
“TRAGSA Y LAS ENTIDADES LOCALES. ENCOMIENDAS, CONVENIOS Y CONTRATOS PÚBLICOS (y II)”

D. Jaime Pintos Santiago

**Doctor en Derecho
Coordinador de Contratación
Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha**

Fecha de finalización del trabajo: 31 de enero 2016

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. II. CONVENIOS, ENCOMIENDAS Y CONTRATOS
- III. III. TRAGSA, LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN Y LAS ENTIDADES LOCALES
 - 1. TRAGSA Y LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN
 - 2. TRAGSA Y LAS ENTIDADES LOCALES
- IV. ENCOMIENDAS Y CONVENIOS EN LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS
- V. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

La aprobación del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público con sus ingentes modificaciones, así como la última generación de Directivas en materia de contratación pública y su obligatoria y próxima transposición, obligan a los juristas y profesionales de la contratación pública a ampliar sus conocimientos en esta materia, resultando trascendental en este sentido saber diferenciar correctamente las figuras jurídicas de los convenios de colaboración, las encomiendas de gestión y los contratos públicos, porque la errónea tipificación contractual del negocio jurídico en cuestión, tiene como consecuencia la coartación de raíz de los principios generales de la contratación pública comúnmente aceptados y la no legitimación del régimen

jurídico que se haya aplicado al contrato y por tanto la invalidez de este, algo de una enorme trascendencia práctica. Este estudio, que se presenta en dos partes (I y II) busca descubrir y destacar las claves y notas características que permitan al gestor público ubicar correctamente el negocio jurídico en cuestión en alguna de las tres figuras jurídicas enunciadas.

III. TRAGSA, LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN Y LAS ENTIDADES LOCALES

1. TRAGSA Y LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN¹

En este caso lo primero que hay que analizar es el régimen jurídico de TRAGSA y su condición o no de medio propio de qué Administraciones o poderes adjudicadores. Para ello, es necesario acudir a lo preceptuado por la normativa que la regula, esto es, a la disposición adicional vigésima quinta del TRLCSP y al Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA) y de sus filiales² (en adelante, RD 1072/2010)³.

¹ He querido destacar en este punto exacto la decisión de TRAGSA de interponer recurso Contencioso-administrativo contra la resolución 219/2015 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno del Gobierno de España, que se insta al Grupo TRAGSA, tras reclamación presentada por ASEJA (Asociación de empresas forestales y paisajísticas de Andalucía, a publicar en su Portal de Transparencia las encomiendas de gestión objeto de solicitud por todas las Comunidades Autónomas, e incorporar todas aquellas otras de las que TRAGSA haya formado parte. De esta noticia se hacen eco diversos medios: Vozpopuli <http://vozpopuli.com/economia-y-finanzas/74680-tragsa-lleva-a-los-tribunales-al-consejo-de-transparencia-para-no-informar-de-sus-subcontratas;> y Valencia Noticias <http://www.vlcnoticias.com/tragsa-rechaza-la-resolucion-del-consejo-de-transparencia-y-buen-gobierno-del-gobierno-de-espana-de-publicar-las-encomiendas-de-gestion/> [fecha de consulta: 30-enero-2016].

² Completa la normativa que regula el régimen jurídico de TRAGSA la Orden del Ministerio del Interior, de 26 de enero de 2001, por la que se dispone la integración de la sociedad estatal Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima y sus filiales en los dispositivos y planes estatales de protección civil (BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2001) en cuyo apartado primero se dispone que *“TRAGSA y sus filiales son medio propio instrumental y servicio técnico de la protección civil de la Administración General del Estado”*.

³³ El RD 1072/2010 ha sido objeto de muy reciente modificación por el Real Decreto 952/2015, de 23 de octubre. El artículo 3.2 del RD 1072/2010 y el punto 7 de la Disposición adiciones vigésima quinta del TRLCSP E establecen que las tarifas que se apliquen para determinar el importe de las encomiendas de gestión que se encarguen a TRAGSA y sus filiales deben representar el coste real de realización de los trabajos encomendados. Este principio establecido por la ley puede verse afectado por modificaciones normativas que hagan necesario una adaptación de la tarifas, si bien para que no se produzca una distorsión en el coste real de los trabajos es necesario que las nuevas tarifas sean aplicables desde el momento en que entre en vigor el cambio normativo de que se trate. Por ello, el Real Decreto 952/2015 modifica el artículo 3.9 del RD 1072/2010, con el fin de prever que si las nuevas tarifas se derivan exclusivamente de un cambio normativo, que modifique los costes reales de realización de las encomiendas, las mismas se aplicarán a las encomiendas en curso desde la entrada en vigor del cambio normativo.

En ambas normas se establece que TRAGSA y sus filiales son medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los poderes adjudicadores dependientes de ellas⁴.

Pero además de lo dispuesto por la normativa nacional es imprescindible poner el acento en la doctrina jurisprudencial que al efecto ha sentado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde es imprescindible traer a colación, en primer lugar, la sentencia *Teckal* según la cual la utilización de los contratos '*in house*', por medio de los cuales, como ya sabemos, se encarga la prestación de una obra o servicio a un ente instrumental sin que se aplique el régimen general de los contratos del sector público, sólo puede ser admitida en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios⁵ y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes a que pertenece⁶.

Por tanto, no se aplicará lo dispuesto en los Derechos comunitario y español de la contratación pública en el supuesto de que, de forma acumulativa, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad concesionaria realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad o autoridades a las que pertenece (sentencia *Parking Brixen*, apartado 62).

Dado que se trata de una excepción a las normas generales sobre contratación pública del Derecho comunitario o de la Unión Europea, estos dos requisitos exigidos por el TJUE deben ser objeto de una interpretación estricta, recayendo la carga de la prueba de que realmente existen

⁴ Hay que entender esta afirmación sobre las Comunidades Autónomas que lo será de aquellas que así lo dispusieran, conforme establece el segundo párrafo de la Exposición de Motivos del Real Decreto 1072/2010 (y además siempre y cuando se cumplan los dos requisitos *Teckal* respecto de esas Comunidades Autónomas y TRAGSA como acto seguido veremos).

⁵ Respecto del primero de los requisitos de carácter acumulativo citados en la sentencia *Teckal*, el TJCE ha delimitado su alcance básicamente en la sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle y RPL Lochau*, apartado 49; en la sentencia de 21 de julio de 2005, asunto C-231/03, *CONAME*, apartado 24; en la sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, *Parking Brixen*, apartado 65; en la sentencia de 10 de noviembre de 2005, asunto C-29/04, *Comisión vs. República de Austria*, apartado 42; en la sentencia de 6 de abril de 2006, asunto C-410/04, *ANAV*, apartado 24; en la sentencia de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo*, apartados 37, 38 y 39 y en la sentencia de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, *Coditel*, apartados 45, 49, 50 y 51. En referencia a la última de las sentencias interesa consultar el trabajo de PERNAS GARCÍA, J., "La expansión de la excepción *in house* y la flexibilización progresiva del criterio del 'control análogo'. Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 2008", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 87, junio, 2009, en donde el autor pone de relieve la relajación que hace el TJCE en la aplicación del criterio del control análogo con relación a los entes comunes a varias autoridades públicas.

⁶ En cuanto al segundo de los requisitos acumulativos de la sentencia *Teckal*, el TJCE ha delimitado su alcance fundamentalmente a través de la antes aludida sentencia de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, Rec. p. I- 4166, *Carbotermo*, apartados 60, 64, 65, 67 y 70.

las circunstancias que justifican la excepción a dichas normas en quien quiera beneficiarse de ella (sentencia *Stadt Halle y RPL Lochau*, apartado 46). Del mismo modo que ocurría para el caso de los convenios administrativos, en estos supuestos encontramos casuística jurisprudencial consecuencia de un mal uso e interpretación incorrecta en la aplicación de estas figuras jurídicas.

Así podemos referir, además de las sentencias que desarrollan los dos criterios *Teckal*⁷, la STJUE en el asunto *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*⁸, en la que sobre el estudio y evaluación de la vulnerabilidad sísmica de unas instalaciones hospitalarias, la Administración titular del hospital encarga a una Administración Universitaria dicho servicio sin ningún de procedimiento de licitación pública, el alto Tribunal llega a la conclusión de que no se dan los dos requisitos *Teckal* y que no se puede afirmar que el objeto de ambas entidades fuese la realización de una misión de servicio público común a las mismas. Declarando el fallo en consecuencia que:

“El Derecho de la Unión en materia de contratos públicos se opone a una normativa nacional que autoriza la celebración, sin licitación, de un contrato mediante el cual se establece una cooperación entre entidades públicas cuando [...] tal contrato no tenga por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a dichas entidades, no se rija exclusivamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público, o pueda favorecer a un prestador privado respecto a sus competidores”.

La STJUE en el asunto *Datenlotsen Informationssysteme*⁹ se refiere a una cuestión prejudicial referida a la adjudicación de un contrato sin incoación de un procedimiento de licitación bajo la adjudicación denominada ‘*in house*’ y en la que analiza específicamente el requisito de ‘control análogo’ y en la que el Tribunal falla que:

“El artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que un contrato que tiene por objeto el suministro de productos celebrado entre, por una parte, una universidad que es una entidad adjudicadora y que en el ámbito de sus adquisiciones de productos y servicios está controlada por un Estado federado alemán y, por otra, una empresa de Derecho privado controlada por el Estado federal y los Estados federados alemanes, incluido el antedicho Estado federado, constituye un contrato público en el sentido de la referida disposición y

⁷ Véanse notas al pie 4 y 5.

⁸ STJUE (Gran Sala), de 19 de diciembre de 2012, asunto C-159/11.

⁹ STJUE (Sala quinta), de 8 de mayo de 2014, asunto C-15/13.

debe, por tanto, estar sujeto a las reglas de adjudicación de contratos públicos previstas en la citada Directiva”,

Ya que en la adjudicación que realiza la Universidad adjudicadora a favor de Hochschul-Infomations-System GmbH (HIS), entidad adjudicataria, no existe el requisito de ‘control análogo’, porque la entidad adjudicadora y el adjudicatario no tienen entre sí una relación de control y no se ejerce un control sobre el adjudicatario que podría calificarse de análogo.

Otro supuesto lo conforma el caso *Centro Hospitalar de Setúbal y SUCH*¹⁰, supuesto en el que un hospital público adjudica directamente un contrato de servicios (restaurante) a una asociación de derecho privado, de utilidad pública y sin ánimo de lucro en la que la mayoría de los socios está formada por entidades adjudicadoras y en que la minoría de socios está formada por entidades de Derecho privado que constituyen asociaciones caritativas sin ánimo de lucro, concluyendo el TJUE que no se trata de una operación ‘*in house*’, sino de un contrato público de servicios por lo que resulta de aplicación la Directiva 2004/18/CE ya que:

“Cuando la entidad adjudicataria de un contrato público es una asociación de utilidad pública sin ánimo de lucro que, al adjudicarse ese contrato, cuenta entre sus socios no sólo con entidades pertenecientes al sector público, sino también con instituciones privadas de solidaridad social que desarrollan actividades sin ánimo de lucro, no se cumple el requisito relativo al «control análogo» [primero de los requisitos Teckal], establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para que la adjudicación de un contrato público pueda considerarse una operación «in house»”.

Por tanto conforme a esta sentencia estamos ante un contrato público y no cabe la aplicación de la doctrina de los contratos con medios propios o ‘*in house providing*’ (contratación doméstica) a asociaciones participadas por entidades del sector público y entes privados sin ánimo de lucro, siendo la peculiaridad de esta doctrina que la asociación de Derecho privado de la que es socio el Hospital adjudicatario, no reviste la forma de una sociedad y, por lo tanto, no posee capital social, y por otra y principalmente, que si bien forman parte de la misma entidades privadas, estas no son empresas, sino instituciones sin ánimo de lucro.

Es como el caso español de las sociedades de economía mixta en las que la gestión se lleva a cabo a través de la creación de una sociedad mercantil en la que la Administración participa, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas, o en la participación de una sociedad mercantil. El carácter mixto de la sociedad resulta de la participación conjunta en el capital social y en la dirección y gestión de la empresa en la que ha de intervenir la Administración.

¹⁰ STJUE (Sala Quinta), de 19 de junio de 2014, asunto C-574/12.



Según la STS, Sala Tercera, Sección 4ª, de 22 de abril de 2005, los supuestos de sociedades de economía mixta reúnen capital público y privado constituyendo uno de los típicos entes instrumentales que atienden la acción de las administraciones de trasladar a otros sujetos el ejercicio de competencias que satisfagan las necesidades colectivas de interés general, estableciendo que, de entrada la participación de la administración en el capital social en una determinada proporción compartiendo la gestión ha de calificarse necesariamente como gestión indirecta y por tanto no como una encomienda de gestión a través de la gestión directa. Por ello las sociedades mercantiles bajo control público en mayor o menor grado no pueden ser excluidas del ámbito de aplicación de las Directivas al entender que no es la forma jurídica sino el objetivo el elemento fundamental a considerar¹¹.

Más reciente nos encontramos con el ejemplo de la Sociedad Mercantil Arabako Lanak, S.A. a la que la Resolución de 11 de noviembre de 2015 (Expte. 7/2013, Obras Públicas Álava) de la autoridad vasca de la competencia sanciona por utilización indebida de la técnica del medido propio en cuanto que distorsionadora del mercado, cuestionando de este modo, con fundamento en la jurisprudencia del TJUE, que con una mínima participación exista control análogo y que, por tanto, exista medio propio, concluyendo en la obligación de paralizar esta práctica y abstenerse de llevarla a cabo en el futuro, bajo sanción, en su caso, de multas de 50.000 € para la Diputación de Álava, 15.000 € a la empresa pública y curiosamente ninguna a los ayuntamientos infractores.¹²

Así una reiterada jurisprudencia del Alto Tribunal Europeo entiende que el estatuto de derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de las Directivas sobre contratación pública¹³. Si bien habrá que atenderse a la influencia dominante que pueda ejercer la Administración, bien por razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, asunto C-360/96 y de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, asunto C-237/99.

¹² De las 1.000 acciones de la Sociedad sólo 44 pertenecen a Entidades Locales municipales, lo que supone por cada una de ellas una única acción representativa del 0,01 del capital social de la empresa, bajo esta premisa estos Ayuntamientos ya no licitaban las prestaciones que encargaban a esta Sociedad. Efectivamente, es lógico entender que esto es así, pero también que dicho régimen no dista nada de lo que ocurre en el caso de TRAGSA y las Comunidades Autónomas que participan en su capital social en un porcentaje muy similar al de este caso.

¹³ Entre otras las sentencias de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, C-214/00, Rec. p. I-4667 y de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, C-283/00, Rec. p. I-11697, ambas referidas a incumplimientos de Directivas sobre contratación pública por el Reino de España.



Para medir esa influencia dominante podemos acudir a la Directiva 80/723/CEE de la Comisión de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados Miembros y las empresas públicas que entiende que se da esa influencia dominante cuando:

- a) poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa o;
- b) disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa o;
- c) pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

O mejor aún, podremos acudir como luego veremos y aunque no haya sido transpuesta ni haya transcurrido el plazo para su transposición a lo dispuesto al respecto por la Directiva 2014/24/UE.

Tal es así esta circunstancia y su casuística en el caso español que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en su sesión de 19 de junio de 2013, en la facultad que posee la CNC de dirigir a las Administraciones Públicas propuestas para la modificación o supresión de las restricciones a la competencia efectiva derivadas de su actuación, aprobó un Informe de 107 hojas de título “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia”.

El propósito de este informe fue ofrecer recomendaciones que favorecieran una utilización justificada de este instrumento de aprovisionamiento público, minimizando su impacto negativo sobre la competencia, debido al elevadísimo número de entidades que ostentan la condición de medio propio en todos los niveles territoriales de Administración Pública¹⁴. Entidades que se encuentran activas en los más variados sectores de la actividad económica y que se constituyen así como operadores económicos que actúan en auténticos mercados, si bien con la característica fundamental de que su cliente exclusivo o principal debería ser su Administración ‘matriz’¹⁵.

¹⁴ Véase por ejemplo en el Diario El Confidencial la noticia “Hacienda empuja a Ineco y Tragsa para que suelten las muletas del Estado” en la que sobre la regulación de medios propios y servicios técnicos se refiere a que “*El Gobierno quiere evitar tensiones con el sector de la ingeniería privada y va a poner coto a los privilegios de las empresas públicas Ineco y Tragsa como suministradores preferentes del Estado.*”

*El Ministerio de Hacienda ha salido al quite de la batalla que el sector de la ingeniería privada mantiene a cara de perro con las empresas estatales Ineco y Tragsa con una regulación orientada a la reordenación de las **compras públicas**, y que tiene por objeto favorecer una mayor competencia en el mercado. El departamento que dirige **Cristóbal Montoro** se ha hecho fuerte para sacar adelante una serie de restricciones y condicionantes destinados a acabar de una vez por todas con los privilegios que han disfrutado estas compañías de capital público como proveedores y aliados preferentes de la Administración del Estado...”. La negrita es del propio artículo.*

¹⁵ Esta situación el profesor DURVAL TIAGO FERREIRA lo define como “*El triunfo de los Estados sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*” en su trabajo “*El régimen de la contratación in house según las Nuevas directivas de contratación pública*”. Disponible en

Recomendaciones finales de este informe que pasan por bastantes modificaciones normativas, por una mayor garantía de publicidad de estos negocios jurídicos, por un reforzamiento de los controles internos y externos de esta figura o por una centralización de la información, entre otras¹⁶.

Procede una última mención a los informes del Tribunal de Cuentas nº 1022 en el que se pone de manifiesto que a veces las encomiendas que se hacen a TRAGSA están fuera de relación con el objeto que la sociedad tiene atribuido en sus Estatutos¹⁷ y el Informe nº 1088/2015, de 30 de abril, del Tribunal de Cuentas español, de Fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados ministerios, organismos y otras entidades públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa, cuyas trece recomendaciones en las páginas 135 a 137 merecen una detenida lectura. Valga por todas la más básica pero igual de importante que el resto que dice que *“debería procederse al cambio de su denominación legal (nomem iuris) para evitar posibles confusiones con las encomiendas de gestión reguladas en el artículo 15 de la LRJPAC”*¹⁸.

Más fácil imposible, lo que denota sólo una cuestión de voluntad política y legislativa que a la vista de las últimas reformas normativas no parece darse, ya que la LRJPAC será objeto de sustitución como sabemos por dos nuevas normas de rango legal, una reguladora específicamente del procedimiento administrativo común y otra reguladora del régimen jurídico del Sector Público, siendo que se aborda la modificación del régimen jurídico de los convenios administrativos, pero no tanto el de las encomiendas de gestión del artículo 15 de la actual LRJPAC, en tanto en cuanto la nueva normativa no adopta de una manera clara las pautas puestas de manifiesto también por el Informe CORA, solicitado por el Gobierno del Estado a un grupo de expertos con el fin de llevar a cabo la reforma de las Administraciones, pero no recogidas por el legislador en estas dos iniciativas legislativas.¹⁹

<http://derechoydebate.com/admin/uploads/555e48d80f1af-durval-tiago-ferreira-el-rgimen-de-contratacion-in.pdf> [fecha última consulta: 5-julio-2015].

¹⁶ Más información también se puede encontrar en la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la Comisión Nacional de la Competencia, en la que su punto segundo identifica a los convenios y las encomiendas de gestión como mecanismos que pueden resultar restrictivos de la competencia, de ahí añadido yo también la importancia práctica de las correctas diferenciaciones que afrontamos en este trabajo. http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf [fecha última consulta: 25-junio-2015].

¹⁷ Véase página 28 al respecto de unas obras en un Ayuntamiento previa firma de un convenio con la Comunidad Autónoma de Cantabria, sistema de falseamiento de la competencia y de los principios y procedimientos de la contratación pública.

¹⁸ El texto del informe se puede consultar íntegramente en <http://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2015/05/TC.Informe-n%C2%BA-1088.Encomiendas-de-gestio%CC%81n.pdf> [fecha de consulta: 25-octubre-2015].

¹⁹ No obstante, es de recibo decir que en el Informe trimestral de seguimiento de las medidas de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas de junio de 2015 (Informe de progreso de la

2. TRAGSA Y LAS ENTIDADES LOCALES

Apuntado lo anterior, queda ahora analizar si TRAGSA es o no un medio propio de qué Administraciones o poderes adjudicadores, dado que lo importante no es que una norma proclame expresamente que tal o cual entidad es medio propio de otra, sino que realmente lo sea²⁰ y ello en aplicación de todos los criterios jurisprudenciales establecidos por el TJUE en la interpretación de los dos requisitos *Teckal* exigidos para tener la condición de medio propio y poder llevar a cabo así contratos *'in house'*.

De esta forma, nos encontramos, que tanto el TRLCSP como el RD 1072/2010 califican a TRAGSA como un medio propio de la Administración estatal y, en su caso, autonómica²¹, no siendo por tanto un medio propio de las entidades locales, tal y como precisa el informe 46/1998, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda²². Asimismo de la jurisprudencia del TJUE se desprende el mismo tenor. Esto ocurre en la sentencia

CORA de junio-2015) aparece ya como una medida implantada al 100% en el primer semestre de 2015 la realización e implantación de una Circular sobre la formalización de encomiendas de gestión (pág. 45), solución que no deja de ser sino un parche a la situación real del juego permisible de esta figura al ser una circular que afecta sólo al ámbito de la Administración General del Estado y no resuelve el problema a nivel de ordenamiento jurídico nacional. La ocasión para regular la actual encomienda de gestión del artículo 15 LRJPAC la daban como decía las dos nuevas normas enunciadas, sobre todo la de Régimen Jurídico del Sector Público, así como la otorga el ALCSP para regular la encomienda de gestión que cae dentro del ámbito la doctrina *'in house providing'* diferenciándola nítidamente de la anterior.

²⁰ Así lo afirma REBOLLO PUIG, en "Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", *RAP*, núm. 161, mayo-agosto 2003, pág. 381.

²¹ Según la información facilitada en la Web de TRAGSA, actualmente son accionistas del Grupo las siguientes Comunidades Autónomas: Comunidad Foral de Navarra, Madrid, Castilla-La Mancha, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Galicia, Aragón, Andalucía, Cataluña, Extremadura, Principado de Asturias, Canarias, Baleares y País Vasco. [<http://www.tragsa.es> (fecha de consulta: 7-julio-2015)]. En la sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007, *Asemfo vs. Tragsa*, a la que a continuación me referiré choca la afirmación que hace el Tribunal en cuanto a la existencia de control sobre TRAGSA por las Comunidades Autónomas aun sin necesidad de que ostenten participación alguna en el capital social de TRAGSA. Ello también se deriva de la atribución *ex lege* de la condición a TRAGSA como medio propio de las Comunidades Autónomas, influencia que en principio el TRLCSP y el RD 1072/2010 no están habilitados para llevar a cabo en virtud del artículo 11.1 de la LRJPAC, según el cual "corresponde a cada Administración Pública delimitar, en su propio ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización".

²² En este Informe en el que se somete la consideración de TRAGSA como instrumento o medio propio de una Entidad Local para la ejecución de actividades objeto de un contrato de obras, la Junta Consultiva concluye que "deben reiterarse criterios anteriormente expuestos por esta Junta en cuanto a las relaciones entre sociedades públicas mercantiles y las Administraciones Públicas, sin que existan argumentos suficientes para que se considere a TRAGSA instrumento o medio propio del Cabildo de Gran Canaria, lo que, en su caso, podría desvirtuar tales criterios".

*Asemfo vs. Tragsa*²³, donde el alto Tribunal europeo resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español²⁴ en relación con la atribución *ex lege* a TRAGSA de un régimen jurídico que le permite realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso y sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público.

En esta sentencia para el TJUE, TRAGSA está obligada a realizar los trabajos que le encomienden, en las materias que constituyen su objeto social, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas, sin tener la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones. Por ello, las relaciones de TRAGSA con estos entes públicos no tienen naturaleza contractual, sino que son, a todos los efectos, de carácter interno, dependiente y subordinado, en la medida en que esta sociedad constituye un medio propio instrumental y un servicio técnico de tales entes (debiéndose entender por tales entes solamente el Estado, las Comunidades Autónomas que así lo dispusieran y los organismos de ellos dependientes).

Por ello, en conclusión, TRAGSA es una empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias Administraciones Públicas (Estado y Comunidades Autónomas –no todas-), por lo que puede realizar obras públicas por encargo sin sometimiento al

²³ Sentencia de 19.04.2007, asunto C-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*, Rec. p. I-2999. Respecto de esta sentencia realiza un interesante comentario BERNAL BLAY, M.Á., “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 2001 (AS. C-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*)”, *RAP*, núm. 137, enero-marzo 2008, págs. 115 y ss. Para este autor, esta sentencia del TJUE no supone sino un paso en falso en la progresiva conformación del régimen jurídico de las relaciones *in house*, paso en falso que no puede suponer tener que reconsiderar toda la jurisprudencia que ha ido depurando los requisitos enunciados inicialmente en la sentencia *Teckal*, debiendo interpretarse la sentencia de 19 de abril de 2007 como un error en la apreciación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Me parece oportuno indicar que esta conclusión es de recibo ponerla en íntima relación con las opiniones manifestadas en los votos particulares emitidos por los Magistrados del Tribunal Supremo D. Eduardo Espín Templado y D. Manuel Campos Sánchez-Bardona en la sentencia del Tribunal Supremo 444/2008, Sala 3ª, Sección 3ª, de 30 de enero de 2008 (ver nota al pie siguiente).

²⁴ Sobre la conformidad del régimen jurídico de TRAGSA con el Derecho de la Unión Europea se pronuncia así, en idénticos términos que la sentencia *Asemfo vs. Tragsa*, el Tribunal Supremo en sentencia 444/2008, Sala 3ª, Sección 3ª, de 30 de enero de 2008. Lo interesante de esta sentencia del Tribunal Supremo son los votos particulares emitidos por los Magistrados D. Eduardo Espín Templado y D. Manuel Campos Sánchez-Bardona, en los que ambos coinciden en señalar la necesidad de que el Tribunal Supremo debería haber formulado de nuevo la cuestión prejudicial, una vez ampliada en el sentido de añadir determinadas precisiones para colmar la falta de datos de hecho y normativos a la que se refería el Tribunal de Justicia, y ello ante la persistencia de las dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del régimen jurídico de TRAGSA, dudas que, a juicio de ambos, no habían sido resueltas en su integridad en la sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007 en el asunto C-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*, criterio que igualmente confirma la teoría BERNAL BLAY del paso en falso que supone esta sentencia en la doctrina del control análogo en las relaciones *in house*.

régimen general de contratación administrativa, pero sólo para las citadas Administraciones Públicas y siempre que se cumplan acumulativamente los dos requisitos *Teckal*, realizando a su vez TRAGSA una parte minoritaria de su actividad en condiciones de libre competencia con otros operadores económicos y en beneficio de otros entes públicos (entre ellos las entidades locales) y particulares²⁵.

Cabe afirmar, por ende, que las entidades locales²⁶ con respecto a TRAGSA, no cumplen ninguno de los dos requisitos *Teckal*²⁷, el primero, relativo al control de la autoridad pública dado que las entidades locales no participan del capital social de TRAGSA, tampoco tienen influencia en sus decisiones, ni los encargos, incluida la determinación de los precios, que aquéllos le pudieran hacer le resultan de obligado cumplimiento a ésta última y el segundo, acumulativo del primero, en el que lo esencial de la actividad que se realiza por TRAGSA es para el Estado y Comunidades Autónomas²⁸.

Siendo por ello que la autonomía de TRAGSA con respecto a las Entidades Locales rompe la presunción de la existencia de las encomiendas de gestión a las que se refiere el artículo 24.6 del TRLCSP, no estando por tanto los posibles negocios jurídicos que, basados en los artículos 6 a 12 del TRLCSP, se quieran celebrar, excluidos del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria y nacional en materia contratación administrativa conforme al artículo 4.1 letra n) del TRLCSP y encontrándonos en línea coherente con esta argumentación, ante la existencia de contratos a título oneroso celebrados con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora y

²⁵ 10% de la totalidad del volumen de negocios según la sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007.

²⁶ Respecto de las relaciones *'in house'* con especial atención a su modo de operar en el ámbito local interesa consultar el trabajo realizado por NOGUERA DE LA MUELA, B., "Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público: especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria", *RAP*, núm. 182, mayo-agosto, 2010, págs. 159-190.

²⁷ Otro caso similar es el que pone de manifiesto la Cámara de Cuentas de Andalucía en el Informe de fiscalización de regularidad del Consorcio del Palacio de Exposiciones y Congresos de Sevilla (2011), en el planteamiento al encargo de gestión de la ampliación del Palacio a la Empresa Municipal de la Vivienda, Suelo y Equipamiento de Sevilla (EMVISESA), al no reunir la condición de medio propio del Consorcio.

²⁸ Según el apartado 63 de la sentencia *Asemfo vs. Tragsa*, esta última "realiza por término medio más del 55% de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35% con el Estado. De lo anterior resulta que esta sociedad realiza lo esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la controlan", más "cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto" (sentencia *Carbotermo*, antes citada, apartado 70), aunque bien es cierto, como afirma el Abogado General Sr. L. A. Geelhoed en sus conclusiones para el caso *Asemfo vs. Tragsa*, que estos datos pueden ser objeto de variaciones y no son concluyentes a la hora de determinar si se cumple o no el segundo requisito, porque la normativa legal y administrativa aplicable a TRAGSA no contiene disposición alguna que limite el alcance de las actividades realizadas en condiciones de libre competencia.

aplicándose, en resolución, las normas comunitarias y nacionales en materia de contratos públicos al objeto de evitar que se falsee el juego de la competencia.

Clarificador es en este sentido el Informe 21/2008, de 28 de julio de 2008 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el que la cuestión que se plantea por el solicitante, el Ayuntamiento de Riveira, se concreta en conocer si puede establecerse una relación jurídica con la mercantil TRAGSA para la ejecución de obras de interés comunitario mediante la formalización de un convenio a que hace referencia el artículo 3.1, letra c), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y si así fuera si el citado convenio se formalizaría como una encomienda de gestión a que se refiere la LRJPAC²⁹, y no la figura de la contratación administrativa. A lo que el órgano consultivo concluye que

“de cuanto se expone la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que no es posible que el Ayuntamiento de Riveira formalice un convenio de colaboración de los regulados en el artículo 4.1, letra c), de la Ley de Contratos del Sector Público, con la entidad mercantil TRAGSA, para concertar la ejecución de obras, por cuanto se excluyen de tal posibilidad aquellos convenios cuya naturaleza tiene la consideración de un contrato de obras, sin que a tal fin pueda realizar una encomienda de gestión a la citada empresa”

Ya que según esta Junta Consultiva al no ser titular el Ayuntamiento de Riveira del capital de TRAGSA ni disponer de ninguna acción de control sobre la actividad de TRAGSA no se cumple la primera de las condiciones *Teckal*, y tampoco se cumple la segunda, toda vez que TRAGSA no realiza la parte esencial de su actividad para la Corporación Local. De manera que *“en consecuencia, no puede ser encomendada por el Ayuntamiento de Riveira la gestión referida a la ejecución de las obras citadas a la mercantil TRAGSA”*.

Por otro lado, también hay que tener presente que los medios propios de carácter instrumental pueden ser parte del sector público de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3.1 del TRLCSP, ya que ese puede ser el caso de la letra d)³⁰ de ese precepto si además de los requisitos *Teckal*, la participación de porcentaje público en el capital social de esas sociedades mercantiles

²⁹ Fijémonos aquí el grado de confusión de los organismos públicos al estar referida la cuestión planteada a la encomienda de gestión del artículo 15 de la LRJPAC y no a la del artículo correspondiente de la Ley de Contratos del Sector Público en aquel momento.

³⁰ En este sentido, el TJCE recuerda en las sentencias de 10.11.1998, asunto C-360/96, Rec. p. I-6846 (derivada de una cuestión prejudicial) y de 1.02.1991, asunto C-237/99, *Comisión vs. Francia*, Rec. p. I-961, que las sociedades mercantiles bajo control público no pueden ser excluidas del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratos públicos, al entender que no es la forma jurídica sino el objetivo el elemento fundamental a considerar en la mismas, teniendo en cuenta para ello que el concepto de organismo de derecho público en el Derecho de la Unión Europea debe recibir una interpretación funcional y amplia.

es del cien por cien³¹. Pero es que además, y de acuerdo con el artículo 3.3 b) del TRLCSP, esos medios propios pueden ser también poderes adjudicadores si se trata de entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de las Administraciones Públicas, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Sin embargo, difícilmente estos medios propios de carácter instrumental pueden ser poderes adjudicadores conforme al artículo 3.3 c) del TRLCSP, dado que el propio espíritu, finalidad y carácter del Derecho asociativo parece excluir esa posibilidad; y en relación al hecho de que una Administración Pública, como poder adjudicador conforme al artículo 3.2 del TRCLSP, se constituya como medio propio de carácter instrumental de otra Administración hay que excluir con carácter general esta posibilidad, en todo caso porque no cumplen con los requisitos *Teckal* para ser considerada como tal, salvo el supuesto del artículo 3.2 e) del TRLCSP porque cuando esas entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas cumplan a su vez con los denominados requisitos *Teckal* estaremos, para el TRLCSP, ante Administraciones Públicas que pueden tener la consideración de medio propio de carácter instrumental³². Por último, esta misma circunstancia se puede repetir también en el caso de los organismos autónomos del artículo 3.2 b) del TRLCSP.

IV. ENCOMIENDAS Y CONVENIOS EN LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS

Como es sabido los Estados miembros tienen la obligación de transponer las Directivas 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 2014/24/UE sobre contratación

³¹ Algunos autores, como por ejemplo MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La contratación doméstica (*in house providing*) en la nueva ley de contratos del sector público”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 21-2008, siguiendo ya la jurisprudencia del TJUE hacen referencia directamente a tres requisitos (en lugar de a los dos requisitos *Teckal*), cuál es el tercero de ellos que si se trata de sociedades la totalidad del capital social ha de ser de titularidad pública.

³² Véase Informe 9/2009, de 3 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, relativo al alcance del artículo 8.2 de la Ley 30/2007, de contratos del sector público sobre la consideración de los consorcios como medios propios o servicios técnicos y el nivel de sujeción de los consorcios a la citada Ley 30/2007, en el cual esta Junta Consultiva concluye que:

- Los consorcios tienen la condición de Administración Pública cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo 3.2.e de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.
- Los consorcios pueden tener la consideración de medio propio o servicio técnico siempre y cuando concurren los requisitos que exige la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, a la luz de la jurisprudencia del TJCE.

pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE³³, como máximo el 16 de abril de 2016³⁴ y que el Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015 aprobó los Anteproyectos de Ley de Contratos del Sector Público (ALCSP) y de Contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

El ALCSP tiene por objeto la transposición al Derecho español de la Directiva sobre contratación pública y de la Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Por otro lado, el Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales, incorporaría al ordenamiento español la Directiva 2014/25/UE y, en lo que afecta a estos sectores especiales, la Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión³⁵. Si bien, pese a lo anterior en este apartado no procederemos a analizar el contenido del ALCSP al respecto de la transposición que hace de las encomiendas y los convenios, ya que lo cierto es que a fecha de hoy la existencia de unas elecciones generales pueden hacer del ALCSP un texto fallido o consecuencia de una intensa tramitación parlamentaria de la que deriven un gran número de enmiendas que hagan del actual ALCSP otro muy diferente.

De este modo, en el nuevo paquete legislativo comunitario la cuestión la podemos encontrar en el artículo 28 de la Directiva sobre los sectores excluidos, en el artículo 17 de la Directiva de concesiones y en el artículo 12 de la Directiva clásica sobre contratos públicos.

Centrándonos exclusivamente en esta última como ejemplo también del resto, el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE regula los requisitos instaurados por la jurisprudencia del TJUE y que hasta ahora hemos aludido, tanto en relación con los *contratos in house* como con los convenios de colaboración, de modo que se busca clarificar en qué casos los contratos celebrados entre los poderes adjudicadores no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública, tal y como hemos venido viendo hasta ahora.

³³ Las tres Directivas son de fecha 26 de febrero de 2014, igualmente fueron publicadas en el mismo Diario Oficial de la Unión Europea, Serie L 94/46 de 28 de marzo de 2014, entrando en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

³⁴ Para la trasposición de la Directiva 2014/55/UE, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública, hay un plazo mayor, que se extiende hasta el 27 de noviembre de 2018. Existen también en la Directiva 2014/24/UE unos plazos transitorios de entrada en vigor para la contratación pública electrónica, véase al efecto PINTOS SANTIAGO, J., “Génesis, regulación y calendario obligatorio de la contratación pública electrónica”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 137, mayo-junio 2015, págs. 20-32.

³⁵ MORENO MOLINA, J.A., “El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación”, *Observatorio de Contratación Pública*, 20-abril-2015 <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.197/relcategoria.208/reimenu.3/chk.758640b719acd6127a53331dcedc12db> [fecha última consulta: 25-julio-2015].

Por tanto, recordando todo lo que hasta este momento hemos visto, el citado artículo 12 de la Directiva clásica sobre contratación pública precisa que la parte esencial de la actividad debe suponer al menos el 80% de las actividades de esa persona jurídica³⁶ y añade un tercer requisito a los dos requisitos *Teckal*, con el fin de impedir cualquier tipo de participación privada en la entidad controlada.

Regula así la Directiva que un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica quedará excluido del ámbito de aplicación de la Directiva si se cumplen todas y cada una, acumulativamente, de las condiciones siguientes³⁷:

- a) *que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;*
- b) *que más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador; y*
- c) *que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada*³⁸.

Se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, al que se refiere la letra a) anterior, cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada. Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez

³⁶ Es de reseñar que en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la contratación pública, COM (2011) 896 final, este porcentaje era del 90%.

³⁷ Sobre estas condiciones y su interpretación es necesario traer a colación la jurisprudencia del TJUE en las sentencias de 29 de noviembre de 2012, asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, *Econord SpA*, DO C 211, de 16.7.2011, que referida a los requisitos de aplicación de la adjudicación *'in house'* a una entidad adjudicataria controlada conjuntamente por varios entes territoriales concluye que *"Cuando varias administraciones públicas, en su condición de entidades adjudicadoras, crean en común una entidad encargada de realizar la misión de servicio público que incumbe a aquéllas o cuando una administración pública se adhiere a la mencionada entidad, el requisito sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –según el cual, para que tales administraciones públicas queden dispensadas de su obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de conformidad con las normas del Derecho de la Unión, han de ejercer conjuntamente sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios– se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión"*.

³⁸ Este texto final fue consecuencia de una enmienda realizada por el Comité de las Regiones de la Unión Europea mediante el Dictamen del 97º Pleno de los días 8 al 10 de octubre de 2012 (ECOS-V-029), pág. 11.

controlada del mismo modo por el poder adjudicador, es lo que se conoce como ‘encomienda de gestión horizontal’³⁹.

Todo lo anterior se aplica también cuando la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, adjudica un contrato al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se adjudica el contrato, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no otorguen una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada⁴⁰.

Asimismo y como consecuencia precisamente de esa ‘encomienda de gestión horizontal’, un poder adjudicador que no ejerza sobre una persona jurídica de Derecho público o privado un control como el que hemos definido de ‘análogo’ podrá, no obstante, adjudicar un contrato público a dicha persona jurídica sin aplicar la Directiva si se cumplen todas y cada una de las siguientes tres condiciones, que no sino las mismas que anteriormente hemos enunciado, pero ahora referidas a una pluralidad de poderes adjudicadores:

- a) *que el poder adjudicador ejerza sobre dicha persona jurídica, conjuntamente con otros poderes adjudicadores, un control análogo al que ejerce sus propios servicios;*
- b) *que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores;*
- c) *que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las modalidades de participación de capital privado que no supongan un control o una posibilidad de bloqueo y que vengan impuestas por*

³⁹ Interesa consultar las conclusiones y los razonamientos del apartado II del Informe de la Abogacía General de Estado de fecha 27 de enero de 2015 de la Abogada del Estado Marta Silva de Lapuerta (Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 3/15 (R — 612015), en el que informa positivamente la posibilidad de utilizar lo dispuesto al efecto de la ‘encomienda de gestión horizontal’ por el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE pese a no haberse efectuado su transposición.

⁴⁰ “La ya citada Sentencia de 17 de julio de 2008, asunto Comisión contra Italia, así como la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto Sea Srl., o, recientemente, la Sentencia de 29 de noviembre de 2012, asunto Econord SpA, la participación privada, aun minoritaria, en el capital de una sociedad la inhabilita como medio propio o servicio técnico susceptible de recibir encargos de un poder adjudicador” en TEJEDOR BIELSA, J., “Algunas novedades sobre encargos de ejecución en las nuevas Directivas...” en el Blog de ‘espublico’. Disponible en: <http://administracionpublica.com/novedades-ejecucion-directivas/> [fecha última consulta: 27-julio-2015]. En este artículo se recogen además diversos comentarios a la excepción que contempla el artículo 12.1.c) de la Directiva 2014/24/UE, calificándola en definitiva como una “una vía de agua en un régimen que había sido laboriosamente construido”.

las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, y que no suponga el ejercicio de una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Pero es que a estos efectos, se considera que los poderes adjudicadores ejercen conjuntamente un control sobre una persona jurídica si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos.*
- b) que esos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada; y*
- c) que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan;*

Por lo que se refiere a los convenios entre poderes adjudicadores, el apartado 4 del artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE establece que un acuerdo celebrado entre dos o más poderes adjudicadores no se considerará un contrato público cuando se cumplan, conjuntamente, todas y cada una de las siguientes condiciones:

- a) que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;*
- b) que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público; y*
- c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación.*

Por tanto, añade la nueva Directiva también un elemento cuantitativo que antes no se daba y que el apartado 5 del referido artículo 12 de la Directiva aclara en cuanto a que para determinar los porcentajes de actividades de más del 80% o menos del 20 %, se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato.

Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador considerado, o debido a la reorganización de las actividades de estos, el volumen de negocios, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

Todo lo cual, una vez transpuesto al ordenamiento interno español nos aportará mayor seguridad jurídica y control, pero mientras tanto nos servirá a todos los gestores y operadores de la contratación pública como elemento orientativo e interpretativo⁴¹ de la buena dirección a seguir en la utilización correcta de las tres figuras jurídicas analizadas, contratos públicos, encomiendas de gestión y convenios de colaboración, en orden al respecto y salvaguarda de los principios generales del Derecho y de la contratación pública.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL BLAY, M.Á., “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 2001 (AS. C-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*)”, *RAP*, núm. 137, enero-marzo 2008, págs. 115 y ss.
- BLANQUER CRIADO, D., en *Contratos del Sector Público*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 1.146.
- BUSQUETS LÓPEZ, M.Á. y CASTRO RAIMÓNDEZ, J., “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 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Auditoría Pública*, núm. 51, 2010, págs. 65 – 86.
- CONDE QUINTANO, A.M., “La doctrina “*in house providing*” y las encomiendas de gestión en el ordenamiento jurídico español”, *Noticias Jurídicas*, febrero 2010.

⁴¹ “Existe fuerza jurídica de las nuevas Directivas de contratación pública de la que deriva que, antes del plazo de transposición de las Directivas, sea posible la interpretación conforme a las mismas del marco nacional vigente, siempre con el objetivo de no realizar una interpretación que puedan frustrar la finalidad”, GIMENO FELIÚ, “El valor interpretativo de las nuevas directivas de Contratación Pública antes del vencimiento del plazo de transposición”, Observatorio de Contratación Pública (ObCP). <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.191/recategoria.208/remenu.3/chk.b124558896f43f2d2997a872b828b959> [fecha última consulta: 25-julio-2015].



-
- DURVAL TIAGO FERREIRA, “El régimen de la contratación *in house* según las Nuevas directivas de contratación pública”. Disponible en <http://derechoydebate.com/admin/uploads/555e48d80f1af-durval-tiago-ferreira-el-rgimen-de-contratacion-in.pdf> [fecha última consulta: 5-julio-2015].
 - GALLEGO CÓRCOLES, I., “¿Convenio o contrato? La cooperación institucional en la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 135, ene-feb 2015, págs. 78 y 79.
 - GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2002, pág. 685.
 - GIMENO FELIU, J.M., “*El informe CORA y la contratación pública: una visión crítica*” publicado en el Observatorio de la Contratación Pública –www.obcp.es–.
 - GIMENO FELIÚ, “El valor interpretativo de las nuevas directivas de Contratación Pública antes del vencimiento del plazo de transposición”, Observatorio de Contratación Pública (ObCP). – www.obcp.es–.
 - GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “Las claves de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (BOE 2 de octubre de 2015)”, Wolters Kluwer La Ley.
 - *Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia* (pág. 13), disponible en la Web de la Comisión Nacional de la Competencia: www.cncompetencia.es, en el apartado “*guías y recomendaciones*” [fecha última consulta: 16-junio-2015].
 - LAZO VITORIA, X., “El Futuro del Mercado Concesional en Europa”, *Revista CEFLEGAL*, CEF, núm. 154, noviembre-2013, pág. 137-174.
 - MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La contratación doméstica (*in house providing*) en la nueva ley de contratos del sector público”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 21-2008.
 - MORENO MOLINA, J.A., “El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación”, *Observatorio de Contratación Pública (ObCP)*, 20-abril-2015 – www.obcp.es–.
 - MUÑOZ ZAPATA, D., “Convenios de colaboración entre administraciones públicas y entidades de derecho privado en el TRLCSP”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 131, Editorial La Ley, may-jun 2014, págs. 92-107.



- NOGUERA DE LA MUELA, B., “Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público: especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, *RAP*, núm. 182, mayo-agosto, 2010, págs. 159-190.
- PANIZO GARCÍA, A. en “Régimen Jurídico de los convenios de colaboración”, *Revista Jurídica LA LEY*, núm. 3.895, 1995.
- PASCUAL GARCÍA, J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la ley de contratos del sector público*, Ed. Ministerio de la Presidencia-BOE, Madrid, 2010.
- PASCUAL GARCÍA, J., en *Convenios de colaboración entre Administraciones públicas y convenios con administrados*, Editorial Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2012, págs. 33 y ss.
- PERNAS GARCÍA, J., “La expansión de la excepción *in house* y la flexibilización progresiva del criterio del ‘control análogo’. Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 2008”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 87, junio, 2009.
- PINTOS SANTIAGO, J., “Génesis, regulación y calendario obligatorio de la contratación pública electrónica”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 137, mayo-junio 2015, págs. 20-32.
- REBOLLO PUIG, en “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *RAP*, núm. 161, mayo-agosto 2003, pág. 381.
- TEJEDOR BIELSA, J., “Algunas novedades sobre encargos de ejecución en las nuevas Directivas...” en el Blog de ‘espublico’. Disponible en: <http://administracionpublica.com/novedades-ejecucion-directivas/> [fecha última consulta: 27-julio-2015].