



Revista de Estudios de la Administración
Local y Autonómica

E-ISSN: 1989-8975

reala@inap.es

Instituto Nacional de Administración
Pública
España

Pernas García, J. José

La exigencia de “control análogo” en las encomiendas a medios propios
Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm. 311, septiembre-
diciembre, 2009, pp. 229-276

Instituto Nacional de Administración Pública
Madrid, España

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=576461200008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La exigencia de “control análogo” en las encomiendas a medios propios

J. José Pernas García

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidade da Coruña
jpernasg@udc.es

Resumen

La definición e identificación clara de los encargos a medios propios es de especial relevancia, ya que estas operaciones quedan fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contratos públicos. Los márgenes de estas relaciones no se encuentran plenamente definidos, pues se hallan en pleno proceso de maduración normativa y jurisprudencial (como lo demuestran las recientes sentencias del TJUE). Para la elaboración de este estudio hemos partido de la conclusiones de un estudio previo sobre la doctrina jurisprudencial del TJUE, con la finalidad de realizar un análisis más en profundidad del criterio del “control análogo” en el marco del ordenamiento jurídico español y de acuerdo con las aportaciones de dicho tribunal desde finales de 2008.

Palabras clave

Operaciones in house; encargos domésticos a sociedades públicas; naturaleza y régimen jurídico; artículos 4.1, letra n, y 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; “control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios”.

Procuring in house and the requirement of a “similar control”

Abstract

The definition and clear identification of procuring in house is particularly important, since these operations are outside the scope of the public procurement law. The boundaries of these relations are not fully defined, as they are in the process of elaboration in the regulation and case law (as evidenced by recent decisions of the ECJ). For the preparation of this study, we initiated from the findings of a study on the jurisprudence of the ECJ, in order to conduct a more in-depth analysis of the criterion of “similar control” under the Spanish law and in accordance with contributions from the ECJ since late 2008.

Key words

In house providing; orders to public companies; nature and regulation; articles 4.1, n) and 24.6 of the Act 30/2007, 30 october, public sector contracts; “similar to that exercised control over its own departments”.

I. LAS ENCOMIENDAS A MEDIOS PROPIOS O RELACIONES *IN HOUSE*

1. Naturaleza de las relaciones *in house*

La Administración pública española ha desarrollado de modo creciente fórmulas de gestión a través de personificaciones jurídico públicas (organismos autónomos, entes públicos empresariales, agencias estatales) o privadas (sociedades mercantiles, fundaciones), en la búsqueda de mayor flexibilidad y eficacia¹. La Administración ha utilizado estos entes instrumentales para llevar a cabo los fines públicos que tienen encomendados mediante la realización de encargos directos, lo que se ha venido denominando como encargos a medios propios o *in house*.

Los encargos *in house* son las prestaciones de servicios, suministros de bienes o ejecuciones de obras realizadas a una entidad del sector público –normalmente una administración territorial– por sus propios servicios (*in house* en sentido estricto) o entidades en relación de dependencia (*cuasi* internas o *in house* en sentido amplio). La definición e identificación clara de este tipo de encargos internos es de especial relevancia, ya que estas operaciones quedan fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contratos públicos.

Estas últimas encomiendas *cuasi* internas a entes u organismos de Derecho público van a centrar el objeto de nuestro estudio. Vamos a partir del doctrina del TJUE sobre esta cuestión, ya que la definición y delimitación de los encargos *in house* ha sido realizada por esta vía jurisprudencial. Por ello iniciamos este estudio desde las conclusiones de un trabajo previo sobre la aportación del TJUE², para continuar el análisis de las encomiendas *in house* desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español. No vamos a realizar por tanto un análisis pormenorizado de las sentencias que fueron objeto de ese trabajo previo³, aunque si haremos alguna mención especial

1 Pascual García considera que el recurso a sociedades o fundaciones del sector público, si bien supone una mejora de la eficacia, "(...) hay que encuadrarlo dentro del fenómeno de la "huida del Derecho administrativo", que en este caso va acompañado de una huida de la contabilidad pública y del presupuesto". Los presupuestos de estas entidades son los llamados "presupuestos de explotación y capital, lo que implica que no es vinculante, como los presupuestos administrativos, sino estimativo, ni está sometido al control administrativo de legalidad, es decir, al control interventor" (2010) *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de contratos del sector público*, Boletín Oficial del Estado, 2010, p. 45).

2 Pernas García, J. J. (2008), *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*. Madrid: Lustel.

3 La sentencias tratadas en mi trabajo *Las operaciones in house...*, *ob. cit.*, son las siguientes: Sentencia de 10 de noviembre de 1998, asunto C-360/96, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden/BFI Holding BV*; sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, *Teckal Srl/Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia* (en adelante sentencia *Teckal*); sentencia de 7 de diciembre de 2000, asunto C-94/99, *ARGE Gewässerschutz/Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*; sentencia de 8 de mayo de 2003, asunto C-349/97, *Reino de España/Comisión de las Comunidades Europeas* (en adelante TRAGSA I); sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GMBH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* (en adelante sentencia *Stadt Halle*); sentencia de 13 de enero de 2005, asunto C-84/03, *Comisión de las Comunidades Europeas/ Reino de España*; sentencia del TJCE de 21 de julio de 2005, asunto C-231/03,

a algunas recientes y relevantes sentencias y conclusiones de los abogados generales del TJUE.

El objetivo del presente trabajo es dar un paso más y analizar como ha sido recibida esta doctrina del TJCE por el ordenamiento español y, más en concreto, por la reciente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP)⁴. La LCSP reconoce la excepción *in house* en el artículo 4.1, letra n, del la LCSP⁵. No obstante, las encomiendas internas ya tenían su espacio normativo antes de la aprobación de la LCSP. La anterior Ley de contratos de las administraciones públicas (en adelante TRLCAP)⁶ fue modificada en dos ocasiones para definir la naturaleza de estas encomiendas internas, como ámbito excluido de la aplicación del Derecho de contratos públicos. El Real Decreto-Ley

Consorcio Aziende Metano (Coname)/Comune di Cingia de' Botti; sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, *Parking Brixen GMBH/Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG* (en adelante sentencia *Parking Brixen*); sentencia de 20 de octubre de 2005, asunto C-264/03, *Comisión de las Comunidades Europeas/República Francesa*; sentencia de 10 de noviembre de 2005, *Comisión de las Comunidades Europeas/República de Austria*; sentencia de 6 de abril de 2006, asunto C-410/04, *Asociaciones Nazionale Auto-transporto Viaggiatori (ANAV)*; sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA* (en adelante sentencia *Carbotermo*); sentencia de 18 de enero de 2007, asunto C-200/05, *Jean Auroux y otros/Commune de Roanne*; sentencia de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/Transformación Agraria, S.A. (Tragsa), Administración del Estado* (en adelante sentencia TRAGSA II); sentencia de 18 de diciembre de 2007, asunto C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia/Administración del Estado* (en adelante sentencia *Correos*). Tras la publicación del libro señalado han sido adoptadas otras sentencias de interés del TJUE: sentencia de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, *Coditel Barbant SA/Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale* (en adelante sentencia *Coditel*); sentencia de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06, *Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania* (en adelante sentencia *Servicios de limpieza de Hamburgo*); sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea srl/Commune di Ponte Nossa* (en adelante sentencia *Commune di Ponte Nossa*).

4 En el ámbito autonómico es preciso destacar la Ley Foral de Navarra 6/2006, de 9 junio, de contratos públicos y su reglamento de desarrollo, el Decreto Foral 27/2007, de 26 de marzo, que regula las encomiendas a entes instrumentales de la Administración de la Comunidad foral de Navarra.

5 Otros países han optado por integrar en su Derecho positivo la doctrina del TJUE. Este es el caso por ejemplo de Finlandia (Kaarresalo, Toni (2008), "Procuring in-house: the impact of the EC procurement regime", *Public Procurement Law Review*, 17: 245) o de Francia –véase el artículo 3.1 del *Code des Marchés Publics*, que además de recogerse la doctrina del TJUE, se hace eco de una jurisprudencia previa del *Conseil d'État* sobre la posibilidad de acudir a medios propios (CE, 29 de abril de 1970, *Sté Unipain*: Rec. CE 1970, P. 280). El CE ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la encomienda a medios propios tras la sentencia *Teckal*: CE 27 de julio de 2001, *CAMINF c/ UGAP, Recueil des Décisions du Conseil d'État 2001*, p. 401; CE, 6 de abril de 2007, *Commune d'Aix-En-Provence, Recueil des Décisions du Conseil d'État*, 2007. En el supuesto opuesto se encuentra Reino Unido que no ha recogido expresamente esta excepción en su regulación (*Public Contracts Regulation*, 2006). Ello ha llevado a que los tribunales hayan tenido que aclarar si la doctrina *Teckal* era aplicable en el Reino Unido. Véase en este sentido la interesante sentencia de la *High Court (England & Wales)* del Reino Unido en el caso *Risk Management Partner v Brent* (LBC [2008], EWHC 1094 (Admin), *Queen's Bench Division*, Burnton L. J.). En ella la EWHC afirma que la regulación no contiene ninguna previsión que permita excluir la aplicación doctrina *Teckal* en el Reino Unido (véase sobre esta sentencia, Henty, Paul (2008), "Risk Management Partner v Brent", *Public Procurement Law Review*, 17: 240 NA y ss.).

6 Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE núm. 148, 21 junio 2000).

5/2005⁷ añadió la letra l al artículo 3.1 del TRLCAP⁸, y la Ley 42/2006⁹ desarrolló esta previsión acogiendo los criterios *Teckal* del TJUE¹⁰.

El Estado español (2005)¹¹ fue condenado por exclusión absoluta del ámbito de aplicación de la normativa española de contratos públicos de los convenios interadministrativos¹² (mediante el artículo 3.1, letra c, TRLCAP), que sólo podían quedar fuera si respondían a la naturaleza propia de los encargos internos¹³. Por otra parte el régimen jurídico de la sociedad pública de la Empresa Pública de Transformaciones Agrarias (TRAGSA) ha estado en el centro del desarrollo de la doctrina sobre la excepción *in house*. El TJUE se pronunció en dos ocasiones (2003¹⁴, 2007¹⁵) sobre su naturaleza de medio propio instrumental de la administración estatal y autonómica española. Estas sentencias han tenido su reflejo en la configuración jurídica general de los encomiendas a medios propios prevista en la LCSP, y del propio régimen jurídico de TRAGSA y sus filiales, recogido en la Disposición adicional trigésima de la LCSP. En los tribunales españoles no encontramos demasiados pronunciamientos sobre la naturaleza jurídica de estas operaciones *cuasi* internas de la Administración. El TS se ha limitado a confirmar la doctrina del TJCE.

La denominación que recibe esta forma de mandato público *ad intra* es muy variada: “encomiendas de ejecución”; “encomiendas de gestión”; “encargos de trabajo”; “ejecución a través de medios propios”, etc. En el Derecho europeo ha sido asumida de forma mayoritaria la denominación de encomiendas *in house* (véase la jurisprudencia del TJCE). Nosotros utilizaremos esta denominación, o sus versiones

7 El Real Decreto Ley 5/2005, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE núm. 62, 14 marzo 2005).

8 “Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública”.

9 Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 (BOE núm. 311, 29 diciembre 2006).

10 Esta Ley modifica el artículo 3.1, letra l, estableciendo que no estarán sometidas a la Ley de contratos de las administraciones públicas “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”.

11 Sentencia del TJUE de 13 de enero de 2005, asunto C- 84/03, *Comisión de las Comunidades Europeas/España*.

12 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006 (ponente: Oscar González González, Id. Cendoj: 28079130032006100226). La sentencias de los tribunales españoles que se incluyen en este artículo pueden consultarse en la base pública y *on-line* de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial: www.poderjudicial.es.

13 Véase la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 22 de junio de 2007 (Id. Cendoj: 46250330032007100760), en la que se determina la naturaleza contractual de un convenio de colaboración entre el Ayuntamiento de Valencia y la Universidad Politécnica de Valencia.

14 Sentencia de 8 de mayo de 2003, asunto C-349/97, *Reino de España/Comisión de las Comunidades Europeas*.

15 Sentencia de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/Transformación Agraria, S.A. (Tragsa), Administración del Estado*.

españolas: encargos domésticos, internos o a medios propios. Rechazamos por incorrecta la habitual referencia a los contratos *in house*, ya que los encargos domésticos no responden a la naturaleza bilateral propia de aquellos.

La LCSP llama a estas declaraciones de voluntad unilateral "encomiendas de gestión" (artículo 24.6, párrafo segundo). No se ha lucido aquí el legislador, ya que ello genera confusión con una técnica de traslación competencial de contenido y naturaleza diversa: la "encomienda de gestión" del artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP-PAC)¹⁶. Por ello es preciso dejar claro desde un primer momento que no es aplicable aquí el régimen de las encomiendas de gestión de la LRJAP-PAC. Veamos cuáles son las diferencias sustanciales entre ambas técnicas de organización administrativa¹⁷:

1. En atención al sujetos intervinientes. La "encomienda de gestión" del artículo 15 LRJAP-PAC se produce entre órganos y entes de Derecho público de la misma o de distinta Administración. No es preciso que haya una relación jerárquica, ni de subordinación. Por el contrario, los encargos *in house* se producen entre poderes adjudicadores (abarca por tanto a los entes de Derecho privado que entran dentro del concepto de poderes adjudicadores de la LCSP) vinculados por una relación de dependencia.

El artículo 15.5 LRJAP-PAC deja expresamente fuera a las encomiendas de actividades a entidades de Derecho privado, como una sociedad mercantil de capital público. Éstas estarán sometidas en su caso a la normativa de contratos públicos. Por tanto les será de aplicación las normas de licitación pública si responden a las características propias de una relación contractual onerosa, o estarán excluidas de su régimen si tienen la naturaleza de encargos *in house* (artículo 4.1, letra n), LCSP). La clave para que se dé esta última situación será la existencia de una relación de dependencia entre un poder adjudicador y el ente instrumental que recibe el encargo.

2. En atención a su naturaleza jurídica. La "encomienda de gestión" del artículo 15 LRJAP se plasma en un acuerdo bilateral de cooperación (cuando se produce entre entes públicos no vinculados por una relación de dependencia), para la asistencia administrativa en el ejercicio material de las competencias propias de un ente u órgano. Se trata, en principio, de un negocio jurídico bilateral –salvo que exista una normativa propia que se establezca lo contrario, en el supuesto de encomiendas entre órganos y entes de Dere-

¹⁶ En este mismo orden de ideas, véase Amoedo Souto, C. (2006), "El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones públicas", *Revista de Administración Pública*, 170: 271.

¹⁷ Véase un análisis más en profundidad sobre esta cuestión en Pascual García, J. (2010), *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de contratos del sector público*, Boletín Oficial del Estado, 90 y ss.

cho público de la misma administración (art. 15.3, LRJAP). Mientras que por otra parte, los encargos domésticos son ordenes o mandatos de obligado cumplimiento¹⁸, sin necesidad de que el ente encomendado preste su consentimiento. Nos podemos encontrar con encomiendas de gestión realizadas de acuerdo con el régimen jurídico del artículo 15 de la LRJAP, que responden a la naturaleza propia de un encargo *in house* o a medios propios. Ello se produce, por ejemplo, cuando va dirigida a entes dependientes del órgano encomendante (relaciones *cuasi* internas). En ese caso la encomienda no debe tener la naturaleza de un acuerdo o convenio, sino la de una orden o mandato.

En lo que sí coinciden, en todo caso, ambas técnicas es que no responden en ningún supuesto a la naturaleza propia de un contrato oneroso. En el primer caso, porque los encargos *in house* no son contratos públicos, sino ordenes o mandatos, y, en el caso de las encomiendas de gestión del artículo 15, LRJAP, porque no tienen carácter oneroso, sino gratuito y no lucrativo, y su causa es el auxilio administrativo.

3. En cuanto a su contenido. Los encargos *in house* pueden referirse a prestaciones propias de un contrato público (realización de obras, prestación de un servicio público o suministro de bienes o productos), mientras que las encomiendas de gestión del artículo 15 LRJAP se limitan a acoger actuaciones ajenas al ámbito objetivo (y subjetivo) de la legislación de contratos¹⁹.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, las relaciones *cuasi* internas se producen, como hemos señalado, entre una poder adjudicador y un ente encomendado, que puede tener forma pública (organismo autónomo, entidad pública empresarial, agencias, o agrupaciones de entes públicos²⁰) o privada (sociedad mercantil, fundación pública²¹). Se produce entre dos organismos con personalidad jurídica

¹⁸ El artículo 106 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, establece que “las consejerías y sus agencias podrán “ordenar” a las sociedades mercantiles y fundaciones...”. Se aprecia aquí su carácter unilateral.

¹⁹ Busquets López, Miguel Ángel, Castro Raimóndez, Javier (2010), “Algunas conclusiones sobre la naturaleza y régimen jurídico de las encomiendas o encargos de gestión a medios propios a que se refieren los artículos 4.1 n) y 24 de la Ley 39/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Auditoría Pública*, núm. 51, 75.

²⁰ Véase el Informe 38/08, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, y el Informe 9/2009, de 3 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, que admiten la consideración de los consorcios como medios propios de los entes públicos que los conforman.

²¹ Véase el Informe 4/2007, de 28 de junio, sobre la interpretación del artículo 3.1.l) del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con las fundaciones del sector público, en donde se admite la posibilidad de que una Fundación pueda tener la consideración de medio propio siempre que se cumplan los criterios de la jurisprudencia del TJUE. Asimismo, el artículo 106 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, regula las encomiendas de gestión a sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz.

propia. Formalmente se trata de dos personas susceptibles de tener una capacidad decisoria diferenciada. No obstante, la intensidad de la vinculación hace que el ente encomendado pase a ser considerado como un medio asimilable a los órganos o servicios propios del poder adjudicador²². En un plano material el ente encomendado es una *longa manus*²³ del ente que realiza el mandato. Las operaciones internas se caracterizan por la existencia de una relación de dependencia entre el ente encomendante y el ente encomendado. Ambos forman una unidad administrativa. Una única persona en el plano material²⁴. En este supuesto no puede haber un contrato público, que exige la concurrencia de dos voluntades decisorias libres e independientes.

Como vemos la jurisprudencia del TJUE sobre las operaciones internas defiende un concepto funcional de Administración pública. Esta interpretación amplía de forma clara la capacidad autoorganizativa de la Administración, dejando fuera del alcance de la normativa de contratos públicos no sólo (y como es obvio) las órdenes de servicio de un poder adjudicador a sus órganos o servicios propios, sino también los encargos que aquel realiza a una personificación jurídico-pública o privada dependiente. Esta doctrina *in house* ha puesto coto a la progresiva expansión del Derecho de la competencia, protegiendo los espacios propios y las posibilidades de gestión y organización interna de la propia Administración²⁵. La Administración podrá elegir entre encomendar o encargar una determinada prestación a un medio instrumental propio o ofrecerla al mercado a través de los procedimientos de adjudicación propios del Derecho de contratos públicos²⁶. No está obligada a acudir al mercado para apro-

22 El Tribunal Supremo ha señalado que "(...) las sociedades mercantiles constituidas por la Administración como socio único, se hallan más cerca de la fundación de un servicio público que de una figura asociativa". "Es cierto –sigue diciendo el TS– que externamente estas sociedades mercantiles se relacionan con los usuarios bajo formas jurídicas propias del Derecho privado, pero en cambio internamente actúan casi como un órgano del ente público" (sentencia de 24 de junio de 2003, FJ. 28079130022003100295). Véase en igual sentido las sentencias del TS de 22 de enero de 2004 (Id. Cendoj: 28079130022004100012) y de 23 de abril de 2004 (Id. Cendoj: 28079130022004100149).

23 Martínez López-Muñiz, J. L. (1997), "¿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)", *Revista de Administración Pública*, 144, septiembre-diciembre de 1997: 49.

24 Véase la sentencia del TSJ de Madrid de 9 de marzo de 2007 (Id. Cendoj: 28079330072007101329) en la que se considera que TRAGSA y TRAGSATEC tienen la consideración de medios propios de la Administración, a los meros efectos de la legislación de contratos. Ello no significa, señala el Tribunal, que sean Administración a todos los efectos. "Pero el hecho de que en sede de contratación se considere que TRAGSA es Administración a determinados efectos, tiene la finalidad de evitar la concurrencia de empresas y la licitación en las encomiendas de gestión, en aras de la mejor prestación de lo que es en definitiva un servicio público, lo que no puede implicar su consideración como Administración, ya que, en definitiva, se trata de una sociedad estatal, de una empresa constituida como sociedad anónima, no de un organismo autónomo de la Administración" (F. 3.º).

25 González García, Julio V. (2007), "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 del 19 de abril de 2007: cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el asunto Asemfo c. Tragsa y Administración General del Estado", *Revista de Administración Pública*, 173, mayo-agosto: 218.

26 Véase en este sentido un interesante pronunciamiento del *Conseil d'État* francés, CE, 6 de abril de 2007, *Commune d'Aix-En-Provence*, *Recueil des Décisions du Conseil d'État*, 2007, p. 156.

visionarse de bienes y servicios²⁷. Es una elección que juega en el ámbito de la propia potestad discrecional de autoorganización de la Administración. El Tribunal Supremo ha destacado la libertad de que goza la Administración para la elección del modo de prestación de los servicios públicos.

La decisión de encomendar una prestación y no abrir un procedimiento de licitación público es de base discrecional, como es propio de una técnica que forma parte de la propia potestad de organización de la Administración. La orden de encomienda está sometida a los límites propios para el ejercicio de la potestad discrecional y a un control jurisdiccional pleno. En el asunto *Stadt Halle* (2005), el TJCE ha señalado que cuando una entidad adjudicadora decide no incoar un procedimiento de adjudicación, debido a que, a su juicio, la encomienda no está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario de contratos públicos, esta decisión constituye la primera decisión sujeta al control jurisdiccional²⁸.

La LCSP define a estas operaciones como “negocios jurídicos” (art. 4.1). El Proyecto de Ley inicial hablaba de “contratos”. Esta denominación habría sido un error ya que los encargos domésticos o *in house* no tienen naturaleza contractual. La Audiencia Nacional ha señalado, con relación a los encargos de la administración estatal y autonómica a TRAGSA, que “no se trata de un problema de relaciones contractuales, sino de una cuestión de organización”²⁹. La existencia de una relación de subordinación similar a la existente entre un órgano y un servicio dependiente, es incompatible con la naturaleza de un contrato público. Sólo existe una única voluntad que es la del ente matriz que se manifiesta en órdenes de trabajo que son de obligado cumplimiento para el ente instrumental.

27 Véase, sobre esta cuestión, desde una perspectiva tanto constitucional como comunitaria, el destacado artículo de Huergo Lora, Alejandro (2001), “La libertad y la colaboración preferente de las administraciones públicas con empresas públicas”, *Revista de Administración Pública*, 154: 154, 155, 162 y 163.

28 Pernas García, J. José (2008), *Las operaciones in house...*, ob. cit., 130. Véase la sentencia del TS de 11 de mayo de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), ponente: Celsa Pico Lorenzo (RJ 2005/3253). En ella se analiza un supuesto de encomienda directa de la Administración autonómica andaluza a un medio propio sobre la gestión de una campaña de saneamiento ganadero en la Comunidad, tras siete años de apertura de la adjudicación de este servicio a licitación pública. El TS controla si la decisión discrecional de gestión a través de los medios propios ha sido motivada. El Tribunal entiende “[...] suficientemente motivado el acto administrativo por el que se le comunica el cambio de criterio que se va a producir en la gestión de las campañas de saneamiento ganadero. Ciertamente la recurrente había obtenido por concurso un contrato de colaboración en la gestión de campañas ganaderas anteriores. Mas tal circunstancia no confería un derecho eterno a la citada gestión dada la duración limitada de los contratos. La Resolución de 8 de septiembre de 1995 dirigida a la recurrente a consecuencia de su consulta sobre la gestión de saneamiento ganadero ofrece suficientes argumentos para conocer la razón de ser del cambio que, en su caso, conducirían a la impugnación de la Orden de 19 de septiembre de 1995. Acto éste último que sí contiene una declaración de voluntad realizada por el órgano competente en desarrollo de las potestades conferidas por el ordenamiento.” (F. 4.º).

29 Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2001 (Sala de lo contencioso), ponente: Jose María Del Riego Valledor, F. 8 (Id Cendoj: 28079230062001100109).

Las encomiendas *cuasi* internas son encargos o mandatos públicos internos del sector público. Son actos administrativos o declaraciones de voluntad *ad intra*³⁰. Algunos autores consideran que se trata de ordenes de servicio reguladas en el artículo 21, LRJAP. No obstante, a diferencia del régimen previsto en el artículo 21 de la LRJAP, se trata aquí de mandatos que van dirigidos no a servicios internos de la Administración sino a entes con personalidad jurídica propia, aunque en el plano material se puedan asimilar a órganos internos de la Administración matriz³¹. Sería bueno que futuras modificaciones de la LRJAP clarificaran la naturaleza de estos encargos domésticos y desarrollaran su régimen administrativo básico.

Es habitual que en la Administración española las encomiendas domésticas recibieran la forma de convenio de colaboración aunque evidentemente la ausencia de bilateralidad evidencia que no es esa su naturaleza³². Las normas reguladoras de entes instrumentales específicos suelen referirse erróneamente a los convenios de colaboración como el instrumento jurídico para hacer efectivo el encargo³³.

2. Régimen jurídico de las encomiendas in house en la LCSP

El artículo 4.1, letra n, de la LCSP excluye del ámbito de aplicación de la LCSP los “negocios jurídicos” en cuya virtud se encargue a una entidad que tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo la realización de una determinada prestación. El artículo 24, apartado 6, LCSP, completa la previsión anterior fijando los requisitos que debe cumplir un ente instrumental para adquirir la condición de medio propio.

El contenido de las encomiendas de ejecución es abierto. El artículo 4.1, letra n, LCSP hace referencia a la atribución de “la realización de una determinada prestación”, por lo que las actividades objeto de encargo pueden ser cualesquiera de la incluidas en los tipos de contratos recogidos en la LCSP³⁴.

30 Sobre su naturaleza de acto administrativo véanse, Meilán Gil, J. L. (2008), *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 39; Rebollo Puig, M. (2003), “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Revista de Administración Pública*, 161, 384. Véase también la sentencia del TS de 11 de mayo de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), ponente: Celsa Pico Lorenzo (RJ 2005/3253). En ella se analiza un supuesto de encomienda directa de la Administración autonómica andaluza a un medio propio sobre la gestión de una campaña de saneamiento ganadero en la Comunidad andaluza.

31 Amoedo Souto, C. (2006), “El nuevo régimen jurídico...”, *ob. cit.*, pp. 275 y 276.

32 Gimeno Feliú, J. M. (2007), “Reflexiones críticas sobre el proyecto de Ley de contratos del sector público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 14, 23.

33 Amoedo Souto, C. (2006), *El nuevo régimen...*, *op. cit.*, 277.

34 Véase el Informe 2/2008, de 27 de noviembre, sobre diversas cuestiones relativas a las encomiendas de gestión o de ejecución, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, p. 20.

Algunos han destacado la insuficiencia del régimen de encomiendas domésticas³⁵. El artículo 4.2 dispone que “los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumeradas en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales”. Es decir, esta regulación básica de las encomiendas domésticas de la LCSP debe verse completada mediante una normativa propia o el régimen estatutario que configure cada ente instrumental. En todo caso, consideramos de especial importancia la aprobación de un régimen armonizado comunitario y, en consecuencia, de una regulación básica estatal que evite la dispersión y los abusos en el uso de esta técnica en las regulaciones propias de cada ente instrumental. Esta regulación básica debería establecer tanto un marco procedimental para la realización de estas encomiendas, como su régimen económico fundamental³⁶.

Hemos de señalar no obstante que el artículo 4.2 de la LCSP establece que se aplicarán “los principios de esta ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”. No parece que esta previsión sea plenamente aplicable a una realidad, la de las encomiendas a medios propios, que no se adecua a la naturaleza contractual de las relaciones objeto de la LCSP. Al tratarse de una relación interna no tiene sentido al menos la aplicación de los principios de libre concurrencia e igualdad, que sólo son aplicables a las relaciones externas del poder adjudicador³⁷.

La LCSP no establece, desafortunadamente, ninguna obligación de dar publicidad a las encomiendas domésticas. La obligatoriedad de la publicación de las encomiendas podría facilitar el control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa de la decisión de encomienda³⁸. Ello puede suponer un obstáculo importante al ejercicio de los Derechos de defensa de los terceros afectados.

35 Amoedo Souto considera que el régimen general deja abiertas varias cuestiones: la regulación de límites materiales a las encomiendas (como la prohibición de encomiendas que supongan el ejercicio de potestades administrativas o la prohibición de “ceder” a la Administración matriz los trabajadores contratados por el ente instrumental); y un régimen de responsabilidad propiamente administrativa (*El nuevo régimen jurídico...*, ob. cit., 296). Con relación a TRAGSA, Gimeno Feliú destaca la necesidad de tomar en consideración la posibilidad de un régimen de responsabilidad de las CCAA por actuaciones que TRAGSA pudiera llevar a cabo en ejecución de un encargo recibido de aquellas (“El ámbito subjetivo de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007”, en *Novedades en la Ley de contratos del sector público*, Gobierno de La Rioja, 74, 75).

36 Destacamos en este sentido el esfuerzo de regulación de las encomiendas internas en el Decreto Foral 27/2007, de 26 de marzo, que regula las encomiendas a entes instrumentales de la Administración de la Comunidad foral de Navarra. Sobre la regulación Navarra véase el interesante artículo de Razquín Lizarraga, J. A. (2009), “Las encomiendas a entes instrumentales en la legislación foral de contratos públicos en Navarra: contraste con el Derecho comunitario europeo y la legislación básica estatal”, *Revista Jurídica de Navarra*, 47.

37 Por otra parte, Pascual García afirma que los principios de publicidad, transparencia, estabilidad presupuestaria, control de gasto y de eficiencia en utilización de los fondos públicos, sí son perfectamente compatibles con la relación de encomienda (2010) *Las encomiendas de gestión...*, ob. cit., p. 56). En cuestiones que no cabe resolver por la vía de la aplicación supletoria de los principios, el autor defiende asimismo la aplicación analógica de la LCSP (idem, p. 59).

38 Amoedo Souto, C. (2006), *El nuevo régimen jurídico...*, ob. cit., 276.

El artículo 8.2 de la LCSP prevé que “las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato [de gestión de servicios públicos] no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”. Este artículo tiene un contenido casi idéntico que el anterior artículo 154.2 del TRLCAP³⁹. Traslada la formulación general del artículo 4.1, letra n, al ámbito de los encargos de gestión de servicios públicos a los entes de Derecho público o privado de capital íntegramente público. Contempla la gestión directa descentralizada por medio de personas jurídicas instrumentales⁴⁰.

3. Las encomiendas del gestión del artículo 4.1, letra n, LCSP y la ejecución por administración del artículo 24 LCSP

El artículo 24.1 prevé la ejecución de obras por Administración, además de dar cabida a la ejecución por Administración mediante la colaboración de empresarios particulares: “1. La ejecución de obras podrá realizarse por los servicios de la Administración, ya sea empleando exclusivamente medios propios o con la colaboración de empresarios particulares (...)”. Este artículo sustituye al anterior artículo 152 del TRLCAP. Esta disposición ya derogada parecía hacer alusión a la ejecución de obras por los servicios internos propios de la Administración; es decir, a los mandatos de ejecución entre órganos de una misma Administración pública, fruto de la propia relación de jerarquía entre ellos. Lo que hemos denominado como encomiendas *in house* en sentido estricto. No parecía incluir las relaciones *cuasi* internas, es decir, en este caso, las que se producen entre un ente que sea Administración pública y un ente instrumental, autónomo en lo formal pero dependiente en lo material⁴¹.

El nuevo artículo 24.1 tiene un contenido similar, pero con matices relevantes. Establece que “la ejecución de obras podrá realizarse por los servicios de la Administración, ya sea empleando exclusivamente medios propios o con la colaboración de empresarios particulares”. La referencia a la ejecución por los “servicios de la Administración” parece excluir las encomiendas *cuasi* internas a entes instrumenta-

39 Este artículo se corresponden a su vez con el artículo 155, apartado 2, de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP, BOE 19 mayo 1995, núm. 119). La versión anterior del artículo 155, apartado 2, a la modificación operada Ley 53/1999, de 28 diciembre (RCL 1999, 3218), admitía la existencia de relaciones interna aun en el caso de la mera participación mayoritaria de la Administración en una sociedad.

40 Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2005, ponente: Celsa Pico Lorenzo, F. 4.º.

41 Con relación a los artículos 152 y 194 de la LCAP y frente a los que defendían su aplicabilidad únicamente a las encomiendas a órganos o servicios de la Administración, Rebollo Puig consideraba que “hay que aceptar por elemental lógica que la Administración puede confiar a sus entes institucionales servicios públicos, obras, elaboración de muebles, estudios, etc., sin buscar a contratistas y sin poner a competir a sus entes institucionales con las empresas privadas” (“Los entes institucionales...”, *ob. cit.*, 380).

les, y acoger únicamente las ordenes de servicios en el marco de las relaciones jerárquicas interorgánicas. Sin embargo, el artículo 24.1 ha cambiado el concepto “medios personales o reales” por el de “medio propios”, concepto que debe entenderse en el sentido del artículo 24.6, que incluye en este término a los entes u organismos del sector público con forma jurídico pública o privada. Por tanto, la ejecución por Administración puede implicar, de acuerdo con este nuevo régimen, el encargo a un ente instrumental de naturaleza jurídico pública o privada. Nos surge una cuestión, ¿cuál es el régimen aplicable a las encomiendas a entes instrumentales realizadas por Administración en materia de ejecución de obras (o fabricación de bienes)?

Esta nueva previsión del artículo 24.1 genera confusión y diluye las diferencias de ámbito subjetivo entre las “encomiendas de gestión” y la “ejecución por Administración”. Para evitar esta aparente solapamiento, el legislador quizás debería haber mantenido la expresión “medios personales o reales” y aplicar el concepto de “medio propio” del art. 24.6 (párrafo primero) solo a los encargos *in house* del artículo 4.1, letra n, LCSP; configurando así una “ejecución por Administración”, que acogiera exclusivamente las encomiendas a órganos o servicios, y ratificando la vocación formalmente *intersubjetiva* de las “encomiendas de gestión”. Sin embargo, con el régimen actual, las encomiendas de obras dirigidas por la Administración a entes instrumentales, que tengan la condición de medio propio, parecen estar sometidos a un doble régimen⁴². Pascual García hace un esfuerzo de diferenciación entre ambos regímenes, acudiendo al diferente nivel de responsabilidad que asume el medio propio encomendado⁴³. El autor considera que “(...) la Administración puede conferir a un ente instrumental un encargo conforme al régimen establecido en el artículo 4.1 n) LCSP, desplazando hacia él la gestión y ejecución bajo su propia responsabilidad; pero también cabe que la Administración, sin pérdida de su responsabilidad como gestora, recabe la colaboración del ente instrumental en calidad de medio propio y servicio técnico, limitando su participación a las actividades de carácter material, en el marco del régimen establecido en el artículo 24, apartado 1 a 5”⁴⁴.

La “Administración” podrá encargar ejecuciones de obras a entes del sector público, como sociedades, fundaciones o entes público empresariales, siempre que se den las circunstancias del artículo 24.1. Una de esos supuestos es la disponibilidad de medios o servicios propios (24.1, letra a), sin establecer condiciones añadidas como la urgencia o el interés público relevante, que operan como un supuesto diferenciado (art. 24.1, letra d). La LCSP circunscribe la posibilidad de que la “Administración” ejecute obras, a través de medio propios, a los casos en que “la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales sufi-

42 Busquets López y Castro Raimóndez consideran que “en ningún caso han de aplicarse los apartados 1 a 5 del artículo 24 de la LCSP cuando el ente al que se otórgale encargo constituye un ente con personalidad jurídica propia que no tiene la consideración de administración pública a los efectos de la LCSP” (2010), “Algunas conclusiones...”, *ob. cit.*, 82).

43 (2010) *Las encomiendas de gestión...*, *ob. cit.*, 89.

44 Ídem, 90.

cientemente aptos para la realización de la prestación (...)” (art. 24.1, letra a), siempre claro está que no se dé alguna otra circunstancia habilitante del artículo 24.1. Basta que la Administración tenga medios suficientemente para que puedan atribuir encargos de obras de acuerdo con el artículo 24.1⁴⁵. La LCSP no establece estas limitaciones para las “encomiendas in house”. No exige expresamente que el ente encomendado disponga de medios para ejecutar la encomienda, por lo que podría entenderse que el medio propio podría contratar la totalidad de la prestación con un tercero⁴⁶ (así como, si es Administración pública, podrá ejecutar la encomienda en colaboración con empresarios particulares de acuerdo con el artículo 24.4 LCSP). La Ley no establece ningún límite para contratar la realización de la encomienda con terceros. Con todo, no parece adecuarse al principio de buena administración utilizar la encomienda de gestión del artículo 4.1, letra n, LCSP, con la única finalidad de privatizar el régimen contractual a la hora de externalizar una prestación, un suministro o una obra⁴⁷; evitando así la aplicación del régimen más rígido de los contratos administrativos. La encomienda debe estar justificada por razones de economía, eficiencia o eficacia en la ejecución del encargo⁴⁸.

El artículo 24, apartado 2, LCSP extiende la “ejecución por Administración” a la fabricación de bienes muebles. Cabría realizar aquí las mismas reflexiones que en el caso de anterior. El artículo 24, apartado 2, reitera algunas de las limitaciones de las previstas en el artículo 24.1, con algunos matices. No se aplicarán estas limitaciones a la “ejecución por Administración”, a través de medios propios, de suministros por razones de defensa o interés militar⁴⁹, por tanto es en esta materia donde la “Administración” goza de un mayor margen de actuación.

La interrelación que establece el artículo 24, apartado 6, entre las “encomiendas de gestión” (artículo 4.1, letra n) y la “ejecución por Administración” (artículos 24.1 y 24.2) genera confusión. Las “ejecuciones por Administración” mencionadas solo podrán ser realizadas por la “Administración” en unos casos expresamente taxados por la norma, mientras que las “encomiendas de gestión” o *in house* pueden ser encargadas por “Poderes adjudicadores” sin más limitaciones que las derivadas

45 Véase el Auto del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2005, F. 4 (Id. Cendoj: 28079130012005201261).

46 El Informe 2/2008, de 27 de noviembre..., cit., 24. Pernas García, J. J., “Exigencias y límites a la configuración y a la actuación de los medios propios, como entes encomendados en el marco de las relaciones *in house*”, *Actualidad Administrativa*, núm. 12, 2010.

47 Véase en este sentido, Pascual García (2010) *Las encomiendas de gestión...*, ob. cit., 65 y 66. Gimenó Feliu propone que “(...) con el objetivo de evitar una indeseada privatización del régimen jurídico, debería preverse que la utilización de esta técnica a través de medios propios que, por carecer de la necesaria estructura, deban acudir al mercado para cumplir el encargo recibido, no alterará ni el régimen jurídico que se derivaría del contrato al provenir de una Administración Pública (es decir el régimen del contrato administrativo) ni la alteración del procedimiento y normas aplicables para ese contrato atendiendo a la consideración del ente que realiza el encargo y no del que lo recibe” (2010) *Novedades de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Madrid, 125).

48 Busquets López, Miguel Ángel, Castro Raimóndez, Javier (2010), “Algunas conclusiones...”, ob. cit., 86.

49 Este artículo sustituye a la anterior previsión del artículo 194 del TRLCAP.

del artículo 24.6⁵⁰. La Ley ofrece una definición de “Administración pública” (artículo 3.2, LCSP) que excluye algunos de los entes del Sector público (entes públicos empresariales, fundaciones o sociedades mercantiles)⁵¹. De acuerdo con esto, las “ejecución por Administración” de obras y de fabricación de bienes muebles (24.1 y 24.1) tienen un ámbito subjetivo de aplicación más restrictivo que las encomiendas *in house* (artículo 4.1, letra n). El artículo 24.1 no es de aplicación a los entes públicos empresariales ni a las sociedades de capital íntegramente público o a las fundaciones, que podrán realizar encomiendas a medios propios, con las limitaciones previstas en el artículo 4.1, letra n, o realizar contratos para la ejecución de encomiendas de acuerdo con las normas previstas en los artículos 174 y 175 LCSP. No podrán acudir, no obstante, a la colaboración de empresarios particulares en los términos del artículo 24 LCSP⁵².

Por otra parte las “ejecuciones por Administración” a través de medios propios (no mediante la colaboración con particulares) restringen su ámbito de actuación a las prestaciones de ejecución de obras y de fabricación de bienes muebles, mientras que las “encomiendas de gestión” o *in house* tienen por objeto cualquier prestación incluida dentro del ámbito de aplicación de la LCSP⁵³.

II. EL PODER ADJUDICADOR DEBE EJERCER UN “CONTROL ANÁLOGO” AL QUE EJERCE SOBRE SUS PROPIOS SERVICIOS

1. Consideraciones generales

El TJUE ha establecido ciertas exigencias desde la sentencia *Teckal* (1999): el poder adjudicador debe ejercer un “control análogo” al que ejerce sobre sus propios servicios, y el ente adjudicatario debe “realizar la parte esencial de su actividad” con el ente o entes que lo controlan. La aplicación de la excepción *in house* va a ser posi-

50 El Informe 1/2007 entiende (con relación a la regulación del TRLCAP) que la especificidad de la técnica de los contratos *in house providing* tienen un fundamento normativo propio, que lleva a entender que no es de aplicación directa las normas que la LCAP y el Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas establecen para la ejecución de obras y fabricación de bienes por la propia Administración –salvo que este creado con dicha finalidad y pueda por sí solo hacer efectivo el encargo– pues se trata de técnicas jurídicas con distinto fundamento y, por ende, con regímenes jurídicos distintos.” (cit., 18).

51 El Informe 2/2008, de 27 de noviembre (cit., 21) considera que esta conclusión se confirma en el artículo 24.4, LCSP, ya que en él se califica los contratos realizados con empresarios colaboradores como de carácter administrativo especial, y si pudieran ser realizados por sujetos del sector público que no son Administración sería contratos privados (artículo 20, LCSP).

52 Hemos de señalar, no obstante, que el régimen jurídico de TRAGSA (Disposición adicional trigésima de la LCSP) prevé que “en el supuesto de que la ejecución de obras, la fabricación de bienes muebles o la prestación de servicios por las sociedades del grupo se lleve a cabo con la colaboración de empresarios particulares, el importe de la parte de prestación a cargo de éstos deberá ser inferior al 50 por ciento del importe total del proyecto, suministro o servicio (apartado 6, Disposiciones adicionales trigésima). Se extiende en este caso particular la “ejecución por Administración con colaboración de empresarios particulares” a un medio propio que no merece la calificación de “Administración pública”.

53 El Informe 2/2008, de 27 de noviembre..., cit., 25.

ble en caso de que se verifiquen estos dos criterios. No obstante, vamos a centrarnos en el análisis pormenorizado de la primera exigencia, el requisitos del "control análogo", por ser aquel en el que se ha centrado el debate sobre la naturaleza y el contenido de las operaciones *in house*.

Antes de entrar a analizar las exigencias implícitas del criterio del "control análogo", debemos partir del hecho de que estamos ante una excepción al ámbito de aplicación del Derecho de contratos. Como tal el TJUE no ha dicho que debe ser interpretada restrictivamente, en la medida en que deja sin aplicación los principios y normas generales del mercado interior recogidas en el TFUE⁵⁴.

El artículo 24, apartado 6, de la LCSP recoge la doctrina del Tribunal de Justicia: "(...) los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios" (artículo 24.6, LCSP).

La existencia de una relación *in house* depende de dos factores que deben darse de forma cumulativa: que el ente encomendado dependa del ente encomendante; y que tenga una dedicación casi exclusiva a los encargos del ente o entes que lo controlan. Es una mera prolongación administrativa del poder adjudicador, que carece de vocación de mercado y que está únicamente preordenada a la consecución de los fines de interés públicos atribuidos a la entidad encomendante.

Veamos a continuación el contenido de estos criterios y, especialmente, como han sido recogidos por la LCSP y aplicados por los tribunales españoles.

A los efectos previstos en el artículo 24 y en el artículo 4.1.n), LCSP, los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios (artículo 24.6, LCSP). El poder encomendante debe ejercer un control análogo, al que ejerce sobre sus propios servicios, sobre la entidad que recibe el encargo. Esto implica 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 dominante⁵⁵.

Veamos brevemente y de modo sintético como ha interpretado el TJCE el concepto de control análogo y cuáles son las circunstancias concurrentes que permiten identificar esta relación de supremacía⁵⁶:

⁵⁴ Véase también las sentencias de 3 de julio de 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, FJ. 5.º, letra i (46250330032002101171).

⁵⁵ Véase el Informe 1/2007 (cit., p. 9).

⁵⁶ Partimos aquí y a lo largo de este apartado del estudio más pormenorizado sobre la jurisprudencia realizado en mis trabajos (2008) *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*.

- La entidad encomendante ejerce una influencia potencialmente determinante⁵⁷ en la gestión estratégica y en las decisiones importantes de la sociedad encomendada. Debe quedar acreditado que el ente instrumental carece de “autonomía decisoria”⁵⁸ respecto de la entidad encomendada. No se trata de un control igual al que el poder adjudicador ejerce sobre sus propios servicios u órganos internos. No es suficiente por otra parte que las posibilidades de control se limiten a las facultades que le otorga el derecho de sociedades a la mayoría de los accionistas; incluso en el caso de que el ente adjudicador posea el 100% de las participaciones de la sociedad. El ente matriz debe disponer de mecanismos de control especiales, que manifiesten que ejerce una influencia dominante sobre la orientación de la sociedad⁵⁹. Interesa destacar en este sentido la reciente sentencia *Commune di Ponte Nossa* (2009), en la que Tribunal valora la existencia de mecanismos de control establecidos en los estatutos de la sociedad encomendada. El Tribunal entiende que debe tratarse de estructuras de toma de decisiones no previstas en el Derecho de sociedades, destinadas a garantizar un “control reforzado” del poder adjudicador análogo al que establece sobre sus propios servicios⁶⁰. El control análogo puede ser asimilado a una relación “jerárquica debilitada”, a medio cambio entre la jerarquía pura que se manifiesta entre los órganos administrativos y la autonomía propia de la naturaleza de las sociedades anónimas.
- El ente matriz pueda dar cumplimiento a sus objetivos de interés público a través del ente encomendado. Hay una plena coincidencia de intereses públicos entre ambas entidades. No concurren intereses privados distorsionadores.

Análisis de la jurisprudencia del TJCE, Madrid: Iustel; (2009) “La expansión de la excepción *in house* y la flexibilización del criterio del “control análogo”. Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 2008”, *Contratación administrativa práctica*, 87, 47 y ss.

57 En la sentencia de 22 de abril de 2005 (RJ 2005/4716), el TS habla de la necesidad de ostentar “una influencia dominante en la vida mercantil” de un sociedad instrumental (F. 7.º). En este caso no se produce debido a la participación del capital privado en el ente citado.

58 Esta es la expresión que utiliza el artículo 8, apartado 2, de la Ley Foral 6/2006, de 9 junio, de contratos públicos (BO. Navarra 16 junio 2006, núm. 72) al definir los requisitos que deben cumplir los entes instrumentales propios, en el marco de las encomiendas *in house*.

59 Interesa hacer aquí una breve nota de Derecho comparado. El *Conseil d'État* francés ha señalado que el control análogo ejercido por un poder adjudicador debe dotarle de un “poder estricto” que garantice que el medio propio respete su objeto estatutario (CE, 6 de abril de 2007, *Commune d'Aix-En-Provence*, *Recueil des Décisions du Conseil d'État*, p. 156).

60 “81 En lo referente a los mecanismos de control previstos en los Estatutos de Setco [sociedad cooperativa intermunicipal que recibe encomiendas de un municipio con participación minoritaria en ella], de los autos se desprende que, mediante las modificaciones introducidas en dichos Estatutos el 23 de diciembre de 2006, los socios pretendieron superponer a la Junta General y al Consejo de administración, tal y como se establecen en el Derecho de sociedades italiano, unas estructuras de toma de decisiones no previstas expresamente en este Derecho, destinadas a garantizar un control sobre Setco análogo al que ejercen sobre sus propios servicios. Se trata, en particular, de garantizar un *control reforzado* [la cursiva es nuestra] mediante, por un lado, el Comité unitario y, por otro, un Comité técnico para cada área responsable de las distintas actividades de Setco.” (sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea srl/Commune di Ponte Nossa*)

Cuando en la relación no se cumplen estas premisas, el ente adjudicador no ejerce una influencia dominante sobre el ente adjudicatario. El ente instrumental goza de autonomía y capacidad decisoria independiente del poder adjudicador, y de intereses propios y diferenciados de los de éste. La vocación de servicio público propia de las relaciones *ad intra*, deja espacio a la vocación de mercado características de las actuaciones *ad extra*.

2. La suficiencia de un control colectivo por parte de los entes propietarios de la sociedad encomendada

El Tribunal en la sentencia TRAGSA II (2007) parece relativizar el criterio de la sentencia *Parking* (2005), que había marcado el desarrollo de la doctrina del Tribunal sobre las encomiendas internas, en la que se exigía que el poder encomendante ejerciera una influencia determinante sobre las decisiones estratégicas e importantes de la sociedad instrumental. Desde esta doctrina previa es razonable considerar que no es aplicable la excepción *in house*⁶¹ a los contratos entre una entidad territorial y un ente dependiente de otros entes territoriales distintos. Sin embargo, en el asunto TRAGSA II (2007), el TJCE no se exige un pleno control individual por el ente encomendante, es suficiente con un poder de control público colectivo⁶², siempre que esté reconocida la obligación legal de que el ente instrumental atienda al encargo del poder encomendante. Este criterio interpretativo de la sentencia TRAGSA II da indudablemente un mayor margen de actuación a la potestad autorganizativa a las Administraciones, ampliando el abanico de la descentralización funcional, y a las posibilidades de cooperación entre administraciones territoriales⁶³.

La abogada general *Verica Trstenjak* apunta lo siguiente con relación a la sentencia TRAGSA II: “no permite saber, en cuanto al control de las Comunidades Autónomas, si constituye una reorientación de la jurisprudencia o si, por el contrario, las circunstancias especiales del caso concreto fueron determinantes en la resolución, como cabe presumir. En cualquier caso, queda patente que no se debe sobre-

61 A esa misma conclusión llegó el Informe 1/2007 (cit., p. 10).

62 Véase las conclusiones de 4 de junio de 2008 de abogada general *Verica Trstenjak*, asunto C-324/07, apartado 73. La conclusiones de la abogada general se produjeron en el marco de un asunto en el que se plantea la posibilidad de un encargo *in house* por parte del municipio *Uccle a Brutéle*, un “organismo consistente en una cooperación intermunicipal pura”, en la que tiene participación el citado ente encomendante. Se suscita la disyuntiva entre el respeto a los principios y normas de la contratación y la posibilidad de los municipios de llevar a cabo sus tareas de interés público, mediante fórmulas cooperativas intermunicipales. Para la abogada general con la sentencia TRAGSA II quedó claro que el tamaño de la participación de una corporación pública individual en una sociedad formada por diversas corporaciones públicas (ya) no podía utilizarse para cuantificar la facultad de control (ap. 71). La abogada concluye afirmando que “la cuestión determinante parece ser si las corporaciones públicas participantes disponen colectivamente del control de la persona en cuestión (...) o si ésta actúa al margen de dicho control conjunto” (apartado 74).

63 Sosa Wagner y Fuertes López han manifestado que las sociedades públicas de varios socios son un instrumento de cooperación y gestión de competencias públicas cada vez más utilizado y en el que debería tener cabida la figura de los contratos domésticos (“¿Pueden los contratos..., ob. cit., 1675).

valorar la cuestión del poder interno de control y de decisión en las formar puras de cooperación entre corporaciones públicas”⁶⁴. La abogada parece defender una presunción *iuris tantum* favorable a la aplicación de la excepción *in house* en los supuestos de cooperación pública intermunicipal, a menos que concurran “circunstancias especiales que indiquen que el grado de vocación de mercado y el margen de autonomía de la entidad intermunicipal exceden de los límites de una forma de cooperación intermunicipal para el cumplimiento de tareas de interés general que sea neutral desde el punto de vista de la contratación pública”⁶⁵.

Tras la sentencia TRAGSA II (2007) y en el supuesto de los entes instrumentales comunes a varios poderes adjudicadores, el control individual del poder encomendante, análogo al que ejerce sobre los propios servicios, parece convertirse, en la exigencia de un control colectivo similar al que el ente encomendante realiza sobre sus propios servicios. Esta relativización de los criterios *Teckal* deja la puerta abierta a las diferentes fórmulas de cooperación entre Administraciones territoriales, fuera del ámbito de aplicación del Derecho de contratos públicos. Una exigencia estricta de control análogo llevaría a rechazar la posibilidad de relaciones internas con relación a los entes creados por varias administraciones públicas territoriales⁶⁶.

64 Conclusiones de 4 de junio de 2008 de abogada general *Verica Trstenjak*, asunto C-324/07, apartado 72). Este asunto ha sido resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante sentencia de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, *Coditel Barbant SA/Commune d’Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*.

65 Conclusiones de 4 de junio de 2008 de la abogada general *Verica Trstenjak*, asunto C-324/07, apartado 75.

66 Destacamos las palabras de la abogada general *Verica Trstenjak* sobre un asunto que gira en torno a la encomienda de un servicio público local a un ente de cooperación intermunicipal: “si se exigiera (...) una “amplia autonomía de decisión” de los municipios implicados, concretamente en el sentido de que el municipio de que se trate pudiera ejercer el “dominio” sobre la asociación intermunicipal (en este caso, sobre la cooperativa), se cerraría en la práctica el camino a este tipo de cooperación. En efecto, es característica esencial de una auténtica asociación intermunicipal la toma paritaria de las decisiones, no el dominio de uno solo de los socios. Así, de las opiniones expresadas por Coditel y la Comisión en el procedimiento y en la vista se deduce que los criterios esbozados por ambos conducen, en realidad, a la exigencia de que una sola de las corporaciones territoriales pueda controlar en la práctica por sí sola la sociedad. Es evidente que un supuesto así no puede designarse en modo alguno como cooperación o colaboración (conclusiones de 4 de junio de 2008 de abogada general *Verica Trstenjak*, asunto C-324/07, ap. 82). “Si se interpretase el primer criterio *Teckal* de esa forma estricta, se atribuiría a los objetivos del Derecho de la competencia un peso excesivo e injustificado, cometiendo al mismo tiempo una intromisión en la autonomía de los municipios y, por ende, en las competencias de los Estados miembros.” (idem, ap. 84). “Son los propios municipios quienes deben decidir si realizan las tareas de interés público que les corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligados a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, o si prefieren hacerlo con ayuda de una entidad jurídicamente diferente de ellos, que actuarían como autoridad adjudicadora de contratos o de concesiones. Si se deciden por la segunda alternativa, de nuevo tienen libertad para elegir entre limitarse a realizar esas tareas esencialmente propias bajo su solo dominio o en cooperación “pura” con otras corporaciones públicas, con control análogo al ejercido sobre sus propios servicios, quedando totalmente al margen de la normativa sobre ayudas estatales y sobre contratos públicos, o bien entrar en el juego de la competencia mediante su propia participación, con implicación de capital privado o con una vocación de expansión en el mercado, lo cual acarrea la pérdida de privilegios. Y, por último, disponen de las otras alternativas clásicas de la adjudicación externa y la privatización, en las que, en cualquier caso, no existe privilegio alguno a efectos de la normativa sobre contratación pública.” (idem, ap. 86). “No siempre resulta fácil afrontar la multiplicidad de funciones tradicionales y modernas de los municipios (y de las entidades territoriales en general), sobre

Estas reflexiones interpretativas sobre la sentencia TRAGSA II se reafirman de modo inequívoco en la sentencia del TJUE de 13 de noviembre de 2008 (en adelante asunto *Coditel*)⁶⁷. En este caso se plantea directamente la cuestión de si el control análogo debe ser ejercido individualmente por cada una de esas autoridades públicas asociadas a un ente instrumental común, cuando actúan como poder adjudicador, o si es suficiente con que sea desplegado por éstas de modo conjunto, al tomar las decisiones por mayoría. El Tribunal afirma que “sería coherente (...) considerar que el requisito del control que ejercen las autoridades públicas puede cumplirse también teniendo en cuenta el control ejercido conjuntamente sobre la entidad concesionaria por dichas autoridades públicas”⁶⁸. “Lo esencial es –sigue diciendo el Tribunal– que el control ejercido sobre la entidad concesionaria sea efectivo, no es indispensable que sea individual”⁶⁹. El Tribunal afirma igualmente que “en el supuesto de que varias autoridades públicas controlen una entidad concesionaria a la que confían el desempeño de una de sus funciones de servicio público, el control de dichas autoridades públicas ejercen sobre esa entidad puede ser ejercido por éstas conjuntamente”⁷⁰. Esta interpretación parecía apuntarse en la sentencia TRAGSA (2007), pero en la sentencia *Coditel* (2008) el Tribunal se ha atrevido a ratificarla de modo definitivo: es innecesario que el control análogo sea ejercido de modo individual. Es suficiente que esa influencia determinante sea ejercida de modo conjunto y efectivo por el grupo de autoridades publicada propietarias del ente filial⁷¹. Queda claro así que la participa-

todo en tiempos de escasez presupuestaria y, muy especialmente para los municipios más pequeños. Además, hay muchas tareas, especialmente relacionadas con el tráfico y con el medio ambiente, que no se limitan al ámbito municipal. En este sentido, la cooperación intermunicipal sin participación de capital privado constituye, debido a sus efectos sinérgicos, una vía profusamente utilizada en muchos Estados miembros para el eficaz y eficiente cumplimiento de las funciones públicas.” (idem, ap. 87).

67 Sentencia del TJUE de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, *Coditel Barbant SA/Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*. Veamos a continuación los antecedentes de hecho del caso. El municipio de Uccle decidió asociarse a *Brutélé*, sociedad cooperativa intermunicipal, concediendo a ésta directamente la gestión de su red de teledistribución. El contenido de la resolución de concesión revela que el municipio de Uccle suscribió setenta y seis participaciones sociales de *Brutélé*, y que obtuvo de ésta entidad la posibilidad de retirarse unilateralmente de dicha asociación intermunicipal en cualquier momento. *Brutélé* es una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son municipios, y una asociación intermunicipal que agrupa a su vez exclusivamente a municipios. Véase sobre esta sentencia Pernas García, J. J. (2008), “La expansión de la excepción *in house*..., ob. cit., 47 y ss.

68 Apartado 45.

69 Apartado 46.

70 Apartado 50.

71 El Tribunal justifica del siguiente modo la flexibilización del criterio del control análogo en el supuesto de entidades encomendadas que pertenezca a varias autoridades públicas: “En el supuesto de que varias autoridades públicas decidan llevar a cabo sus funciones de servicio público a través de una entidad concesionaria común, cabe descartar normalmente que una de esas autoridades ejerza por sí sola un control determinante sobre las decisiones de ésta, a menos que posea una participación mayoritaria en esa entidad. Exigir en dicho supuesto que el control ejercido por una autoridad pública fuera individual tendría como consecuencia la imposición de la convocatoria de una licitación en la mayoría de los casos en que una autoridad pública tuviera intención de adherirse a un grupo, como una sociedad cooperativa intermunicipal, formado por otras autoridades públicas” (apartado 47);

“Ahora bien, dicho resultado no sería acorde con el sistema de normas comunitarias en materia de contratos públicos y de concesiones. En efecto, nada se opone a que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios (...)” (apartado 47).

ción pública del poder encomendante en el ente instrumental no es una circunstancia determinante de su carácter de medio propio; sólo lo es la verificación de un control conjunto y efectivo sobre los entes encomendados por parte de las autoridades públicas que lo integran⁷². Como ya hemos tenido ocasión de afirmar, la sentencia *Coditel* (2008) es otro paso más en el camino dirigido hacia la expansión del ámbito de aplicación de la excepción *in house* y del concepto de concepto de medio propio de la Administración⁷³.

El Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre un caso similar en la sentencia de 10 de septiembre de 2009 (en adelante asunto *Commune di Ponte Nossa*)⁷⁴, reiterando las apreciaciones de la sentencia *Coditel* (2008)⁷⁵.

La jurisprudencia *Teckal* persigue, en consecuencia, no sólo garantizar la aplicación de las libertades del mercado interior, sino también dar margen a la Administración para elegir los instrumentos internos más apropiados para llevar a cabo sus funciones de interés general, cuando ellas decidan cumplir esas tareas a través de sus medios propios⁷⁶. Este planteamiento garantiza la gestión conjunta de servicios públicos costosos (como el transporte y el tratamiento de residuos), lo cual adquiere una

72 Véase sobre esta cuestión un interesante pronunciamiento del *Conseil d'État* francés, CE, 6 de abril de 2007, *Commune d'Aix-en-Provence, Recueil des Décisions du Conseil d'État*. En él se resuelve un asunto sobre una asociación creada por varias *Collectivités publiques* (el Estado, la región, el departamento y el municipio) para la organización del Festival cultural internacional de *Aix-en-Provence*; en concreto se plantea la validez de un acto municipal de otorgamiento de dos subvenciones a dicha entidad. El CE estima que en atención a “son objet, de ses modalités d'organisation [11 de los 15 puestos del Consejo de la asociación son de los entes públicos mencionados] et de ses modalités de financement [la mitad de su financiación procede de sus entes públicos encomendantes], se service public présente un caractères administratif”. El CE no realiza un análisis individual del control análogo que el municipio realiza sobre dicha entidad. Afirma también que un medio propio “peut notamment être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service publique”. Parece que el Tribunal estima que la condición de control análogo se debe apreciar de forma conjunta con relación al grupo de entidades a las que pertenece dicha entidad, y no exclusivamente con relación a concreto poder adjudicador (*Codes des Marchés Publics*, Litec, 2009, comentado bajo la dirección de Llorens François y Soler-Couteaux, Pierre, p. 136).

73 Pernas García, J. J. (2008), “La expansión de la excepción *in house*...”, *ob. cit.*, 54 y ss.

74 Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea srl/Commune di Ponte Nossa*. El municipio de *Ponte Nossa* es socio minoritario de la entidad *Setco*, medio instrumental común de varios municipios del *Val Serieana*. El municipio de *Ponte Nossa* adjudicó directamente a dicha sociedad el servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos sólidos urbanos, sin procedimiento previo de licitación. El TJCE analiza si el municipio ejerce o no un control análogo sobre la entidad de cooperación intermunicipal, *Secto*.

75 Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea srl/Commune di Ponte Nossa*, apartados 54 a 60. A modo de conclusión el TJCE señala que “[...] si una autoridad se convierte en socio minoritario de una sociedad por acciones de capital totalmente público con objeto de adjudicarle la gestión de un servicio público, el control que las autoridades públicas que son socios de dicha sociedad ejercen sobre ella puede ser considerado análogo al control que ejercen sobre sus propios servicios cuando es ejercido conjuntamente por dichas autoridades” (apartado 63).

76 Giorello, Marco (2006), “Gestion in house, entreprises publiques et marchés publics: la Cour de justice au croisement des chemin du marché intérieur et des services d'intérêt économique général”, *Revue du Droit de L'Union Européenne*, 1, 39.

especial dimensión en el caso de las Administraciones con pocos recursos⁷⁷, como los entes locales⁷⁸.

3. Indicios y criterios jurisprudenciales interpretativos del criterio del “control análogo”

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aportado una serie de indicios y circunstancias que indican la existencia o ausencia de la relación de dependencia propia de las encomiendas *in house*. Se trata en la mayor parte de los casos de presunciones *iuris tantum*, que deben de ser valoradas de forma conjunta. Por sí solas no son suficientes para identificar una relación *in house*. Lo más relevante es que el conjunto de indicios indiquen la existencia de una relación de subordinación. Dedicaremos los siguientes apartados a esta cuestión.

A) Participación en el capital social de la sociedad encomendada. La cuestión de las “encomiendas cruzadas”

El hecho de la autoridad pública concedente posea, individualmente o junto con otros poderes adjudicadores, la totalidad del capital de la sociedad encomendada es una circunstancia, no determinante, pero sí indicativa de la existencia de un control análogo⁷⁹. No obstante, el TJUE ha admitido relaciones *in house* en supuestos en que ente encomendante tenía una participación minoritaria en la sociedad encargada. El TJUE ha dado a entender en el asunto TRAGSA II (2007), que la ausencia de participación en el capital de una sociedad era determinante de la inexistencia de una relación *in house*. En ese tipo de supuestos la sociedad adquiere el carácter de tercero y, en consecuencia, la relación económica tiene la naturaleza de un contrato público⁸⁰.

77 González García considera, teniendo en cuenta que los entes instrumentales comunes suelen ser creados para cubrir necesidades de las Administraciones con escasa capacidad económica, que “esta fórmula de control directo no se aplique de forma radical, sino que, por el contrario, se tengan en consideración las circunstancias de la Administración pública afectadas” (*Medios propios...*, *ob. cit.*, 237).

78 La sentencia del TS de 4 de julio de 2003 (sala de los Contencioso-administrativo, sección 7.ª, ponente: Juan José González Rivas, F. 9.º, RJ 2003/4377) señala que una de las razones justificativas de la creación de medios instrumentales comunes a varias Administraciones locales, es “la imposibilidad de muchos municipios de organizar y desarrollar por sí mismos los cada vez más complejos y gravosos servicios públicos”.

79 Sentencia del TJUE de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo Spa, Consorzio Alisei/ Comune di Busto Arsizio, AGESP Spa*, apartado 37; sentencia de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/Transformación Agraria, S.A. (Tragsa), Administración del Estado*, apartado 57.

80 Véase, en este mismo sentido, Gimeno Feliu, J. M. (2010) *Novedades de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Madrid, 124. Véase igualmente el Informe 1/2007, de 8 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. En él se declara que TRAGSA no tiene carácter de medio propio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, ya que “[...] no tiene control ni normativo, ni de actuación, ni tarifario sobre TRAGSA, ni participa en su capital social [la cursiva es nuestra],

No obstante, La LCSP sólo exige que la sociedad sea de capital íntegramente público (art. 24, apartado 6, LCSP). No exige una cuota de participación mínima del ente que realiza la encomienda. Esa mismo análisis podemos realizar de la nueva previsión del artículo del artículo 85, apartado 2, letra d, LBRL –modificado por la LCSP–, en el que se incluye, entre las formas de gestión directa de servicios, la que se realiza mediante “una sociedad mercantil local cuyo capital social sea de titularidad pública”. Tampoco se requiere la participación, aunque sea mínima, del ente encomendante⁸¹. Estas previsiones legales nos plantean serias dudas sobre su compatibilidad con los principios comunitarios de la contratación pública. Hemos de decir sin embargo que, por lo que respecta al ámbito local, el artículo 85.ter, LBRL, exige que la aportación del capital a las sociedades mercantiles deberá “ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma”.

Habría que preguntarse, por tanto, si es admisible la existencia de una relación *ad intra* o *in house* entre, por ejemplo, un ente adjudicador y una sociedad instrumental común de otra u otras entidades públicas, en la que aquel no posee ninguna participación en su capital⁸². Pese a las abiertas previsiones normativas de la LCSP y de la LBRL que parecen amparar dicha posibilidad, consideramos que la respuesta a esta cuestión debe ser negativa, a la luz del Derecho comunitario y de la jurisprudencia del TJCE⁸³. De

ni esta Sociedad realiza una parte esencial de la actividad con la Administración aragonesa”. Asimismo véase el Informe 21/08, de 28 de junio de 2008, en el que se analiza la posibilidad de que TRAGSA pueda tener la consideración de medio propio de un Ayuntamiento. El Informe rechaza que el municipio pueda ejercer un control análogo sobre TRAGSA al “[...] no ser titular de su capital ni disponer de ninguna acción de control sobre la actividad de TRAGSA”. Por otra parte, el Informe 13/2008, de 22 de diciembre, declara que un sociedad autonómica, en la que no participan los entes locales, puede ser considerada medio propio instrumental de éstos, siempre que se suscriba convenio de colaboración en los términos establecidos en el artículo 67 de la Ley 8/1997, de 23 de diciembre. En este caso la declaración legal indirecta (ya que se somete la consideración como medio propio a la condición de suscribir un convenio de colaboración) de medio propio y la obligatoriedad legal de la entidad instrumental de ejecutar las encomiendas de los entes locales son, a juicio del informe, los elementos determinantes. En el ordenamiento jurídico, e incluso tras la aprobación de la LCSP, podemos encontrar declaraciones legales de sociedades como medios propios de Administraciones que no tienen participación alguna en dicha entidad. Véase el Decreto 63/2008, de 30 de mayo, sobre la modificación de los estatutos de la Sociedad *Parc bit Desenvolupament* (BO. Illes Balears, de 5 de junio de 2008), o el propio régimen jurídico de TRAGSA, en la Disposición adicional trigésima de la LCSP, en el que se declara medio propio de las CCAA, con independencia de su participación en la capital social de la entidad.

81 Véase sobre esta cuestión el planteamiento crítico de Montoya Marín, E. (2009), *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Serie calves del gobierno local, 9, Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 141.

82 Véase a este respecto la sentencia de 22 de abril de 2005 del TS en la que se trata el asunto de un convenio administrativo entre dos ayuntamientos y la empresa mixta participada por uno de ellos. Mediante este convenio se facilita el servicio de suministro de agua potable y alcantarillado al municipio que carece de participación en la sociedad. El TS supremo señala que: “nada impide que a través de un convenio de colaboración un ente local pueda asumir la gestión directa de los servicios públicos de otro ente local”. El TS supremo abre la posibilidad de las encomiendas domésticas cuando la sociedad es controlada íntegramente por capital público, aunque el ente encomendante no tenga participación en el capital de la sociedad. Sin embargo, en este caso el TS rechaza esta opción ya que la sociedad está participada por capital privado.

83 Véase también el Informe 46/98, de 17 de marzo de 1999, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el que se afirma que TRAGSA no puede ser medio propio o servicio técnico del Cabildo de Gran Canaria.

todas formas el ordenamiento jurídico nos ofrece ejemplos claros de lo contrario. Sin ir más lejos TRAGSA es declarada como medio propio del Estado y de las CCAA, algunas de las cuáles no tienen participación en la sociedad. Es preciso recordar a este respecto que la mera declaración legal no es suficiente para entender aplicable la excepción *in house*. Deben cumplirse en todo caso los criterios *Teckal*.

Destaquemos ahora algunas sentencias en las que se aborda la cuestión que estamos analizando. Veamos en primer lugar la sentencia de 3 de julio de 2002⁸⁴ del Tribunal Superior de Justicia de Valencia. El Municipio de *Xirivella* y el Municipio de *Torrente* acordaron a través de convenio administrativo la cooperación para la prestación del servicio de abastecimiento de agua. Se firmó a estos efectos un convenio entre estas entidades locales y la empresa mixta denominada *Aigües d L'Horta*. Esta sociedad había sido constituida entre el Municipio de *Torrente* e *Hidra Gestión Integral del Agua*, sociedad cuyo capital mayoritario pertenece a este mismo municipio. Se plantea aquí la posibilidad de considerar a una sociedad pública como medio propio de un ente local, que no ejerce ninguna influencia determinante sobre su actuación. Destaquemos los siguientes extractos de la sentencia:

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

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

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

84 Id. Cendoj: 46250330032002101171. El TSJ de Valencia se pronunció sobre casos muy similares en las sentencias de 18 de septiembre de 2002 (Id. Cendoj: 46250330032002100373), de 13 de marzo de 2003 (Id. Cendoj: 46250330032003100426) y de 19 de mayo de 2003 (Id. Cendoj: 46250330032003101046), remitiéndose en todas ellas a la doctrina sentada en la sentencia de 3 de julio de 2002.

Es verdad que la norma utiliza [el artículo 155.2, LCAP], *in genere*, el vocablo “la Administración” al afirmar que “... en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración”, pero, como aclara el criterio sistemático, resulta que sólo cuando sea la propia Administración beneficiaria del servicio la que domine la nueva persona jurídica constituida al efecto podrá afirmarse que la gestión del servicio público corresponde a la propia Administración titular del mismo que es aquella enunciada en el artículo 155.2 LCAP. (...)” (F. 4.º).

En la sentencia de 27 de abril de 2006, el TS se pronunció sobre un convenio similar entre Municipio de *Torrent* y el de *Paterna* y la empresa mixta denominada *Aigües d L'Horta*, para nuevamente la cooperación para la prestación del servicio de abastecimiento de agua. En ella el Tribunal afirma que “el propósito del legislador al aprobar el precepto [artículo 154.2, TRLCAP, actualmente el artículo 8.2, LCSP] se refería a las empresas que prestan el servicio público en el propio municipio que las crea y no en otro distinto”⁸⁵.

Otro asunto que merece ser destacado es el resuelto por el TSJ de Castilla-La Mancha de 30 de octubre de 2000⁸⁶. En este caso se analiza la legalidad de un Acuerdo municipal del Ayuntamiento de *Huete* de aprobación del convenio celebrado con el Ayuntamiento de *San Juan*, para la prestación y gestión del servicio público de agua potable a través de la empresa municipal de Aguas de Alcázar:

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

Es perfectamente posible la utilización de los convenios interadministrativos entre diferentes Administraciones para la cooperación económica, técnica y administrativa de las mismas como prevé el artículo 57 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (Bases de Régimen Local). Pero aquí no existe un convenio de cooperación meramente técnica, económica o administrativa sino que se ceden a una empresa constituida por otra Entidad Local las competencias administrativas necesarias para la prestación del servicio en forma indirecta.

(...)

85 Sentencia del TS de 27 de abril de 2006 (sala de los Contencioso-administrativo, sección cuarta), ponente: Mariano Baena del Alcázar, F. 3.º (RJ 2006/4675).

86 Ponente: Vicente Manuel Rouco Rodríguez (Id. Cendoj: 02003330022000100273).

Creemos que no es óbice a dicha conclusión el que la citada sociedad haya sido constituida con capital municipal del Ayuntamiento de Alcázar de San Juan y dependa del mismo a todos los efectos, porque si esas notas tienen validez para el ejercicio de sus competencias en ese municipio, en cambio dejan de tener sentido si lo que pretende es ejercer en el ámbito de otro municipio, pues entonces prima su sometimiento al régimen jurídico de derecho privado, que en todo caso se da por su forma de sociedad mercantil anónima con el que ha sido constituida. Por consiguiente, no cabe hablar de encomienda de gestión de un servicio público [en el sentido del artículo 15 de la LRJAP] a una sociedad sujeta al derecho privado sino que en tal caso ha de acudir a la legislación de contratos del Estado y, en el caso concreto de las Administraciones Locales, cuando se está hablando de la prestación indirecta de servicios públicos como el del agua a la concesión." (FJ. 5.º)

En estos casos una fórmula que permitiría la aplicación directa de la excepción *in house* podrían ser la ampliación del capital de la sociedad filial para dar entrada a nuevos socios públicos o, en su caso, la creación de una nueva sociedad íntegramente pública⁸⁷. De todas formas la participación no es un elemento determinante, por lo que deberían concurrir las existencia de indicios fácticos y jurídicos indicativos de la existencia de una relación de dependencia.

Más allá de las propias relaciones *in house*, la articulación de la cooperación interadministrativa entre dos entes públicos autónomos –tanto en el plano formal como material– para el auxilio técnico, económico o administrativo se puede llevar a cabo a través de la encomienda de gestión (artículo 15, LRJAP), técnica de traslación competencial que se formaliza, en estos casos, a través de convenio. La LCSP exceptúa de su ámbito de aplicación estos convenios interadministrativos en el artículo 4, apartado 1, letra c⁸⁸, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley. No obstante, establecer la línea divisoria entre un legítimo convenio de cooperación administrativa meramente técnica, económica o administrativa y la cesión directa ilegal de la prestación de un servicio público no parece tarea sencilla. En este último sentido interesa destacar el último “meandro” de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la sentencia de 29 de junio de 2009⁸⁹.

La Comisión plantea contra Alemania un recurso de incumplimiento por vulneración de la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de servicios. El recurso se refiere a un contrato

87 Sosa Wagner, Francisco, y Fuertes López, Mercedes (2007), *¿Pueden los contratos quedar en casa? (la contratación europea sobre la contratación in house)*, Diario La Ley, 6715, 17 de mayo, 1677.

88 “c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley”.

89 Sentencia del TJCE de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06, *Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania*.

celebrado (en el año 1995) entre, por una parte, cuatro circunscripciones administrativas (*Landkreise*) y, por otra parte, el servicio de limpieza de Hamburgo, que tiene por finalidad “garantizar la gestión mancomunada del tratamiento de sus residuos”. Tanto las circunscripciones como el servicio de limpieza de Hamburgo tienen atribuidas la competencia en materia de eliminación de residuos.

El contrato controvertido se celebró directamente sin procedimiento de licitación. En él los servicios de limpieza de Hamburgo comprometieron parte de la capacidad anual de eliminación de residuos (120.000 de las 320.000 toneladas) de una nueva instalación térmica de valorización (que se pudo construir y poner en funcionamiento en el año 1999 gracias a este contrato y a la colaboración entre las entidades intervinientes), para que las circunscripciones pudieran atender a sus responsabilidades de gestión ambiental. El precio de esta gestión se abona al titular de la instalación, contraparte contractual de los servicios de limpieza, y se calcula de acuerdo con una fórmula preestablecida por las partes. Hemos de señalar que el recurso no se refiere en ningún caso a las relaciones entre los servicios de limpieza de la ciudad de Hamburgo y el titular de la instalación de valorización, cuestión que no ha sido planteada en el recurso de la Comisión.

La República Federal de Alemania alegó que se trataba de un “acuerdo sobre la ejecución en común de una función de servicio público que incumbía a las circunscripciones administrativa y a la ciudad de Hamburgo”. Se trataba por tanto de “un caso de cooperación municipal”, que puede ser considerada como una relación interna o *in house*, en la medida en que ambas entidades ejercen “un control recíproco” a nivel de la región metropolitana de Hamburgo. Considera que no se trata de un contrato público de servicios en el sentido del artículo 1, letra a, de la Directiva 92/50, sino de una “asistencia administrativa en el desempeño de una misión de servicio público”. Todo ello debido a tres razones: primero, el contrato constituye una medida de cooperación más amplia entre organismos estatales; segundo, los servicios de limpieza no tienen la condición de prestador de servicios, sino que por el contrario, ofrecen en su calidad de organismos públicos responsables de la eliminación de residuos, una “asistencia administrativa” a las circunscripciones que, a su vez, son responsables de la eliminación de residuos; tercero, el contrato “va más allá que un contrato de servicios ordinarios”. Esta última precisión se justifica en el hecho de que el contrato obliga a las circunscripciones, a cambio del tratamiento de residuos en la instalación señalada, a poner a disposición de los servicios de limpieza de Hamburgo, a una tarifa convenida, las capacidades de vertido que no utilicen ellas mismas, con la finalidad de paliar la falta de capacidad de vertido de la ciudad de Hamburgo. Para Alemania se trata de un acuerdo de cooperación regional que insta una colaboración entre las partes implicadas, que desempeñan la misión de eliminación de residuos “mancomunadamente” en la región de que se trata. En este sentido se destaca que las circunscripciones se comprometen igualmente a reducir, durante un período de tiempo determinado, la cantidad de residuos aportados en caso de mal funcionamiento de la instalación; asumiendo así una limitación en su derecho a la ejecución del contrato.

La Comisión alega que nos encontramos ante un contrato de servicios en el sentido de la Directiva 92/50. No pueden considerarse como constitutivos de una asistencia administrativa en la medida en que los servicios de limpieza no ejercen una actividad en virtud de ley o de otros actos unilaterales, sino sobre la base de un contrato. Además la Comisión añadió que la sentencia del TJUE de 13 de enero de 2005 confirmó que los contratos de cooperación horizontal celebrados por entidades territoriales, están sometidos a la normativa de contratación pública. Hay que precisar, no obstante, que en este caso el Tribunal consideró, más concretamente, que no era posible excluir *a priori* del ámbito de aplicación de las directivas de contratación pública las relaciones establecidas entre instituciones de Derecho público ("acuerdos interadministrativos"), independientemente de la naturaleza de esas relaciones⁹⁰. Alemania defendió esta interpretación alegando que "(...) el Tribunal de Justicia no declaró expresamente que todos los acuerdos celebrados entre organismos administrativos se enmarcan en la normativa de contratos públicos, sino que se limitó a reprochar al Reino de España la exclusión general de los acuerdos celebrados entre organismos de Derecho público del ámbito de aplicación de dicha normativa".

La Comisión rechaza la concurrencia de una relación interna o doméstica, ya que ninguna de las entidades adjudicadoras (circunscripciones administrativas) tienen poder sobre la gestión de los servicios de limpieza de Hamburgo. Alemania considera que sí "(...) se satisface la exigencia relativa a la intensidad de control ejercido que debe evaluarse bajo el prisma del interés público, ya que las administraciones de que se trata ejercen entre sí un control análogo". Alemania se ampara así en la interpretación teleológica de la naturaleza de las operaciones internas, utilizada por el Tribunal en la sentencia *Stadt Halle* (2005).

Alemania alegó que si se hubiese realizado una licitación es posible que los servicios de limpieza de Hamburgo no hubieran podido concurrir, ya que en ese momento no disponía de una capacidad de valorización suficiente. La construcción de la instalación se planificó únicamente a raíz de las necesidades de las circunscripciones y de la garantía de que éstos utilizarían la futura central. El Estado alemán considera que la aplicación de la Directiva 92/50 impediría a las circunscripciones llevar a cabo la función de eliminación de residuos que tienen atribuida, al no poder encargar a los servicios de limpieza la eliminación de residuos, lo que construye una misión de interés general a escala comunitaria. Estas entidades se verían obligadas a confiar esta misión al operador que presente la oferta económica mas ventajosa, sin garantía alguna de que el servicio público se va a realizar de manera satisfactoria y permanente. Asimismo, la aplicación del régimen comunitario daría lugar, a juicio de Alemania, a que las capacidades de la nueva central no se utilicen de manera rentable. El Estado entiende finalmente que sin la celebración del contrato controvertido ninguna de las partes podría haber realizado su misión pública. La Comisión rebate esta apreciación de acuerdo con la cual debe rechazarse la aplicación de la Directiva 92/50, con arreglo a la previsión del artículo 86, apartado 2, TCE.

90 Sentencia de 13 de enero de 2005, asunto C-84/03, *Comisión/España*, apartado 40.

El abogado general realiza una aplicación clara, concisa y directa de los criterios *Teckal*, llegando a la conclusión de que se trata de un contrato público de servicios en el sentido de la Directiva 92/50/CE⁹¹. Se trata de dos personas distintas⁹². Asimismo, no entiende que los servicios de limpieza de la ciudad de Hamburgo puedan ser considerados como medios propios de las circunscripciones administrativas⁹³, en la medida en que “(...) nada indica que las circunscripciones participen en los servicios de limpieza urbana de la ciudad y que, por lo tanto, ejerzan el control sobre éstos”⁹⁴. “En mi opinión –sigue diciendo el abogado general– una referencia general a los objetos comunes es netamente insuficiente, puesto que un control debe tener un fondo más sensible”. Parece primar aquí una interpretación estructural sobre una perspectiva puramente teleológica de las encomiendas internas de la Administración.

El Tribunal se despegue de la valoración jurídica realizada por el Abogado general. Además, las apreciaciones del Tribunal de Justicia tienen especial significación ya que se trata de un pronunciamiento de la Gran Sala. Esta sentencia continúa la línea expansiva de la capacidad autoorganizatoria de los Estados fuera del ámbito de la normativa sobre contratación pública, yendo incluso más allá de los propios márgenes de la excepción *in house*.

El TJUE empieza realizando un repaso de la doctrina del Tribunal sobre las encomiendas *in house*. No obstante, el Tribunal cierra pronto el debate sobre el cumplimiento del criterio de “control análogo”:

“Sin embargo, en el caso de autos está acreditado que los cuatro Landkreise de que se trata no ejercen un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, ya sea sobre la otra parte contratante, a saber, los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, o sobre el titular de la instalación térmica de Rugenberger Damm, sociedad cuyo capital está constituido parcialmente por fondos privados”⁹⁵.

El Tribunal, no obstante, ha desestimado el recurso de la Comisión (y confirmado por tanto la legalidad del contrato controvertido, otorgado sin licitación pública) sobre la base de una serie de argumentaciones:

1. El contrato “establece una *cooperación* entre entidades locales que tiene como *finalidad garantizar* la realización de una *misión de servicio público común a las mismas*”⁹⁶. El Tribunal recuerda la obligación comunitaria establecida por la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio, relativa a los resi-

91 Conclusiones del abogado general, Sr. *Ján Mazák*, presentadas el 19 de febrero de 2009, asunto C-480/06, apartado 36. El objeto del contrato –la valorización térmica de residuos– está incluido en los servicios a los que se refiere la categoría 16 del anexo I A de la Directiva 92/50 (apartado 38).

92 Apartado 37.

93 Apartado 34.

94 Apartado 43. Véase también el apartado 44.

95 Apartado 36.

96 La cursiva es nuestra.

duos, que obliga a los Estados miembros a establecer planes de gestión de residuos que incluyan, en particular, “las medidas apropiadas para fomentar la racionalización de la recogida, de la clasificación y del tratamiento de los residuos”, “siendo –sigue diciendo el Tribunal- *una de las medidas más importantes la búsqueda de un tratamiento de residuos en una instalación lo más cercana posible*”⁹⁷, de conformidad con la Directiva 91/156/CEE de 18 de marzo de 1991, por la que se modifica el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 75/442 (...)”⁹⁸. El Tribunal parece dar cierta cabida a la alegaciones del Estado alemán, en el sentido que el acuerdo bilateral de cooperación administrativa, sin previa licitación pública, era la vía que permitía garantizar una prestación adecuada del servicio público que tenían atribuido⁹⁹. El Tribunal parece manejar en su razonamiento uno de los principios básicos de la Política ambiental comunitaria, el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma (artículo 191.2, TFUE), que tiene una manifestación particular en la legislación de residuos a través del principio de proximidad (el cual prioriza la gestión local de los residuos). Este principio ambiental interviene aquí como criterio modulador a la hora de valorar la necesidad de la cooperación prevista en el contrato controvertido. Ello nos recuerda que el principio de integración ambiental (artículo 11, TFUE) implica la inserción de los objetivos y principios de la Política ambiental comunitaria en el resto de las políticas comunitarias, lo cual debe tener su manifestación igualmente en la interpretación y aplicación de los principios fundamentales del tratado, como el principio de libre circulación de mercancías o el principio de libre competencia.

2. El contrato “(...) debe analizarse como la *culminación de una acción de cooperación intermunicipal*”¹⁰⁰ entre las partes del mismo y *conlleva exigencias propias*¹⁰¹ para garantizar la misión de eliminación de residuos”. El contrato *tiene como finalidad* permitir a la ciudad de Hamburgo construir y hacer explotar una instalación de tratamiento de residuos en las condiciones económicas más favorables posibles gracias a los aportes de los residuos de las circunscripciones vecinas, lo que permite alcanzar una capacidad de 320.000 toneladas. La construcción de la instalación sólo se decidió y se realizó una vez que los cuatro Landkreise de que se trata acordaron utilizar la central¹⁰².

Para reforzar este argumento, el Tribunal analiza pormenorizadamente el *contenido del contrato*. Relata, en primer lugar, las obligaciones mutuas de

97 La cursiva es nuestra.

98 Apartado 37.

99 El abogado general critica la argumentación de la República Federal de Alemania. Considera en este sentido que el régimen de la contratación pública permite integrar la consideración de criterios ambientales, que se consideren oportunos, en el procedimientos de licitación pública.

100 La cursiva es nuestra.

101 La cursiva es nuestra.

102 Apartado 38.

las partes del contrato controvertido, los servicios de limpieza de la ciudad de Hamburgo¹⁰³ y las cuatro circunscripciones administrativas¹⁰⁴. En segundo lugar, el Tribunal señala que “el contrato controvertido establece igualmente determinados *compromisos* de las entidades locales contratantes *relacionados directamente con el objetivo de servicio público*”¹⁰⁵. “En efecto –sigue afirmando el Tribunal-, si bien la ciudad de Hamburgo se ocupa de la mayor parte de los servicios objeto del contrato celebrado entre ella y los cuatro Landkreise de que se trata, éstos últimos ponen a disposición de los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo las capacidades de vertido que ellos mismos no utilizan con el fin de paliar la falta de capacidades de vertido de la ciudad de Hamburgo”. “Del mismo modo –sigue diciendo el Tribunal- se comprometen a aceptar en sus vertederos una capacidad de escorias de incineración no valorizables proporcional a la cantidad de residuos que han aportado”¹⁰⁶. En tercer lugar, “en virtud del contrato, las partes contratantes deben, si fuera necesario, *prestarse asistencia* en el marco de la ejecución de sus *obligación legal de eliminación de residuos*”¹⁰⁷. “En particular –aprecia el Tribunal-, está previsto que en determinadas circunstancias, como la sobrecarga puntual de la instalación en cuestión, los cuatro Landkreise de que se trata se comprometen a reducir la cantidad de residuos aportada y aceptan, así, limitar su derecho de acceso a la incineradora”¹⁰⁸. “Por último –y así finaliza el tribunal el análisis preciso del contenido del contrato–, la prestación de servicios de eliminación de residuos únicamente da lugar al pago de un precio al titular de la instalación”. “En cambio, de las estipulaciones de contrato controvertido

103 “El objeto de dicho contrato, según se indica expresamente en sus primeras estipulaciones, consiste principalmente en el compromiso de los servicios de limpieza de la ciudad de Hamburgo de poner a disposición de los cuatro Landkreise de que se trata, cada año, una capacidad anual de tratamiento de 120.000 toneladas con vistas a su valorización energética en la instalación de Rugenberger Damm. Según se precisa más adelante en el contrato, los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo no asumen en modo alguno la responsabilidad de la explotación de dicha instalación y no ofrecen ninguna garantía al respecto. En caso de paralización o mal funcionamiento de la instalación, sus obligaciones se limitan a ofrecer capacidades de reemplazo, obligación condicionada, si embargo, por dos circunstancias. Por una lado, la eliminación de residuos de la ciudad de Hamburgo debe garantizarse de manera prioritaria y, por otro, deben estar disponibles capacidades en otras instalaciones a las que tengan acceso los servicios de limpieza de urbana de la ciudad de Hamburgo” (apartado 39).

104 “A cambio del tratamiento de sus residuos en la instalación de Rubenberger Damm (...) los cuatro Landkreise de que se trata abonarán a los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo una remuneración anual, cuyas modalidades de cálculo y de pago se determinan en el contrato. Las capacidades de entrega y de tratamiento de residuos se fijan, semanalmente, entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y un interlocutor designado por dichos Landkreise. Asimismo, del Contrato resulta que los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, que disponen del derecho a percibir una indemnización por daños y perjuicios frente al titular de la citada instalación, se comprometen, en caso de que dichos Landkreise hubiesen sufrido un perjuicio, a defender sus intereses frente al titular de la instalación incluso mediante un recurso judicial, llegado el caso” (apartado 40).

105 La cursiva es nuestra.

106 Apartado 41.

107 La cursiva es nuestra.

108 Apartado 42.

se desprende que la *cooperación que éste establece*¹⁰⁹ entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y los cuatro Landkreise de que se trata *no da lugar, entre dichas entidades, a otros movimientos financieros* más que aquellos que corresponden al reembolso de la parte de los gastos que incumben a dichos Landkreise, pero que los servicios de limpieza urbana se encargan de abonar al titular de la instalación"¹¹⁰.

Del estudio de contenido del contrato, el Tribunal considera que "(...) se infiere que el contrato controvertido constituye tanto *el fundamento como el marco jurídico* de la construcción y explotación futuras de una instalación destinada a la realización de un servicio público, a saber, la valorización térmica de residuos. Dicho contrato –sigue diciendo el Tribunal– se celebró exclusivamente *entre autoridades públicas*, sin la participación de *ninguna parte privada*, y *no prevé ni prejuzga la eventual convocatoria de una licitación necesaria*"¹¹¹ para la construcción y la explotación de la instalación de tratamiento de residuos"¹¹².

El Tribunal parece concluir que el contrato controvertido, pese a producirse entre dos personas distintas, no tiene carácter oneroso, por lo que no puede entenderse como un contrato sometido al Derecho comunitario de la contratación pública. El contrato configura, más bien, una relación de cooperación y auxilio interadministrativo para el cumplimiento conjunto de una misión de servicio público común a las autoridades públicas intervinientes, que va más allá del propio contenido de un contrato de servicios. Se trata de un acuerdo que tiene como causa el auxilio y la cooperación administrativa, no la conclusión de un contrato de prestación de servicios a título oneroso.

El Tribunal admite la legalidad de la adjudicación directa del contrato pese a que rechaza la posible existencia de una relación *in house*. Parece admitir, por tanto, la posibilidad de exceptuar la aplicación del régimen comunitario de la contratación pública no sólo en el caso de las relaciones *in house*, sino también en el supuesto de una operación *ad extra* entre dos entidades públicas formal y materialmente distintas, formalizada a través de acuerdo que sea "la culminación de una acción de cooperación intermunicipal", destinado a la realización conjunta de una función común y prioritaria de servicio público.

El Tribunal inicia el camino hacia el reconocimiento de otro espacio de autoorganización administrativa que va más allá de la excepción *in house* y que pretende dar contenido propio a los convenios bilaterales de cooperación interadministrativa,

109 La cursiva es nuestra.

110 Apartado 43.

111 La cursiva de este párrafo es nuestra.

112 Apartado 44.

como ámbito excluido del Derecho de la contratación pública¹¹³. La sentencia adquiere así relevancia a los efectos de la interpretación de artículo 4.1, letra c, LCSP. Esta idea se refuerza en la lectura del apartado 45 de la sentencia en la que TJUE “(...) recuerda, en particular, que una autoridad puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas [véase también la sentencia Coditel Brabant (...), apartados 48 y 49]”¹¹⁴.

La Comisión entendía que sólo podría realizarse una adjudicación directa de dicho contrato “(...) si la cooperación controvertida hubiese dado lugar a la creación de un organismo de Derecho público encargado de realizar la misión de interés general de eliminación de residuos a instancia de las distintas entidades en cuestión (...)”. “Sin embargo, considera [la Comisión] que, a falta de tal organismo de cooperación intermunicipal, el contrato de servicios celebrado entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y los Landkreise de que se trata debería haber sido objeto de una licitación”¹¹⁵. Es decir, a juicio de la Comisión, sólo cabe exceptuar del ámbito de aplicación del Derecho de la contratación pública las fórmulas de cooperación interadministrativa entre poderes adjudicadores que estén, organizativa y estructuralmente, diseñadas como una relación *in house*. El Tribunal rechaza este argumento de la Comisión y admite formas de colaboración puramente contractuales o convencionales (no institucionalizadas) fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario de la contratación pública¹¹⁶:

“47 No obstante, procede señalar, por un lado, que el Derecho *comunitario* no impone en modo alguno a las autoridades públicas el uso de una *forma jurídica particular* para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente. Por otro lado, tal *colaboración*”¹¹⁷ entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados

113 En este sentido interesa destacar que el profesor Sosa Wagner ha apuntado que “las figuras de la encomienda o el encargo hechos a las organizaciones en todo dependientes nos sirven para explicar estas singulares relaciones, como igualmente nos sirven los convenios para entender el uso que una Administración pública puede hacer de organizaciones instrumentales pertenecientes a otras administraciones” (2003) “El empleo de los “recursos propios” por las Administraciones locales”, en Cosculluela Montaner, Luis, *Estudios de Derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, 1340).

114 No obstante, la sentencia *Coditel* (2008), en los apartados señalados por el Tribunal, no parece tener esa significación. En ella el Tribunal admitía la aplicación de la excepción *in house* en los supuestos en los que las autoridades públicas acuden a sus medios propios para llevar a cabo sus funciones de servicio público, en colaboración con otras autoridades públicas. Lo cual es muy distinto de lo resuelto por el Tribunal en el asunto de los servicios de limpieza de Hamburgo, en donde el Tribunal parece rechazar desde un primer momento la existencia de un control análogo y excluye que los servicios de limpieza de Hamburgo puedan ser considerados como medios propios de las circunscripciones adjudicatarias.

115 Apartado 46.

116 Pedersen, Kristian, y Olsson, Erik (2010), *Commission v Germany: a new approach on in-house providing?*, *Public Procurement Law Review*, núm. 1, 41.

117 La cursiva es nuestra.

miembros, siempre que la realización de dicha *cooperación se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público*¹¹⁸ y se garantice el principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, de manera que *ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto de sus competidores*¹¹⁹ (véase, en este sentido, la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartados 50 y 51).

48 Por otro lado, procede señalar que de ninguno de los elementos aportados ante el Tribunal de Justicia se desprende que, en el presente caso, las entidades de que se trata hayan orquestado un montaje destinado a eludir la normativa sobre contratación pública.”

El Tribunal se limita a analizar desde una perspectiva funcional si el acuerdo de cooperación interadministrativo vulnera los principios fundamentales del Derecho comunitario de la contratación pública. La inaplicación de la Directiva en estos supuestos no va a venir necesariamente determinada por la forma de cooperación entre entidades públicas (fundamentalmente, si se crea o no un ente instrumental, que adquiera la condición de medio propio común), sino más bien por que el contenido del convenio se dirija a la consecución de un interés público común¹²⁰. El Tribunal admite el ejercicio de servicios públicos de modo conjunto por varias entidades públicas independientes (sin la creación de un medio instrumental común), fuera del ámbito del Derecho comunitario de la contratación pública, cuando dicha *cooperación se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público*. El Tribunal deja la puerta abierta a las encomiendas cruzadas mediante la firma de acuerdos bilaterales de colaboración interadministrativa, que respondan a las características señaladas, y que no representen un montaje para eludir la aplicación del Derecho comunitario. No obstante lo dicho, es difícil apreciar cuál va a ser el impacto real de este pronunciamiento del Tribunal: si va a permanecer como una mera anomalía dentro de la doctrina *in house providing* o si va a suponer otro nuevo espacio de desarrollo para la capacidad autorganizativa de los Estados. Habrá que esperar a futuros pronunciamientos.

El Tribunal parece, sin embargo, dar un paso más en el reconocimiento de una mayor autonomía organizativa a los Estados en el cumplimiento de sus responsabilidades de servicio público. Si bien compartimos la necesidad de definir un ámbito de colaboración interadministrativa para el desarrollo de funciones de especial interés público, como la gestión de residuos, con grandes implicaciones económicas, ambientales, sanitarias y técnicas, el Tribunal tendría que haberlo realizado aportando criterios más claros y precisos. En caso contrario corremos el riesgo de que se produzca distorsiones en la comprensión y aplicación de la doctrina *in house providing*, en pleno proceso de maduración y desarrollo normativo y jurisprudencial, y de que se comentan abusos en el recursos a las técnicas de

118 La cursiva es nuestra.

119 La cursiva es nuestra.

120 Pedersen, Kristian, y Olsson, Erik (2010), *Commission v Germany...*, ob. cit., 41 y 45.

cooperación administrativa, dando amparo a la adjudicación directa de verdaderos contratos públicos¹²¹.

B) La obligación legal de ejecución de las encomiendas y la capacidad de negociación del ente encomendado

El TJCE ha aportado también un criterio que permite afirmar de forma más directa la existencia de un control análogo, aun en el supuesto de una participación minoritaria o testimonial por parte del ente encomendante en la sociedad instrumental: cuando la encomienda de gestión es de ejecución obligatoria para la sociedad de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el poder adjudicador, y cuando la retribución es fijada por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan (TRAGSA II, 2007)¹²². En principio parece que no se trata de un mero indicio, sino de una circunstancia determinante de que estamos ante una encomienda doméstica.

La doctrina del TJUE trae causa de la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2001¹²³:

“Por lo tanto, desde su constitución y hoy por disposición expresa con rango de ley, TRAGSA es un medio propio y servicio técnico de la Administración, que está obligada a realizar los trabajos que le encomienden la Administración del Estado o las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes, es decir, TRAGSA es Administración Pública, que carece de autonomía para aceptar o rechazar trabajos encomendados por la Administración.

No sólo TRAGSA carece de autonomía para decidir los trabajos que acepta y los que rechaza, estando obligada a realizar los encargados por la Administración, sino que tampoco dispone de autonomía en la determinación de los precios de las obras realizadas, que se fijan por un sistema de tarifas que elabora y modifica una Comisión integrada por las Administraciones Públicas afectadas (artículo 4 del RD 371/1999).

121 Gimeno Feliú ha advertido de la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de la técnica del convenio, de modo que no pueda ser utilizada cuando la prestación que contiene este comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva (“El ámbito subjetivo de la Ley..., *ob. cit.*, pp. 51, 55 y 56).

122 La cuestión prejudicial del asunto TRAGSA II (2007) fue planteada por el Tribunal Supremo español, en el marco de un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2001 (véase el Auto de 1 de abril de 2005, ponente: Eduardo Espín Templado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera (Id. Cendoj: 280791300120052011261). Tras la sentencia del TJUE fue dictada la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008, ponente: Fernando Ilescas Bartret (RJ 2008/645), que se limita a recoger las apreciaciones del TJUE. Destacar que en la sentencia del TS citada se emitieron dos votos particulares.

123 Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2001, ponente: Jose Maria Del Riego Valledor, F. 8.º (Id. Cendoj: 28079230062001100109). Sobre el carácter de medio propio de TRAGSA véanse la sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de septiembre de 2000, ponente: Fernando delgado Rodríguez, F. 9.º (Id. Cendoj: 28079230062000100262).

En suma, TRAGSA no es un operador económico que goce de independencia ni en la aceptación de las demandas de trabajo provenientes de las Administraciones públicas ni en la formación de los precios.

Las obras que realiza TRAGSA son, a todos los efectos, obras que realiza la propia Administración, supuesto este previsto en el artículo 153 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas."

El TJUE ha admitido en el asunto TRAGSA II (2007) la existencia de relaciones *in house* incluso en el supuesto de que la sociedad encomendada, que actúa como servicio instrumental común a varias administraciones, está obligada a ejecutar un encargo de una entidad que tiene una mera participación simbólica en aquella (en este caso las CCAA en TRAGSA)¹²⁴. Admite el control análogo de un poder adjudicador, cuando es otro ente (en el caso de TRAGSA, el Estado) al que está unido en una relación de colaboración, el que ejerce realmente una influencia determinante en las decisiones estratégicas e importantes de la entidad¹²⁵. El TJUE parece dar cabida a las encomiendas cruzadas, es decir, a la realización de encargos de ejecución a favor de medios propios de otras administraciones públicas¹²⁶.

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial del asunto TRAGSA II ha sido criticada por buena parte de la doctrina¹²⁷ y por algunas conclusiones de los abogados generales del TJUE. Ha sido igualmente crítico el magistrado del Tribunal Supremo Ma-

124 El TJCE en la sentencia TRAGSA II (2007) establece que las encomiendas *in house* son posibles con relación a las CCAA que "poseen una parte de capital". Meilán Gil considera que el TJCE podría haber referido a que la "parte sea significativa o algo parecido" (*Prólogo* al libro Pernas García, J. J. (2008), *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, Madrid: Lustel, 21).

125 Bernal Blay se muestra crítico con esta sentencia. Entre otras ideas, apunta que las CCAA no tienen la posibilidad de configurar el régimen jurídico de *Tragsa*, que se contiene en una norma estatal. Tampoco se establece un régimen de responsabilidad de las CCAA con relación a las actuaciones de *Tragsa*, ni se prevé la participación de aquellas en las pérdidas de este servicio instrumental común. Estos datos muestran a su juicio la falta de influencia de las CCAA en la sociedad instrumental (2007) "Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario a la STJCE de 19 de abril de 2007 (AS. C-295/05, Asemfo Vs. Tragsa)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 137, enero-marzo, 130 y 131). Gimeno Feliú se manifiesta igualmente crítico con esta doctrina del TJCE, en los siguientes términos: "Y es que ¿acaso una Comunidad Autónoma podría impedir la realización de obras o servicios por TRAGSA o sus filiales en su territorio cuando éstas acatan una orden del Ministerio competente? Es obvio que la respuesta negativa desmonta por sí sola la posible intención de considerar a este *holding* empresarial del Estado como propio de las demás administraciones del territoriales al no concurrir ninguno de los requisitos que el TJCE exige para considerar correcta esta técnica" ("Reflexiones críticas...", *ob. cit.*, 20; y de este mismo autor (2006), "La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria", en *Informe Comunidades Autónomas 2005*, Barcelona: Instituto de Derecho Público, 853 y 845). Véase también, sobre la impropiedad de encomiendas internas realizadas por entidades que no ejercen una influencia determinante sobre una entidad instrumental de otra Administración pública, Montoya Martín, Encarnación (2006), "La reforma de las formas de gestión de los servicios públicos locales. La contratación de las sociedades públicas locales", *Revista Andaluza de Administración Pública*, 57, 77.

126 BERNAL BLAY, Miguél Ángel, "Un paso en falso en la interpretación...", *ob. cit.*, 129.

127 Se muestran críticos con la posibilidad de que las CCAA puedan ejercer un control análogo, con una participación meramente simbólica en el capital de TRAGSA: Bernal Blay, M. A., "Un paso en falso...", *ob. cit.*, pp. 124 a 126; González García, Julio V., "Medios propios...", *ob. cit.*, pp. 229 a 231.

nel Campos Sánchez Bordona, en su voto particular a la sentencia de 30 de enero de 2008¹²⁸:

“Pues si cualquier empresa pública (y ahora también sus filiales) puede ser considerada como un medio instrumental y servicio técnico propio de cualesquiera de las administraciones públicas que posean en ella una participación ínfima y meramente simbólica, el requisito del “control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios” (primer “criterio Teckal”) queda indudablemente devaluado.

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

En su ánimo de acoger buena parte de los criterios interpretativos aportados por el Tribunal de Justicia hasta el momento de su aprobación, la LCSP positivizó el argumento jurisprudencial de la sentencia TRAGSA II (2007) en el artículo 24.6:

“(…) En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependen. (...)”¹²⁹.

Este criterio ha sido positivizado otorgándole el carácter de circunstancia determinante de la existencia de un control análogo. Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia del TJUE es dudoso que este criterio de la sentencia TRAGSA II pueda adquirir categoría de principio interpretativo general¹³⁰. La sentencia del TJUE *Correos* (2007) parece privarle de ese carácter, relegando la relevancia de su doctrina al caso particular de esta sociedad española, no siendo directamente extrapolable

128 Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008, ponente: Fernando Iledesma Bartret (RJ 2008/645), punto segundo del voto particular del magistrado citado.

129 En este orden de cosas, el artículo 8.3 de la Ley Foral 6/2006, de 9 junio, de contratos públicos (BO. Navarra 16 junio 2006, núm. 72) establece lo siguiente: “las encomiendas se instrumentarán a través de encargos de realización obligatoria por el ente instrumental y, en todo caso, la supervisión de su correcta ejecución corresponderá al ente encomendante”.

130 En esta línea argumental sobre la sentencia TRAGSA II, véase Bernal Blay, Miguél Ángel, “Un paso en falso en la interpretación...”, *ob. cit.*, pp. 136 y 138; McGowan, David (2008), “A contrat or not? A note on Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia y Administración del Estado”, *Public Procurement Law Review*, 17: 207 NA.

a otros supuestos. Este criterio no define en todo caso la naturaleza y contenido de las relaciones *in house*. Debe ser considerado como un indicio más de la existencia de una relación interna, no como una circunstancia determinante en todo caso¹³¹.

La sentencia *Correos* (2007) establece que no resulta suficiente, en este caso concreto, la obligación de realizar los encargos del poder adjudicador y de asumir la tarifa aplicable a los servicios; es preciso atender al propio cometido del prestador de servicios y a su capacidad de negociación. El TJUE señala que hay que analizar la capacidad de negociación de la sociedad encomendada con relación al contenido concreto de los servicios que debe prestar y a las tarifas aplicables a tales servicios, así como si dicha sociedad tiene la facultad de liberarse de las obligaciones derivadas del convenio de colaboración. Cuando la sociedad disponga de ese margen de maniobra a la hora de adoptar sus propias decisiones, nos encontraremos ante una relación de carácter contractual; ya que esta sociedad no se encuentra subordinada a la voluntad del ente encomendante¹³². Esto último puede quedar acreditado, por ejemplo, por la existencia de un régimen de resolución de conflictos entre la entidad encomendante y la encomendada¹³³.

La sentencia del TJUE fue emitida como consecuencia de una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional. La sentencia de 18 de abril de 2008 de la Audiencia Nacional resolvió el asunto anulando un convenio de colaboración para la prestación de servicios postales y telegráficos entre la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA y el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte¹³⁴:

“6. En el caso de autos, independientemente de cual sea la cuantía, alcance no el umbral previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50, lo que es evidente es que la figura negocial que nos ocupa determina un contenido prestacional oneroso y bilateral, y que no resulta de tal contenido un total desequilibrio obligacional para la Sociedad Anónima Estatal de tal manera que los servicios postales que se obliga a prestar a favor del Ministerio contratante lo sean en condiciones que se aparten significativamente de las condiciones –económicas y de otra índole– de sus ofertas comerciales normales. Además la cláusula sexta permite a ambas

131 Véase más en extenso sobre esta sentencia, mi trabajo *Las operaciones in house...*, *ob. cit.*, pp. 114 y ss. Bernal Blay afirma que “(...) la potestad tarifaria puede significar la existencia de un control sobre TRAGSA por parte de las Comunidades, pero únicamente en esa parcela, de manera que tal circunstancia no resulta suficiente por sí sólo para concluir que las Comunidades Autónomas disponen de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégico como sobre las decisiones importantes, como requiere la jurisprudencia comunitaria (“Un paso en falso en la interpretación...”, *ob. cit.*, p. 132).

132 Cfr., mi trabajo *Las operaciones in house...*, *ob. cit.*, pp. 115 y 116.

133 Véase en este sentido y como interesante nota de Derecho comparado la sentencia *Risk Management Partner v Brent LBC* [2008], EWHC 1094 (Admin), *Queen's Bench Division*, Burnton L. J. Véase un comentario en HENTY, Paul, “Risk Management...”, *ob. cit.*

134 Véase la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2008, ponente: Isabel García García-Blanco (Id. Cendoj: 28079230032008100068). Véase también, en este mismo orden de ideas, la sentencia de la Audiencia nacional de 23 de junio de 2008 (Id. Cendoj: 28079230012008100461).

partes, y no solo a la Administración, una resolución anticipada del convenio, mediante comunicación escrita con una antelación de un mes.

(...)

Por otro lado, de lo obrante en el expediente no resulta que las tarifas fijadas en el convenio de autos respondan a una imposición unilateral de una de las partes contratantes, en concreto de la Administración, ni que respondan a unas condiciones absurdas y totalmente apartadas de las normales en el mercado y no en vano la propia Abogacía del Estado cuando alude a una “orientación a costes” reconoce que los precios o tarifas no son ficticios en cuanto alejados a un política de mercado en su fijación. Lógicamente, en cualquier contratación que pueda efectuar Correos o cualquier otro operador en el sector, ya sea con entidades públicas o privadas, las condiciones son variables y dependen del volumen de negocio que impliquen los servicios demandados. Cuanto mayor sea el potencial de negocio que pueda implicar la contraparte que demanda la prestación de los servicios postales, mejores condiciones económicas y de toda índole podrá negociar y obtener.”

La Audiencia acude a los criterios del TJUE. No hay imposición unilateral de tarifas. Además, el hecho de que la sociedad citada preste sus servicios en condiciones equiparables a sus ofertas comerciales normales es un indicio indicativo de la existencia de un contrato. La sociedad conserva la capacidad negocial, lo cual excluye la exigencia de un control análogo propio de los encargos domésticas.

El artículo 24, apartado 6, de la LCSP habrá de ser interpretado a la luz del Derecho comunitario¹³⁵ y de la dinámica doctrina del TJUE, que va añadiendo progresivamente nuevos matices a la comprensión de una compleja y diversa realidad. En todo caso el análisis caso por caso debe evidenciar la relación de dependencia y la coincidencia de intereses público entre el poder encomendante y la sociedad instrumental. Más en concreto y como ha concluido el TJUE en el asunto *Correos* (2007), sólo se cumplirá la exigencia de control análogo cuando la encomienda tenga el carácter de una decisión unilateral de la Administración, y la voluntad del prestador encomendado no intervenga en la configuración y/o finalización de la relación jurídica resultante.

C) *El capital de las sociedades encomendadas debe ser íntegramente público*

El TJCE ha establecido que la presencia de capital privado en una sociedad mixta elimina la posibilidad de que pueda darse la exigencia de un control análogo¹³⁶. Este criterio limitativo ha sido asumido por la LCSP.

¹³⁵ La sentencia *Commune di Ponte Nossa* se pronuncia sobre la legislación italiana en la que se recoge una previsión similar a la del artículo 24.6 LCSP, que da cabida a los dos criterios de la sentencia Tecnal: “control análogo” y “parte esencial”. El Tribunal afirma que la “[...] legislación es conforme con el Derecho comunitario, en el bien entendido de que la interpretación de esta legislación también debe ser conforme con las exigencias del Derecho comunitario” (sentencia del TJCE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea srl/Commune di Ponte Nossa*, apartado 68)

¹³⁶ Sentencia de 8 de abril de 2008, asunto C-337/05, *Comisión/República italiana*, apartado 48.

Para verificar la existencia de una operación *in house*, la totalidad del capital de la sociedad mercantil tendrá que ser por tanto de titularidad pública (artículo 24.6). El artículo 8.2 de la LCSP reafirma este criterio en el ámbito específico de las encomiendas de gestión de servicios públicos, que debe ser realizadas por sociedades de Derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, público¹³⁷. Este criterio se encuentra presente en la propia LBRL que incluye entre las formas de gestión directa de servicios la que se realiza mediante una sociedad mercantil local cuyo capital social sea de titularidad pública (artículo 85.2, letra d, LBRL)¹³⁸. La participación de capital privado aunque sea minoritaria en la sociedad prestadora de un servicio pública local califica esta forma de gestión como indirecta, sometida por tanto a las exigencias de pública licitación de la normativa de contratos públicos.

Este criterio determinante de la calificación de un ente como medio propio sólo es aplicable a las sociedades mercantiles –“si se trata de sociedades, *además*¹³⁹, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública”. La LCSP parece admitir la posibilidad de que otros poderes adjudicadores con forma jurídico privada, como las fundaciones¹⁴⁰, puedan ser considerados como medios propios, pese a la participación minoritaria de capital privado en su patrimonio fundacional¹⁴¹.

La sociedad instrumental en el marco de una relación doméstica debe estar preordenada únicamente a la realización de las funciones e intereses públicos que tiene encomendado el ente público (o entes públicos) que la controla. La presencia de capital privado, aunque sea minoritario, distorsiona esta exigencia. Ello puede permitir, también, el acceso a agentes privados a los beneficios derivados de operaciones económicas bajo el manto de la encomienda directa de la Administración matriz, lo cual vulneraría el principio de igualdad de trato y no discriminación. Por tanto una sociedad mixta de capital público-privado siempre tendrá el carácter de tercero, por lo que

137 El artículo 155.2 de la Ley 13/1995, de contratos de las Administraciones públicas, en su versión anterior a la modificación operada Ley 53/1999, de 28 diciembre (RCL 1999, 3218), admitía la existencia de relaciones internas aun en el caso de la mera participación mayoritaria de la Administración en una sociedad.

138 Véase también el artículo 103 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.

139 La cursiva es nuestra.

140 Amoedo se muestra a favor de la participación de capital privado en las fundaciones, sin que ello suponga la pérdida de condición de medio propio, “(...) siempre y cuando la Administración matriz mantenga la titularidad de la mayoría de la dotación patrimonial de la fundación y el dominio del patronato” (“El nuevo régimen jurídico...”, *ob. cit.*, p. 279).

141 Véase el Informe 9/2009, de 3 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña (p. 11), en el que se señala que la “participación en un consorcio de fundaciones o de entidades sin ánimo de lucro no integradas en el sector público que no tengan forma societaria, y si se tiene en cuenta que estas entidades no obedecen a consideraciones características de los intereses privados y que, con carácter general, persiguen objetivos de interés público, también podría considerarse que no se desvirtúa la calificación de medio propio cuando su participación sea minoritaria y tengan un objetivo de interés público coincidente con los que se ha atribuido al consorcio”. Véase sobre la consideración de las fundaciones como medio propio, en casos de participación privada, el Informe 4/2007, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Cataluña.

las eventuales encomiendas de la Administración matriz deberían estar sometidas a la exigencias de libre concurrencia y publicidad de la LCSP¹⁴².

Este criterio evidencia como el control análogo, exigido en las relaciones *ad intra*, va más allá del mero control propio de la definición comunitaria de organismo de Derecho público como poder adjudicador (artículo 1, apartado 9, Directiva 2004/18) –en derecho interno véase la definición de poder adjudicador con relación a la entidades del sector público con personalidad jurídica propia, en el artículo 3, apartado 3, letra b, LCSP–, que acoge incluso a sociedades con participación mayoritaria de capital público. Como ya hemos señalado, no toda operación económica entre poderes adjudicadores es una relación interna de la Administración, incluso en el caso de que pueda existir un cierto control por parte de uno de ellos, este debe adquirir carácter cualificado de acuerdo con los criterios del TJUE que hemos expuesto.

El TJUE ha realizado una interpretación amplia y expansiva de las relaciones *in house*. Ha apostado por una doctrina que respeta la potestad discrecional de autoorganización de la Administración, entendida en un sentido funcional, frente a la garantía de los principios de libre concurrencia que orientan el Derecho de los contratos públicos. Sin embargo esta interpretación expansiva funcional se detiene ante las sociedades o fundaciones mixtas, público-privadas, donde no se deja resquicio alguno para la existencia de encargos o encomiendas *in house*. El carácter formal e inflexible de la interpretación del Tribunal ha sido puesto en tela de juicio por miembros de la doctrina¹⁴³, e incluso por las conclusiones de algunos abogados generales¹⁴⁴. El criterio del TJUE hace quizás menos atractiva la colaboración público-privada para los agentes privados, y cierra caminos destinados a garantizar la viabilidad de la desconcentración de la gestión de servicios para administraciones con pocos recursos, espe-

142 Sosa Wagner y Fuertes López entienden que “si existe capital privado (...) desaparecen las razones que han justificado el régimen especial de los contratos domésticos”. “La participación privada –siguen diciendo los autores– introduce un elemento que genera una personificación híbrida, mestiza, por lo que no puede decirse que sea de “pura raza pública” (*¿Pueden los contratos quedar en casa? (la contratación europea sobre la contratación in house)*, Diario La Ley, núm. 6715, 17 de mayo de 2007, p. 1675).

143 Arrowsmith, Sue (2005), *The Law of public and utilities procurement*, Thomson, Sweet & Maxwell, 393; Brown, Adrian (2006), “Legality of a national law allowing public authorities to award services contracts directly to their subsidiaries: a note on case C-410/04, ANAV vs *Commune di Bari*”, *Public Procurement Law Review*, 15, 220 NA; (2005) “Application of the procurement directives to contracts awarded by public bodies to subsidiaries and the scope of the remedies directive: a note on case C-26/03, *Satdt Halle*”, *Public Procurement Law Review*, 3, 75 NA.

144 El artículo 155.2 de la Ley 13/1995, de contratos de las Administraciones públicas (en su versión anterior a la modificación operada Ley 53/1999, de 28 diciembre) admitía la existencia de relaciones internas aun en el caso de la mera participación mayoritaria de la Administración en una sociedad de economía mixta que gestiona un servicio público. La sentencia de 22 de abril de 2005 (RJ 2005/4716) analiza la concurrencia de una relación *in house* en el supuesto de un sociedad de capital mixto público privado. El TS no considera suficiente que el municipio, que posee el 51% de las participaciones, tuviera una presencia mayoritaria (la mitad más uno) en el Consejo de Administración de la sociedad, ya que el ente local dependía de la participación privada para un sin número de actuaciones, “lo que evidencia que el control societario no es absoluto ni relativo” (FJ. 6). “El municipio no ostenta una influencia dominante en la vida mercantil” de la sociedad (FJ. 7). Véase también la sentencia del TS de 27 de abril de 2006 (sala de los Contencioso-administrativo, sección cuarta), ponente: Mariano Baena del Alcázar, F. 3.º (RJ 2006/4675).

cialmente los entes locales¹⁴⁵. Pese a ello otorga mayor seguridad jurídica en la aplicación de la excepción *in house* y evita los posibles abusos en su utilización¹⁴⁶.

La selección de un socio privado para su participación en una sociedad íntegramente pública, que ha recibido previamente un encargo *in house*, puede ser considerada como la adjudicación de un contrato o concesión a favor del operador privado elegido¹⁴⁷. Esto obligaría al ente que realiza la selección a respetar las normas en materia de contratación pública o, en su caso, los principios generales de igualdad de trato y transparencia, con la finalidad de permitir que cualquier operador económico pueda acceder a la prestación de dichas actividades hasta entonces reservadas¹⁴⁸. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado sobre estas cuestiones en el asunto *Commune di Ponte Nossa* (2009)¹⁴⁹:

“53 [...] en el supuesto de que se hubiera adjudicado un contrato sin convocatoria de licitación a una sociedad de capital público [...], el hecho de que ulteriormente, pero todavía durante el período de vigencia de ese contrato, se admitiera la participación de accionistas privados en el capital de dicha sociedad constituiría un cambio de una condición fundamental del contrato que necesitaría una convocatoria de licitación.”

145 Cfr., mi trabajo *Las operaciones in house...*, *ob. cit.*, p. 182. Meilán Gil ha señalado lo siguiente: “No hay por qué considerar esta interpretación restrictiva como un obstáculo a la colaboración público-privada, que la Unión Europea estimula. El contrato público implica una colaboración y la LSCP acoge específicamente el contrato de colaboración entre el sector público y privado, cuando “otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas (artículo 11)” (Prólogo al libro Pernas García, Juan José (2008), *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, Madrid: Lustel, 18).

146 Meilán Gil afirma acertadamente que la exclusión de encomiendas internas en los casos de participación de capital privado en sociedades públicas, protege la imagen pública de las Administraciones y evita las sospechas de clientelismo o la corrupción (Ídem, p. 19).

147 Sentencia del TJUE de 19 de junio de 2008, asunto C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*, ap. 47. En este asunto se pronuncia sobre la eventual entrada de un tercero en una sociedad adjudicataria de un contrato público. Aunque el supuesto de hecho no nos remite a un relación *in house*, sí interesa señalar las consideraciones del tribunal a este respecto. “Si las participaciones sociales de APA-OTS fueran cedidas a un tercero durante el período de vigencia del contrato examinado en el asunto principal, ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante, lo que constituiría en principio el cambio de un término esencial del contrato. Esta circunstancia podría constituir una nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50.”

148 Brown, A., “The treatment of a contract which is awarded by a public authority to a wholly owned subsidiary shortly before shares in that subsidiary are sold to a third party: a note on C-29/04, *Commission vs. Austria*”, *Public Procurement Law Review*, núm. 17, 2008, p. 54 NA; Giorello, Marco, “Gestion in house...”, *ob. cit.*, p. 48; Ortiz Mallol, José, “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración pública: algunas notas”, RAP núm. 163, enero-abril de 2004, p. 272, nota 43; Pernas García, J. José, *Las operaciones in house...*, *ob. cit.*, p. 144. Sobre la entrada de capital privado en entidades públicas que tengan encomendadas determinadas actividades económicas por poderes adjudicatarios, véase el *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, COM (2004) 327, pp. 22 y ss. Véase con mayor profundidad sobre esta cuestión Montoya Marín, E., *Los medios propios...*, *ob. cit.*, pp. 188 y ss.

149 Sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea srl/Commune di Ponte Nossa*, apartado 53.

La participación privada es el límite fronterizo a partir del cual queda vedada la aplicación de la excepción *in house*; no sólo cuando queda claramente evidenciada en el momento de encomendar o adjudicar una determinada operación económica, sino también cuando esa participación privada se vaya a producir previsiblemente tras la adjudicación, mediante la cesión de una parte del capital social de la sociedad a una empresa privada. La presencia de capital privado hace inaplicable la excepción *in house* cuando sea real y efectiva, así como cuando sea previsible e inminente en el momento de la adjudicación. Así ha sido evidenciado por el TJUE en el asunto *Mödling* (2005).

Aunque fuera del ámbito del análisis de las operaciones *in house*, interesa señalar aquí las palabras de la abogada general Kokott⁵⁰: “El principio de seguridad jurídica exige apreciar la obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación siempre *ex ante*, es decir, en el momento de celebración del negocio jurídico. En efecto, tanto desde el punto de vista de la entidad adjudicadora y de su contratista como desde el punto de vista de los competidores no tenidos en cuenta es necesario poder determinar desde el momento de realizar una operación si es o no preciso llevar a cabo un procedimiento de adjudicación. La consideración de circunstancias posteriores sólo puede plantearse si su verificación ya era altamente previsible en el momento de la operación”.

La mera posibilidad estatutaria, no materializada, de la apertura de la sociedad pública al capital privado no es suficiente para excluir la existencia de operaciones *in house*, como así lo ha apreciado el TJUE en el asunto *Carbotermo* (2006). Esta cuestión se ha vuelto a plantear –y resolver en el mismo sentido– en la sentencia *Commune di Ponte Nossa* (2009)⁵¹:

“49 Es cierto que no cabe excluir que en cualquier momento se vendan a terceros participaciones de una sociedad. Sin embargo, admitir que esta mera posibilidad pueda tener en suspenso indefinidamente la apreciación del carácter público o no del capital de una sociedad adjudicataria de un contrato público no sería conforme con el principio de seguridad jurídica.

50 Si el capital de una sociedad es propiedad en su totalidad de la entidad adjudicadora, sola o con otras autoridades públicas, en el momento en que se adjudica a dicha sociedad el contrato de que se trate, la apertura del capital de ésta a inversores privados sólo puede tomarse en consideración si existe, en ese momento, una perspectiva concreta y a corto plazo de tal apertura.

51 De lo anterior se desprende que, en una situación como la del litigio principal, en la que el capital de la sociedad adjudicataria es totalmente público y no hay

150 En este asunto no se aborda el supuesto de una relación *in house*, sino la que se establece entre una sociedad privada matriz y su filial. No obstante, la abogada general aplica los criterios interpretativos de la doctrina *in house* (conclusiones de la abogada general Sra. Juliane Kokott, presentadas el 13 de marzo de 2008, asunto C-454/2006, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, apartado 45).

151 Sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea srl/Commune di Ponte Nossa*, apartados 28 y 46 y ss.

ningún indicio concreto de una próxima apertura del capital de dicha sociedad a accionistas privados, la mera posibilidad de que participen particulares en el capital de la citada sociedad no basta para concluir que no se cumple el requisito relativo al control de la autoridad pública.”

Esta interpretación del TJCE denota que la concurrencia y coincidencia de intereses públicos entre el poder adjudicador y la sociedad encomendada es la clave que abre las puertas a la posibilidad de realizar encomiendas fuera del ámbito de aplicación del Derecho de contratos públicos.

D) Otros indicios jurisprudenciales destinados a verificar la existencia de “control análogo”

El TJCE también ha aportado otros indicios que interpretados de modo conjunto, según las circunstancias del caso, pueden permitirnos valorar si la entidad encomendada tiene o no una proyección externa y de mercado. Estos indicios han sido aportados por toda la jurisprudencia del TJCE sobre las relaciones *in house*, especialmente por las sentencias *Parking Brixen* (2005), *Carbotermo* (2006); *Coditel* (2008); y *Commune di Ponte Nossa* (2009).

En primer lugar, son datos indicativos de la ausencia de una relación *in house* (en concurrencia con otras circunstancias del caso):

- Que la entidad encomendada sea una *sociedad anónima*, lo cual denota un nivel de autonomía que no encaja siempre con la jerarquía debilitada propia de las relaciones *cuasi* internas.
- Que se *amplíe el objeto social* de la sociedad mercantil encomendada a nuevos ámbitos de actuación.
- Que exista una *previsión legal que obligue* (no que prevea una simple posibilidad) a la *apertura a corto plazo de la sociedad al capital privado*.

En segundo lugar, el TJCE ha tomado en consideración “*la expansión del ámbito territorial de la sociedad*”. La sentencia *Commune di Ponte Nossa* (2009) analiza si la sociedad encomendada (*Setco*) tiene vocación de mercado, lo cual “precariza el control por las entidades que son sus accionistas”. Para ello considera preciso examinar el alcance geográfico y material de las actividades de la sociedad¹⁵². El Tribunal analiza las previsiones estatutarias. El ámbito geográfico de las actividades de *Setco* “*no se extiende más allá del territorio de los municipios que son sus accionistas*”¹⁵³, lo cual es

¹⁵² Sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea srl/Commune di Ponte Nossa*, apartado 73.

¹⁵³ Apartado 76.

un dato indicativo de la existencia de que se trata de un medio propio. Parece lógico pensar que los entes que merezcan la consideración de medio propio limiten su actuación al ámbito territorial que sea competencia del ente matriz¹⁵⁴.

En este asunto el Tribunal evalúa también el *alcance, no sólo geográfico, sino material y subjetivo de las actividades de la sociedad instrumental*. Los estatutos facultan únicamente a *Setco* a gestionar los servicios públicos locales de residuos de las entidades públicas locales que adjudican dichos servicios, es decir, que la citada entidad realiza su *actividad esencialmente en beneficio de éstas*; lo cual es un indicio de su carácter de medio propio¹⁵⁵. Los estatutos de *Setco* prevén igualmente que pueda prestar servicios a favor de personas privadas, “cuando no resulte contrario a los objetivos sociales o contribuya a su consecución”. La cuestión que se plantea es si un medio propio puede prever en sus estatutos la prestación de servicios a entidades privadas, cuando esta tiene carácter accesorio a su actividad esencial. El Tribunal ha resuelto lo siguiente:

“78 En la vista, *Setco* afirmó que la facultad de que dispone de tratar con empresas del sector privado es un accesorio necesario para la ejecución de sus funciones de servicio público. Como ejemplo, mencionó la separación selectiva de los residuos, que puede requerir la reventa de determinadas categorías de materiales recuperados a entidades especializadas para su reciclaje. Según *Setco*, se trataría de actividades accesorias a la recogida de residuos, y no de actividades ajenas a la actividad principal.

79 Es preciso considerar que, si bien la facultad reconocida a la sociedad adjudicataria de que se trata en el litigio principal de prestar servicios a operadores económicos privados es meramente accesorio a su actividad esencial, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, la existencia de tal facultad no impide que el objetivo principal de dicha sociedad siga siendo la gestión de servicios públicos. Por consiguiente, la existencia de tal facultad no basta para considerar que la citada sociedad tiene vocación de mercado que precariza el control por las entidades que la poseen.

80 Esta conclusión se ve confirmada por el hecho de que la segunda condición impuesta en el apartado 50 de la sentencia *Teckal*, antes citada, de que la sociedad adjudicataria debe realizar la parte esencial de su actividad con las entidades que la controlan, permite que la referida sociedad ejerza una actividad que tenga carácter marginal con otros operadores distintos a dichas entidades (véase, en este sentido, la sentencia *Carbotermo y Consorzio Alisei*, antes citada, apartado 63). Esta condición carecería de objeto si la primera condición impuesta en el apartado 50 de la sentencia *Teckal*, antes citada, se interpretara en el sentido de que prohíbe cualquier actividad accesorio, incluso con el sector privado.”

Por tanto, la facultad estatutaria otorgada a la sociedad filial de prestar servicios a operadores económicos privados “no basta para considerar que la citada sociedad

¹⁵⁴ Montoya Marín, E., *Los medios propios...*, ob. cit., p. 100.

¹⁵⁵ Apartados 74 a 76.

tiene vocación de mercado que precariza el control por las entidades que la poseen". Además, si la sociedad presta de forma efectiva estos servicios al sector privado ello no desvirtúa su carácter de medio propio, siempre que lo haga de forma accesoria a su actividad esencial.

En tercer término, otro de las características societarias consideradas por el TJCE es la *intensidad de los poderes del consejo de administración* de la sociedad mercantil. El reconocimiento de amplios poderes es incompatible con la relación de subordinación propia de las operaciones *in house*. La estructura de toma de decisiones de las sociedades es un factor relevante a la hora de determinar la existencia de relaciones internas de los poderes adjudicadores¹⁵⁶. El Tribunal, en la sentencia *Commune di Ponte Nossa* (2009), requiere para la existencia de una relación *cuasi* interna la previsión estatutaria de mecanismos de "control reforzados" en los estatutos de la sociedad encomendada¹⁵⁷. No es suficiente, como hemos señalado, con la existencia de los mecanismos de control propios del Derecho de sociedades. A estos efectos el Tribunal considera relevante la conformación de órganos de gobierno y gestión de la sociedad con representantes de las entidades sociales¹⁵⁸ [entre las que se encuentra el poder adjudicador], que posean "amplias facultades de control y de decisión" sobre la Junta General y el Consejo de Administración¹⁵⁹.

En cuarto lugar, la *participación indirecta del poder adjudicador en la sociedad encomendada* es un dato indicativo de la ausencia de una influencia determinante sobre la sociedad instrumental. El TJCE ha entendido (*Carbotermo*, 2006) que un poder adjudicador ejerce un control debilitado sobre una "sociedad nieta", filial

156 Destacamos desde una perspectiva comparada el caso *Risk Management Partner v Brent LBC* [2008], EWHC 1094 (Admin), *Queen's Bench Division*, Burnton L. J. En ella el Tribunal del Reino Unido rechaza la existencia de una relación *in house* por la existencia de amplios poderes de dirección del Consejo de la sociedad encomendada y otras previsiones estatutarias que indican la ausencia de un control análogo por parte de la entidad encomendada. Véase un comentario sobre esta sentencia en Henty, Paul (2008), "Risk Management...", *ob. cit.*

157 Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea srl/Commune di Ponte Nossa*, apartados 66, 81, 83 y 84.

158 Cabe destacar en este mismo sentido la sentencia de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, *Coditel Barbant SA/Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*. El consejo rector de *Brutélé* ["organismo consistente en una cooperación intermunicipal pura"] está integrado por representantes de los municipios asociados designados por la asamblea general, que a su vez se compone de representantes de los municipios asociados. El Tribunal afirma en este sentido que "el hecho de que los órganos de decisión de *Brutélé* estén compuestos por delegados de las autoridades públicas asociadas indica que éstas controlan los órganos de decisión de *Brutélé* y, por lo tanto, pueden ejercer una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de ésta" (ap. 34).

159 Apartados 82, 83, 84 y 85. "Habida cuenta del alcance de las facultades de control y de decisión que atribuyen a los Comités que establecen y de la circunstancia de que dichos Comités están integrados por delegados de las entidades accionistas, cabe considerar que disposiciones estatutarias como las de la sociedad adjudicataria controvertida en el litigio principal posibilitan que las entidades accionistas ejerzan, mediante dichos Comités, una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad." (apartado 86).

de la sociedad instrumental principal¹⁶⁰. Esto introduce una presunción limitativa de las encomiendas *in house* en estos supuestos¹⁶¹. Imaginemos el supuesto de que una Administración autonómica encargará una prestación a una sociedad filial de TRAGSA.

Sobre la incidencia de la participación indirecta de los poderes encomendantes en la identificación de una relación doméstica, merece mención la sentencia de 4 de julio de 2003¹⁶². En ella el TS se pronuncia sobre la naturaleza de un convenio de gestión de servicios públicos entre administraciones locales y sociedades gestoras de servicios públicas, para cuya ejecución éstas constituyen una sociedad común de gestión para el ejercicio conjunto de las competencias de estos medios propios. Nos encontramos pues ante una participación indirecta de poderes adjudicadores en un ente instrumental. No obstante, el Tribunal supremo dispone que “no es un Convenio de cooperación estricto ni es tampoco un contrato de asistencia técnica, sino que se trata de un negocio bilateral formalizado entre las Administraciones locales, de una parte, y, de otra, por sociedades gestoras de determinados servicios que tienen atribuidos por las Administraciones que las han creado y que son entidades pertenecientes a su propia organización, para ejercer sus competencias o prestar los servicios de manera conjunta, formando una sociedad común de gestión en la que participan todos ellos como accionistas”. “El objeto del convenio suscrito es establecer un marco de colaboración y asistencia entre las administraciones y los entes instrumentales, que encuentra como fundamento la aplicación del principio de coordinación y asistencia activa entre diferentes administraciones para la consecución del interés público”¹⁶³. El TS estima que se trata de una “forma directa de gestión” de servicios.

BIBLIOGRAFÍA

Amoedo Souto, C.: (2006), “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, 170.

Arrowsmith, Sue: (2005), *The Law of public and utilities procurement*, Thomson, Sweet & Maxwell.

160 Véase sobre esta cuestión el Informe 15/07, de 26 de marzo de 2007, de la Justa Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el que se plantea la consideración como medio propio de unos Ayuntamientos de una sociedad mercantil cuyo capital pertenece a una mancomunidad de municipios en los que aquellos participan. En él se afirma que la sociedad no puede tener la consideración de medio propio debido al hecho de que no pertenece a los Ayuntamientos sino a la Mancomunidad y a que aquellos no ejercen un “control efectivo idéntico a los de sus propios servicios”.

161 Este criterio interpretativo ha sido criticado por Sosa Wagner, Francisco, y Fuertes López, Mercedes (2007), “¿Pueden los contratos...”, *ob. cit.*, p. 1674.

162 Sentencia del TS de 4 de julio de 2003 (sala de los Contencioso-administrativo, sección 7.ª), ponente: Juan José González Rivas, F. 2.º (RJ 2003/4377).

163 F. 9.º.

Bernal Blay, Miguel Ángel:

- (2007) “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario a la STJCE de 19 de abril de 2007 (AS. C-295/05, Asemfo Vs. Tragsa)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 137, enero-marzo.
- (2009) “Los encargos a Entidades de la casa y su exclusión del ámbito de aplicación de la Ley”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 298.

Brown, Adrian:

- (2005) “Application of the procurement directives to contracts awarded by public bodies to subsidiaries and the scope of the remedies directive: a note on case C-26/03, *Satdt Halle*”, *Public Procurement Law Review*, 3.
- (2006), “Legality of a national law allowing public authorities to award services contracts directly to their subsidiaries: a note on case C-410/04, *ANAV vs Commune di Bar*”, *Public Procurement Law Review*, 15.

Fuertes López, Mercedes y Sosa Wagner, Francisco: (2007), *¿Pueden los contratos quedar en casa? (la contratación europea sobre la contratación in house)*, Diario La Ley, 6715, 17 de mayo.

Gimeno Feliú, J. M.:

- (2007), “Reflexiones críticas sobre el proyecto de Ley de contratos del sector público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 14.
- “El ámbito subjetivo de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007”, en *Novedades en la Ley de contratos del sector público*, Gobierno de La Rioja.
- (2010) *Novedades de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Madrid.

Giorello, Marco: (2006), «Gestion in house, entreprises publiques et marchés publics: la Cour de justice au croisement des chemins du marché intérieur et des services d'intérêt économique général», *Revue du Droit de L'Union Européenne*, 1.

González García, Julio V.: (2007), “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 del 19 de abril de 2007: cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el asunto Asemfo c. Tragsa y Administración General del Estado”, *Revista de Administración Pública*, 173, mayo-agosto.

Henty, Paul: (2008), “Risk Management Partner v Brent”, *Public Procurement Law Review*, 17.

Huergo Lora, Alejandro: (2001), “La libertad y la colaboración preferente de las administraciones públicas con empresas públicas”, *Revista de Administración Pública*, 154.

Kaarresalo, Toni: (2008), “Procuring in-house: the impact of the EC procurement regime”, *Public Procurement Law Review*, 17.

Martínez López-Muñiz, J. L.: (1997), “¿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)”, *Revista de Administración Pública*, 144, septiembre-diciembre de 1997.

McGowan, David: (2008), “A contrat or not? A note on Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia y Administración del Estado”, *Public Procurement Law Review*, 17.

Meilán Gil, J. L.: (2008), *La estructura de los contratos públicos*, Madrid: lustel.

— *Prólogo* al libro Pernas García, J. J. (2008), *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, Madrid: lustel.

Montoya Martín, Encarnación:

— (2006), “La reforma de las formas de gestión de los servicios públicos locales. La contratación de las sociedades públicas locales”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 57

— (2009), *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Serie calves del gobierno local, 9, Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.

Pascual García, José: (2010), *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Boletín Oficial del Estado.

Pedersen, Kristian, y Olsson, Erik: (2010), *Commission v Germany: a new approach on in-house providing?*, *Public Procurement Law Review*, núm. 1.

Pernas García, J. J.:

— (2008) *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*. Madrid: lustel.

— (2009) “La expansión de la excepción *in house* y la flexibilización del criterio del “control análogo”. Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 2008”, *Contratación administrativa práctica*, 87.

— (2010) “Exigencias y límites a la configuración y a la actuación de los medios propios, como entes encomendados en el marco de las relaciones *in house*”, *Actualidad Administrativa*, núm. 12.

Rebollo Puig, M.: (2003), “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Revista de Administración Pública*, 161.

Sosa Wagner, Francisco:

— (2003), “El empleo de los “recursos propios” por las Administraciones locales”, en Cosculluela Montaner, Luis, *Estudios de Derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, 1340).

— y Fuertes López, Mercedes: (2007), *¿Pueden los contratos quedar en casa? (la contratación europea sobre la contratación in house)*, Diario La Ley, 6715, 17 de mayo.

Recibido: 22 de junio de 2010

Aceptado: 1 de septiembre de 2010