de estas sociedades.

En todo caso, es hora de que pase a analizar las cuestiones centrales que se plantean en la resolución del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación con las prestaciones realizadas *in house*. No obstante, sí conviene realizar una consideración general relativa a que esta sentencia no constituye una resolución especialmente detallada en cuanto a los motivos que justifican las soluciones que plantea. Lo cual resulta especialmente significativo cuando se ha apartado de la doctrina anterior, a pesar de que la importancia del pronunciamiento lo hubiera demandado.

II. LA CUESTIÓN DE LA NATURALEZA DE LAS ENCOMIENDAS DE TRABAJOS A LA ENTIDAD INSTRUMENTAL

Uno de los problemas que siempre se ha planteado en relación con las entidades instrumentales que realizan actividades de ejecución de políticas públicas vinculadas a la contratación administrativa es el relativo a la naturaleza de las encomiendas de trabajo que realizan. Precisamente aquí está uno de los núcleos gordianos de la admisión de estos encargos, ya que si las encomiendas se consideraran como un contrato habríamos de res-

¹⁷ Eurostat, Decisión BIG, pág. 2, News release 15/2002.

¹⁸ Sobre el régimen de este tipo de sociedades estatales, véase mi estudio *Sociedades estatales de obras públicas*, de próxima publicación.

ponder, automáticamente, que han de pasar por la normativa pública de contratación y habría que recurrir a los procedimientos generales de adjudicación.

La sentencia *Tragsa* se pronuncia claramente sobre su naturaleza no contractual, lo cual se vincula a la obligatoriedad que tiene la realización de los trabajos y, en consecuencia, de la fijación de las contraprestaciones que va a recibir la sociedad por parte de la Administración encomendante¹⁹. Concretamente, la sentencia afirma lo siguiente:

«En efecto, del artículo 88, apartado 4, de la Ley 66/1997 y de los artículos 3, apartados 2 a 6, y 4, apartados 1 y 7, del Real Decreto 371/1999 parece derivarse que Tragsa está obligada a 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».

La cuestión ha sido objeto de polémica doctrinal para determinar cuál sea la naturaleza real de estos encargos a las entidades instrumentales. Como explicaciones se pueden proporcionar varias. De entrada, se ha traído a colación la fórmula de la encomienda de gestión recogida en el artículo 15 LPAC como mecanismo teórico para estos encargos a las sociedades estatales. Es una fórmula que, de hecho, cuando se trata de entidades públicas empresariales que sí son entidades de Derecho público, aunque estén sometidas al ordenamiento jurídico-privado, podría valer. No obstante, cuando nos encontremos ante una sociedad mercantil, esto es, ante una persona jurídica de Derecho privado, no cabe habida cuenta de que el apartado quinto de dicho precepto lo veta, por más que se haya buscado alguna explicación forzada para admitirlo²⁰. En este caso, la encomienda de gestión se sustituye por la formalización de un contrato, «sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho administrativo», ya que, como señaló S. MARTÍN-RETORTILLO, con el artículo 15.5 «el legislador ha tenido presente la relación que debe existir entre personalidad

¹⁹ Concretamente, el TJCE indica al respecto 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».

²⁰ F. AZOFRA VEGAS, «La financiación privada de infraestructuras públicas», en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 96 (1997), págs. 546 y ss.

de derecho privado y régimen de libre competencia también para el sector público empresarial»²¹. Obviamente, en el caso de que nos encontráramos ante una figura de naturaleza contractual, habría que someter estos contratos a la legislación de contratos de las Administraciones públicas, algo que, desde luego, está lejos del espíritu de estos mecanismos para la construcción de obras públicas y, de hecho, si se hubiera querido recurrir a figuras contractuales que se hubieran tenido que someter a la Ley de Contratos no se hubiera configurado este instrumento.

En todo caso, no creo que la mecánica de estos convenios ni el desarrollo de las actividades resulten compatibles con su reconducción a la naturaleza contractual; teniendo en cuenta cuáles son las funciones que cumplen cada una de las partes en la formalización y ejecución del convenio, que se separan en mucho de lo que son normales en los contratos. No hay un contrato de consultoría, ni de asistencia —ya que los términos del convenio son determinados por parte de la Administración matriz, y que si acaso hay asesoramiento de una sobre la otra es la Administración matriz la que colabora con la sociedad instrumental en el desarrollo de su actividad—, ni menos aún de obra pública, ya que la construcción la efectúa un tercero que será determinado con arreglo a los procedimientos propios de una Administración pública y, por tanto, no ocupa una función de contratista en el procedimiento de contratación, sino un sustituto de la función de poder adjudicador, con todas las consecuencias derivadas de esta función²². Téngase en cuenta que no estamos ante la realización de la obra por la sociedad, sino, por el contrario, nos encontramos con una actividad de administración de un proceso de construcción por parte de un tercero. O, planteada la cuestión en otros términos, no parece que nos encontremos ante el supuesto prohibido en el artículo 3.1.d) LCAP, que impide que se pueda convenir sobre objetos comprendidos «en los contratos de esta ley o en normas administrativas especiales»²³. Insisto, aquí no nos encontramos ante un contrato de obras, ya que la sociedad no las ejecuta, sino ante una administración del proceso de contratación, en el que, además, algunas de las prestaciones las realiza la propia Administración matriz que realiza el encargo de la acti-

²¹ S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Acotaciones escépticas sobre la nueva regulación del procedimiento administrativo», en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78 (1993), pág. 215.

²² ARIMANY, en cambio, piensa, partiendo de un supuesto de una entidad mixta, que si nos encontramos ante un supuesto de naturaleza contractual cuyo efecto para el Derecho de la competencia no se elimina por el hecho de que se vaya a contratar a posteriori con un tercero la realización de la obra. «No se garantiza la plena eficacia de las Directivas, entre otros extremos, porque en los ulteriores procedimientos transparentes, no se está licitando exactamente lo mismo que aquello que constituye el encargo directo, esto es, el papel de contratista principal y su función de coordinación y responsabilidad general de la operación. Como mínimo, esa función de contratista principal ha quedado sustraída a la obligación comunitaria de transparencia». E. ARIMANY LAMOGLIA, «La apertura...», *op. cit.*, pág. 87.

²³ En este sentido, T. DE LA QUADRA SALCEDO, «La ejecución de obras por la Administración», en la obra colectiva, dirigida por R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas (2004), pág. 964. En contra, E. CARBONELL PORRAS, «El título jurídico...», *op. cit.*, págs. 377 y ss.

vidad a la sociedad estatal.

Aquí, por el contrario, nos encontramos ante una sociedad dependiente de una entidad matriz que actúa en nombre de ésta. Como señaló hace años MALARET, «la significación y trascendencia del convenio se deriva de la formalización de la posición en la que actúa la sociedad en el tráfico jurídico. No actúa a título propio, sino por “encomienda” o mandato. La actuación se produce por cuenta de la Administración a la que sustituye, por ello la Administración pública “retiene” facultades que le garantizan el dominio de la obra “en concreto”, como expresamente ha establecido el legislador: los poderes de dirección, inspección, control y recepción»²⁴. Esta fórmula del mandato que, además, es la que se está recogiendo de forma expresa, como se puede apreciar en el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autoriza la creación de la Sociedad Estatal de Infraestructuras de Transporte Terrestre, que fija el objeto social de dicha entidad en «el proyecto, construcción, conservación, explotación y promoción de las infraestructuras del transporte de titularidad estatal, por cuenta de la Administración General del Estado, en el marco del régimen jurídico de los mandatos de actuación que se establezcan».

No es sólo que el Acuerdo del Consejo de Ministros de autorización de la creación de la SEITT²⁵ lo exprese con estas palabras, sino que creo que es la fórmula que mejor se adapta a la realidad que se ha descrito con anterioridad. Recordemos que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1709 CC, por el mandato «se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra»; que es exactamente lo que ocurre en estas relaciones entre Administración matriz y sociedad instrumental. Una obligación de hacer que en nuestro caso está constituida por la administración del proceso de construcción de la infraestructura —ya que la ejecución material de los trabajos se efectuará por parte de un contratista elegido con arreglo a las prescripciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas—. La obra, además, se efectúa en las condiciones de todo tipo que quiere el mandante; el cual retiene, además, no sólo las potestades que obligatoriamente ha de ostentar por tratarse de una Administración pública, sino aquellas otras que considera necesarias para una correcta satisfacción de los intereses generales. Y no puede obviarse el hecho, además, de que los bienes construidos no se integran en el patrimonio de la sociedad, sino que pasan a formar parte del de la Administración que ha mandado los trabajos; que, por otra parte, es la que abona los mismos a través de las transferencias de fondos a la sociedad.

Por parte de todas las sociedades instrumentales, y más en el caso de

²⁴ E. MALARET GARCÍA, «Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas», en la obra colectiva, dirigida por A. EMBID IRUJO, *El nuevo Derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Civitas (1998), pág. 125.

²⁵ A una conclusión similar llega F. ESQUIVIAS FERRIZ, en «Experiencias de financiación de infraestructuras y dotaciones mediante empresas públicas: el caso de Arpegio», en la obra colectiva, dirigida por F. J. ROMERO ÁLVAREZ, *Nuevas formas de financiación de proyectos públicos*, Civitas-Cámara de Cuentas de Andalucía, Madrid (1999), págs. 157 y ss. Sus conclusiones vienen después del estudio de los proyectos gestionados mediante esta entidad.

TRAGSA, que está recogido de forma expresa en su norma de creación, ha de aceptarse la encomienda del trabajo —como ocurre en toda situación de mandato, tal como lo señala el art. 1710 CC—. En este caso, la aceptación del mandato se produce de forma expresa mediante la firma del convenio correspondiente y, asimismo, de acuerdo con la formulación general del mandato, los poderes que asume la sociedad instrumental son meramente de administración, sin que ejecute materialmente ninguna actuación. O, recordando la fórmula que señala el artículo 1718 CC sobre el modo en que se ha de ejecutar este encargo de trabajo por cuenta ajena, «en la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante».

Incluso, dando un paso más, bien podría decirse que el suscribir un convenio entre las dos entidades no resultaría un elemento estrictamente necesario para una correcta asunción y ejecución de la encomienda, desde una perspectiva general de las relaciones entre una sociedad instrumental y la Administración matriz. Como ha señalado REBOLLO, «puede y debe hacerse mediante un acto administrativo y, aunque apareciese en forma de convenio, no cambiaría su verdadera naturaleza. De hecho los entes institucionales —puros entes instrumentales de la Administración matriz— deben realizar lo que se les encargue sin que puedan negarse, su voluntad no importa y su consentimiento no es necesario»²⁶. Pero, teniendo en cuenta todas las finalidades que se persiguen con la constitución de una sociedad estatal, esta recepción del consentimiento deja de ser una licencia y pasa a transformarse en una obligación. En efecto, aunque en un sentido estricto no resultara necesario, el mantenimiento de la ficción de que nos encontramos ante personas diferentes, con voluntad distinta de la Administración de la que depende, resulta imprescindible habida cuenta de las exigencias que ha planteado Eurostat para lograr la desconsolidación del coste de las infraestructuras. Cuestión diferente es que realmente en estos supuestos nos encontremos ante una ficción jurídica, ficción de que hay una coincidencia de voluntades cuando en su lugar hay una orden de la Administración matriz sobre el ente instrumental, que en su condición de instrumento ha de acatarla, ya que si no fuera así no tendría sentido su mera existencia.

Todo ello, ha de recordarse, se efectúa en el margen que proporciona el nuevo inciso del artículo 3.1 —contemplado en su letra *l*)—, en virtud del cual, como sabemos, no se ha de efectuar un contrato en aquellos supuestos en los cuales nos encontremos ante «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». Convenio que lo que hará será exteriorizar el mandato realizado por la Administración matriz sobre

²⁶ M. REBOLLO PUIG, «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», en el núm. 161 de esta REVISTA (mayo-agosto 2003), pág. 377.

la sociedad instrumental. Obviamente, este convenio se ha de enmarcar dentro de los márgenes derivados de la jurisprudencia *Teckal*, cuyos principios podrán ser aplicados a las sociedades estatales de obras públicas, aspectos que serán analizados con posterioridad.

Esto es, nos encontramos ante una actuación en donde no cabe duda de que se realiza claramente en nombre de la Administración pública de la que depende, como se corresponde al convenio —con las precisiones que se acaban de realizar— que fija clara y precisamente todo el ámbito de actuación de la sociedad instrumental. Por ello, en la propia norma se le niega su carácter contractual: «las relaciones de TRAGSA y sus filiales con las Administraciones públicas en su condición de medio propio y servicio técnico tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos son de carácter interno, dependiente y subordinado», tal como señala el RD 371/1999, de 5 de marzo.

III. EL CONTROL DE LA ENTIDAD INSTRUMENTAL Y LA TENENCIA DEL 1% DE LAS ACCIONES POR PARTE DE ALGUNAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El punto en el que la doctrina que surge de la nueva sentencia parece más discutible es el relativo al control de la sociedad por parte del órgano encomendante, que, como se recordará de la jurisprudencia *in house*, ha de ser similar al que se disfruta sobre los órganos integrados dentro de la estructura administrativa. Es, propiamente, lo que proporciona carta de naturaleza a la doctrina de las prestaciones internas de la Administración y lo que justificaría que no se abriera la prestación a la competencia. Y, desde luego, si se analiza la cuestión desde un punto de vista lógico, no parece admisible que se pueda proporcionar la condición de *medio propio* a una entidad instrumental *ajena*, por no disponer ni directa ni indirectamente de un porcentaje suficiente de su capital social, no resultando suficiente, por ejemplo, el 1%²⁷ que poseen algunas Comunidades Autónomas en el capital de TRAGSA. Y, *a sensu contrario*, este planteamiento lógico sí que nos permitiría admitir los encargos de actividades que procedieran del Estado con respecto a la entidad ahora analizada o de toda Administración matriz con respecto a su entidad instrumental²⁸.

Incluso, en aras de favorecer la eficacia de la actuación de la Adminis-

²⁷ Es preciso tener presente que en el propio caso *Teckal* las conclusiones del Abogado General insistieron en que resultaba 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 servicios.

²⁸ Conviene recordar, no obstante, lo que señaló, en contra de lo afirmado por España, la STJCE en referencia a TRAGSA: «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 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».

²⁹ F. SOSA WAGNER y M. FUERTES LÓPEZ, «¿Pueden los contratos...», *op. cit.*

tración, se podría admitir que no es preciso que el control sea absoluto²⁹, pero, al mismo tiempo, me parece incuestionable que un 1% es demasiado exiguo. Hay otros supuestos en nuestro país en donde hay un control suficiente en función de las competencias asumidas por esa Administración pública que parece más razonable³⁰. Sería, por tanto, un juicio de razonabilidad el que habría que aplicar para determinar hasta dónde es posible esta colaboración entre entidades públicas, más allá de que la solución que parece más razonable es la que se indica en el último epígrafe de este comentario.

En el caso de autos, la propia sentencia reconoce expresamente que el porcentaje de las acciones de TRAGSA de las que son titulares las Comunidades Autónomas que realizan las encomiendas de actividad es mínimo³¹. Pero, pese a ello, de forma un tanto apodíctica, el Tribunal de Justicia ha afirmado en esta resolución que:

«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».

Lo cual se vincula al elemento que se ha recordado con anterioridad de que se trata de una obligación legal y que su cumplimiento impide la negociación contractual entre TRAGSA. Aquí es donde el Tribunal se aparta de su jurisprudencia anterior, en donde ha sido muy exigente a la hora de exigir ese control. Nótese, por ejemplo, que, tal como se afirmó en la sentencia *ARGE*, la «capacidad de la colectividad a determinar el funcionamiento del prestatario y la ausencia de autonomía que se produce para este último, niegan toda realidad contractual». De hecho, sigue afirmando, «la ausencia de autonomía de una entidad económica en relación con la administración territorial hace imposible o ilusorio la existencia de un contrato entre estas dos personas aunque sean jurídicamente diferentes»³².

En una línea similar, en la sentencia *Teckal* se ha afirmado que se puede encomendar directamente la realización de trabajos para una entidad instrumental «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 servi-

³⁰ Se debe recordar, en este sentido, que sociedades de capital de dos entidades públicas para la realización de obras públicas es algo que no es desconocido entre nosotros, ya que ha ocurrido en las sociedades Canal Navarra, S.A. y Depuradora del Baix Llobregat, S.A., en las que participan las Comunidades Autónomas afectadas con un porcentaje superior al 10%.

³¹ Concretamente, en el § 48 de la sentencia se afirma que: «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».

³² STJCE de 7 de diciembre de 2000, *ARGE Gewässerschutz* (Asunto C-94/99).

cios». Este control similar al que efectúe sobre los órganos propios ha de suponer el que tanto los objetivos estratégicos como las decisiones relevantes son tomadas en la sociedad de acuerdo con la voluntad de la Administración de la que depende; lo cual afecta, indudablemente, a que la determinación de los trabajos que ha de efectuar y las condiciones en que se ejecutarán dependerán directamente de la Administración matriz.

Vístase como se vista la situación, pero parece imposible aceptar que, siendo titular sólo del 1% de las acciones, se dispone de un control similar al que se tiene sobre los propios servicios. Y ello por lo que supone, como se acaba de indicar lo que indica la analogía en el control. Ejemplificando las funciones que representa, supone que «no existirán relaciones de jerarquía, pero sí de dirección de la gestión de la entidad, la posibilidad de encauzar su planificación, su estrategia empresarial, aprobar sus presupuestos, designar a sus consejeros, etc. Éstos serán ejemplos significativos para admitir ese *control análogo*»³³. Precisamente por ello, resulta sorprendente que se pueda afirmar que con un 1% de las acciones se tiene capacidad suficiente para realizar esas actividades, sobre todo si tenemos en cuenta que en la propia jurisprudencia sobre las prestaciones *in house* se ha señalado que cualquier excepción al principio general resulta especialmente extraordinaria³⁴. Y ni siquiera podemos hablar aquí de indicios de control, como ha recogido algún pronunciamiento anterior del Tribunal de Justicia, aunque referidos al control total del capital social de la entidad a la que se encomienda el trabajo³⁵.

La razón de los planteamientos anteriores de la jurisprudencia comunitaria estriba en el propio contenido de la Directiva³⁶. De este modo, tal como señaló la sentencia *Stadt Halle* y tomando como partida que las Directivas comunitarias se han de aplicar 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», se afirmó el siguiente principio sobre el sometimiento a las Directivas de los mecanismos de encomienda de actividad a las entidades dependientes de la Administración matriz: «Una autori-

³³ F. SOSA WAGNER y M. FUERTES LÓPEZ, «¿Pueden los contratos...», *op. cit.*

³⁴ La jurisprudencia comunitaria ha señalado sobre la aparición de estos requisitos que «dado que se trata de una excepción a las normas generales del Derecho comunitario, ambos requisitos expuestos en el apartado anterior deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella» (STJCE *Parking Brixen GMBH*, Asunto C-458/03, de 13.10.2005).

³⁵ STJCE de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo y Consorzio Alisei*, Asunto 340/04. En ella se señaló 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, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios».

³⁶ Concretamente, señala que la Directiva ha de ser aplicada 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».

dad 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».

IV. REALIZACIÓN DE LA PARTE ESENCIAL DE SU ACTIVIDAD PARA LA ENTIDAD ENCOMENDANTE

Vinculado a la solución que ha proporcionado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el apartado anterior, nos encontramos con una rebaja de exigencia en cuanto al requisito contenido en la doctrina *Teckal*, consistente en que la entidad instrumental ha de realizar la parte central de su actividad para la entidad encomendante. Concretamente, en la sentencia que se está comentando se afirma por parte del TJCE lo siguiente:

«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*, antes citada, apartado 70).

Afirmación que se realiza teniendo presente cómo se distribuye la actividad de TRAGSA entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas para las que ejecuta encargos, que si sirviera para algo sería, aplicando estrictamente los criterios anteriores de la jurisprudencia *in house*, para negar que se puedan encomendar directamente por parte del Estado a TRAGSA, teniendo en cuenta que no es precisamente mayoritaria³⁷.

Con ello también se aparta de la doctrina que había venido siguiendo la jurisprudencia comunitaria anterior sobre las prestaciones *in house*. Expuesta esta doctrina con las propias palabras del TJCE, «la actividad de dicha empresa está destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal», para lo cual deben ser tomadas en consideración «todas las circunstancias

³⁷ Concretamente, el Tribunal reconoce que: «En el asunto principal, como resulta de los autos, Tragsa realiza por término medio más del 55% de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35% con el Estado. De lo anterior resulta que esta sociedad realiza lo esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la controlan».

del caso, tanto cualitativas como cuantitativas». Concretando algo más las circunstancias cuantitativas, «el volumen de negocios determinante es el que la empresa en cuestión realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el ente territorial que la controla, incluido el realizado con los usuarios en ejecución de tales decisiones». No obstante, se trata de un elemento que no resulta demasiado concretado en la jurisprudencia comunitaria y que, por ello, produce un excesivo grado de indeterminación para que resulte totalmente aplicable. Ello asumiendo que algo de flexibilidad —mucho menor de la actual— resulta precisa.

El elemento determinante en este sentido resulta ser la entidad que efectúa la encomienda de los trabajos, de tal manera que «carece de importancia la cuestión de quién remunera a la mencionada empresa, ya sea el ente territorial que la controla, ya sea una entidad instrumental de esa administración sometida al derecho público, ya fueran los terceros usuarios de los servicios prestados en virtud de concesiones o de otras relaciones jurídicas establecidas por dicho ente territorial. También resulta irrelevante, a estos efectos, la cuestión de en qué territorio se prestan dichos servicios»³⁸.

De la doctrina sobre los contratos *in house providing* posiblemente resulte el elemento menos adecuado, en la medida en que el destinatario global de los trabajos efectuados no tiene ninguna relación con los objetivos de las Directivas comunitarias ni afecta a la vinculación que hay entre la entidad instrumental y la matriz³⁹. Aquí, no lo olvidemos, no se está analizando la configuración general de la actividad, sino, por el contrario, si un encargo concreto de actividad habría de someterse a los procedimientos derivados de la Directiva. Por tanto, sería, en su caso, un problema de los procedimientos por los cuales ha obtenido los encargos de otros entes públicos o privados, para lo cual alguno de los criterios ha sido enunciado con anterioridad.

El objetivo que tendría la realización de actividades para otras entidades distintas de la Administración matriz consistiría precisamente en la obtención de unos rendimientos económicos que permitieran la realización de otras actividades complementarias sin que tenga efectos sobre la situación económica del ente público. Y, al mismo tiempo, no podemos olvidar que estas entidades instrumentales son un mecanismo para la articulación de relaciones de colaboración interadministrativa, como aparece claramente en el caso de TRAGSA o en el de las sociedades estatales de aguas. Esto es,

³⁸ Todos los entrecomillados provienen de la STJCE de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo y Consorzio Alisei*, Asunto 340/04.

³⁹ En contra, GIMENO FELIÚ, para el cual «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 agente del mercado». J. M.^a GIMENO FELIÚ, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Civitas, Madrid (2006), pág. 144.

se trataría también de un problema de eficacia y de eficiencia en el funcionamiento del conjunto de Administraciones públicas, aspectos que han de ser ponderados al lado del Derecho de la competencia, el cual, no lo olvidemos, no es el único factor que ha de ser valorado cuando se analiza una actuación administrativa con trascendencia económica.

De hecho, impidiendo que las entidades instrumentales pudieran prestar servicios para terceros, lo que se está haciendo es una restricción no razonable al funcionamiento administrativo, dado que con ello se estaría impidiendo que se pudieran obtener recursos complementarios para afrontar la realización de otras actividades, insisto, siempre que la adjudicación de los contratos se produzca de acuerdo con el procedimiento que resulte más adecuado teniendo en cuenta quién es el poder adjudicador. Más aún, en los casos de constitución de entidades instrumentales por parte de las Administraciones públicas, precisamente lo que se pretende es algo más que la mera desconcentración, la posibilidad de poder realizar actividades para terceros, que complementen los recursos administrativos. Y, por último, no podemos olvidar que introduce un factor que distorsiona toda la problemática derivada del cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, a la que se ha hecho referencia con anterioridad.

V. COOPERACIÓN INTERADMINISTRATIVA Y ENCARGOS DIRECTOS A ENTIDADES INSTRUMENTALES

Pese a que la sentencia *Teckal* ha admitido, de forma generosa, la posibilidad de que se adjudiquen directamente a medios propios de otras Administraciones públicas en las que se es poseedor de una parte ínfima del capital, posiblemente no resulte el mecanismo más adecuado para hacer frente a esta realidad desde la perspectiva del ordenamiento comunitario y en aras de salvaguardar los objetivos previstos en las Directivas comunitarias. Sin embargo, se trata de una posibilidad que hay que buscar el mecanismo idóneo para su realización, perfectamente factible⁴⁰, en aras de una mayor eficacia y eficiencia del funcionamiento de los entes públicos o incluso de una mayor capacitación por parte de entidades ya constituidas y que están prestando sus servicios de forma satisfactoria.

Una vía que acaso pudiera solucionar el problema partiría de la realización de encomiendas de gestión entre las Administraciones públicas, para que sea la receptora de la misma la que ordene a su entidad instrumental la realización de la actividad; para lo cual sí que sería necesario recurrir a la figura del convenio interadministrativo. Con las palabras de MALARET, «puesto que se trata de una sociedad estatal, para actuar por encargo de otras Administraciones públicas requiere la formalización del correspondiente convenio entre las dos Administraciones públicas implicadas, la Administración matriz y la que realiza la encomienda (art. 15 LRJPAC). Este

⁴⁰ En este sentido, C. AMOEDO SOUTO, *TRAGSA...*, *op. cit.*, págs. 109 y ss.

requisito tiene carácter sustantivo, no es un mero trámite formal, puesto que de su existencia o no derivan importantes consecuencias prácticas»⁴¹. En todo caso, el procedimiento resulta algo barroco —por constituir una relación triangular entre las dos Administraciones públicas y luego dirigida a la entidad instrumental para cada una de las encomiendas— cuando se podría configurar un mecanismo más directo.

En efecto, en mi opinión, la solución que resultaría más adecuada para el ejercicio de estas actividades de forma conjunta sería la constitución de entidades mixtas entre las dos Administraciones públicas, algo que ya ha sido admitido por parte del Tribunal de Justicia⁴² —también en esta resolución⁴³—, aunque, evidentemente, se debería tratar de un porcentaje superior al que concurre en el caso de TRAGSA. De hecho, no afecta a ninguno de los problemas que ha planteado el propio Tribunal de Justicia y da una respuesta que, en mi opinión, es más armónica para desbloquear el problema.

De entrada, nos encontraríamos ante un supuesto de equivalencia de intereses en los copartícipes societarios y, por tanto, no se podrían plantear las dificultades que aparecerían si, en su lugar, entraría en su capital una entidad privada. Como ha señalado el propio TJCE, «la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora en cuestión excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios»⁴⁴. Sería, por tanto, una sociedad formada entre iguales.

Pero, obviamente, el diseño institucional debería ser diferente, algo que indicó ya el Abogado General en sus conclusiones y sobre lo cual la sentencia guarda un absoluto silencio, coherente con la poca explicación que proporciona a las soluciones que plantea. El Abogado General, por el contrario,

⁴¹ E. MALARET GARCÍA, «Las sociedades...», *op. cit.*, pág. 124.

⁴² Esta posibilidad está admitida expresamente en la STJCE de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo y Consorzio Alisei*. Aquí lo que se exigirá es que «cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta 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». STJCE de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo y Consorzio Alisei*, Asunto 340/04.

⁴³ «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».

⁴⁴ Entre otras, véanse las SSTJCE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*, Asunto C-26/03, y de 10 de noviembre de 2005, *Comisión c. Austria*, Asunto C-29/04. Recientemente, la sentencia de 18 de enero de 2007 —Asunto C-220/05, *Aroux c. Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)*— se reafirma en el mismo planteamiento, afirmando que «el hecho de que la SEDL sea una sociedad mercantil de capital mixto en la que se da participación privada excluye que pueda considerarse que el municipio de Roanne ejerce sobre ella un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos distintos de los perseguidos por una autoridad pública».

señaló que «esto me lleva, como paso intermedio, a la conclusión de que en los supuestos en que un medio instrumental actúa como “medio propio” de varios entes públicos, es preciso que el estatuto legal aplicable garantice la influencia real que todos los entes públicos que formulen encargos tengan, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de este “medio propio”. Asimismo, resulta necesario que se definan con precisión las responsabilidades públicas para cuya ejecución los entes públicos correspondientes pueden formular encargos al servicio instrumental común como “medio propio”».

Incluso, indicó que «si este servicio instrumental común se organiza en forma de persona jurídica distinta, las partes interesadas pueden ejercer su influencia determinante sobre las decisiones estratégicas de la persona jurídica en su calidad de accionista y a través de su representación en los órganos de administración de la persona jurídica». Y, desde luego, lo que no parece procedente es afirmar, como se ha hecho en el mismo caso por parte de la representación española, que el control se ejercita en la medida en que se controla el modo de ejecución del convenio.

De hecho, no constituye una solución desconocida en la práctica española de las sociedades de obras públicas, en donde hay competencias concurrentes que obligan a establecer diseños institucionales que den cabida a los intereses de todos los entes públicos, dentro de lo cual lo más adecuado es la participación en los órganos de gestión, lo cual cubriría, además, otros problemas, como el de la correcta articulación de competencias con puntos de conexión territorial⁴⁵. En efecto, como ha señalado EMBID⁴⁶, no se trataría de un problema de representación del capital —en cuyo caso la situación no ofrece dudas—, sino de disponer de representantes en ejercicio de las competencias que tienen reconocidas las Comunidades Autónomas. Se trata, por otra parte, de una situación que no resulta desconocida en la práctica de las sociedades estatales de obras públicas, ya que, de hecho, alguna ya ha incorporado a su Consejo de Administración a algunos representantes de las Comunidades Autónomas para el ejercicio de estas competencias autonómicas.

Sólo de este modo se podrá dar cumplimiento, por un lado, a la exigencia de un control equivalente al que se tiene sobre los órganos propios —cuya aplicación resulta matizada, obviamente, por la situación de comu-

⁴⁵ La propia STC 161/1996 fue en esta línea de reconocer que lo más adecuado era la participación en los órganos de dirección de los organismos de cuenca: «el modo más directo que tiene la Comunidad autónoma para incidir en los intereses afectados por la administración de las aguas en las cuencas como la del Ebro o la del río Garona, se extienden más allá de su territorio, es mediante su participación en los órganos de gobierno de las correspondientes Confederaciones Hidrográficas, en los términos previstos por la legislación estatal... Respetando siempre el marco constitucional, que incluye como principio esencial el principio de colaboración entre el Estado y las Comunidades autónomas».

⁴⁶ A. EMBID IRUJO, «Las Sociedades estatales para la construcción, explotación, adquisición y... de obras hidráulicas. Nuevas reflexiones», dentro de la obra colectiva, coordinada por L. COSCULLUELA MONTANER, *Estudios de Derecho público económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, coedición de ENDESA, Ibercaja y la Editorial Civitas, Madrid (2003), pág. 302.

nidad— y, por el otro, a la necesidad de que todos los intereses que están implicados sean de la misma naturaleza, esto es, que no haya fórmulas de cohabitación público-privada entre los titulares de las acciones, ya que la diferencia entre los intereses representados —de defensa del interés general frente al interés particular— produce una distorsión en el sistema, de acuerdo con lo afirmado, razonablemente, por la jurisprudencia comunitaria.

Evidentemente, tras estas reglas el casuismo derivado del número de copartícipes, el porcentaje de participación de los socios y la participación en la dirección de cada uno de ellos puede ser bastante importante y dificultar el análisis. Nótese que aquí nos encontramos en un punto de difícil equilibrio, a los efectos de analizar la situación de dependencia y extraer consecuencias al respecto. El recurso a estas formas comunitarias de constitución de sociedades para la realización de obras públicas suele ser ejercitado por aquellas Administraciones públicas que tienen menor capacidad económica y que, con ello, pueden ejecutar de una forma mejor, por su eficacia, la realización de proyectos para el desarrollo municipal. Precisamente por ello, conviene que esta fórmula del control directo no se aplique de forma radical, sino que, por el contrario, se tengan en consideración las circunstancias de las Administraciones públicas afectadas. Aquí, como en casi todo, las tonalidades de grises son las que dan una visión real de los problemas.

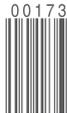
INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. **Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
2. **Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
3. **Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
4. **Normas de edición:**
 - a) **Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:
PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.
PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.
Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) **Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
5. **Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su reseña, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
6. **Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
7. **Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
8. **Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



9 770034 763905



00173

19,00 €