

## **Informe 1/06, de 7 de febrero de 2006**

**Criterios que debe tener en cuenta la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, a la hora de contratar con las entidades que tengan la condición de medio propio. Especial consideración de la entidad Empresa de Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA).**

### **Antecedentes**

La Secretaría General de la Consejería de Economía, Hacienda e Innovación ha remitido a esta Junta Consultiva, petición de informe mediante escrito que reza así:

*“En fecha 9 de junio de 2005, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa emitió informe (5/2005) bajo el siguiente epígrafe: Contratos que suscriben las empresas públicas de la administración autonómica de las Illes Balears con medios propios instrumentales. Habilitación para contratar. Alcance de la contratación.*

*Vista la instrucción 2/2005, de la Abogacía General del Estado, sobre el régimen jurídico aplicable a los convenios de colaboración y a los acuerdos de encomienda de gestión celebrados por la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, entidades públicas empresariales y restantes entidades públicas y privadas del sector público estatal, que inciden sobre el régimen jurídico aplicable a los mismos después de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y mejora de la contratación pública, y vistas las últimas Sentencias del Tribunal de Justicia de la CE referentes a la adjudicación de contratos por parte de las Administraciones públicas a empresas participadas (en particular Sentencia de 10 de noviembre de 2005 del TJ, Sala Primera, en el asunto C-29/04), solicito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa la emisión de un nuevo informe que incorpore el estudio de estos últimos criterios”.*

### **Presupuestos de Admisibilidad**

1. El informe lo solicita la Secretaría General de la Consejería de Economía, Hacienda e Innovación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, la cual está legitimada para hacerlo, conforme a lo prescrito en los artículos 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva y de los Registros de Contratos y de Contratistas y 15.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de aquélla, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la CAIB, de 10 de octubre de 1997.
2. Aunque la petición de informe no viene acompañada del correspondiente informe jurídico, como sería preceptivo conforme a lo dispuesto en el artículo 16.3 del mencionado Reglamento, puede tenerse por presentado el mismo, puesto que así se hizo por parte de la Viceintervención General de la CAIB en su momento, cuando se solicitó el informe de esta Junta 5/05, de 9 de junio de 2005, al que hace referencia ahora la peticionaria de este nuevo informe.

3. Por último, la documentación aportada se considera suficiente para facilitar la emisión del informe solicitado, cumpliéndose así todos los requisitos previos de admisión.

### **Consideraciones Jurídicas**

**Primera.** Antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, quedaban excluidos del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), de acuerdo con lo establecido en su artículo 3.1, entre otros, los siguientes convenios de colaboración:

*c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí...*

*“d) Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales. Quedarán asimismo excluidos de la presente Ley los convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.”*

El artículo 3.1 del TRLCAP no hacía, sin embargo, referencia alguna al tratamiento que, a estos efectos pudiera darse a las encomiendas de gestión, figura contemplada por el artículo 15 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), que la configura como una modalidad de colaboración entre órganos o entidades de la misma o distinta Administración Pública, consistente en la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios, por lo que, en la medida en que se efectuase entre entidades con diferente personalidad jurídica propia y fuera onerosa, podría suponer la ejecución de un contenido que pudiera ser propio de un contrato administrativo típico.

Al efecto, la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre, aclaraba -en el artículo 15, apartados 3, 4 y 5- lo siguiente:

3. La encomienda de gestión entre los órganos administrativos o entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o entidades intervinientes. En todo caso, el instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicado, para su eficacia, en el Diario Oficial correspondiente.

Cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la validez de tales acuerdos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada.

4. Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y entidades de distintas Administraciones se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas, por las Diputaciones provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, que se regirá por la legislación de Régimen Local.

5. El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo.

**Segunda.** La reforma del TRLCAP operada por el artículo 34 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, ha implicado la introducción de importantes cambios en el régimen jurídico aplicable a los convenios de colaboración y a los acuerdos de encomienda de gestión que hayan de celebrarse por la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos autónomos, empresas públicas y restantes entidades públicas o privadas del sector público, cambios derivados, de una parte, de la modificación de la redacción del citado apartado c) del artículo 3.1, y de otra, de la introducción en el mismo precepto de un nuevo apartado l) referente a la encomienda de gestión. El apartado d) del mismo artículo 3.1 no ha sido, por el contrario, objeto de modificación. Tras la reforma, los referidos apartados han quedado redactados en los siguientes términos:

### *Artículo 3. Negocios y contratos excluidos*

#### *1. Quedan fuera del ámbito de la presente Ley:*

*(...)*

*c) Los Convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos Organismos autónomos y las restantes Entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obra, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2. (...)*

*d) Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en sus normas administrativas especiales. Quedarán asimismo excluidos de la presente Ley los convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.*

(...)

*l) Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública.*

Por tanto, los efectos de las modificaciones del artículo 3.1 del TRLCAP introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2995 pueden sistematizarse como sigue:

En primer lugar, se reduce el ámbito territorial de la exclusión de la aplicación del TRLCAP derivada del apartado c) de su artículo 3.1, ya que, mientras anteriormente se excluían de ese ámbito todos los convenios de colaboración celebrados entre la Administración General del Estado y la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos Organismos autónomos y las restantes Entidades públicas o entre cualesquiera de ellos entre sí, resulta que, tras la modificación del precepto, esa exclusión se limita ahora a los convenios de colaboración suscritos entre esas personas jurídico-públicas si concurre una de las siguientes circunstancias:

- Que su objeto no sea el propio de los contratos de obras, de suministros, de consultoría y asistencia o de servicio regulados en el TRLCAP.

- Que, siendo su objeto el propio de uno de esos contratos, su importe sea inferior a las cuantías especificadas en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2 del TRLCAP.

Por consiguiente, no se podrán celebrar convenios de colaboración entre Administraciones o entidades jurídico-públicas cuyo objeto sea el propio de alguno de esos contratos cuando su importe sea igual o superior a esas cuantías, quedando estos supuestos sujetos a la aplicación del TRLCAP y debiendo por ello adjudicarse con arreglo a los procedimientos establecidos en el mismo, salvo que, a su vez, resulte de aplicación la exclusión contenida en el nuevo apartado l) del propio artículo 3.1, a la que después se hará referencia, y puedan ser objeto de un acuerdo de encomienda de gestión.

El texto de la letra d) del artículo 3.1 del TRLCAP no se ha modificado, de modo que la exclusión de la aplicación del TRLCAP derivada de este apartado sigue afectando, en lo que interesa, únicamente a los convenios de colaboración celebrados entre la Administración de la Comunidad Autónoma o sus Organismos y Entidades públicas con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado cuyo objeto no esté comprendido en los contratos regulados en el TRLCAP o en normas administrativas especiales.

En consecuencia, no se podrán celebrar convenios de colaboración entre las Administraciones o entidades públicas, de un lado, y entidades privadas -aunque se trate de sociedades o fundaciones del sector público- de otro, cuyo objeto sea el propio de un contrato administrativo, sea de los típicos regulados en el TRLCAP, o sea un contrato

administrativo especial, quedando estos supuestos sujetos a la aplicación del TRLCAP y debiendo por ello adjudicarse con arreglo a los procedimientos establecidos en el mismo salvo que, a su vez, resulte de aplicación la exclusión contenida en el nuevo apartado l) del propio artículo 3.1 y puedan ser objeto de un acuerdo de encomienda de gestión.

La introducción del nuevo apartado l) en el artículo 3.1 del TRLCAP implica que las reglas derivadas del apartado c) -en la nueva redacción- y del apartado d) -que mantiene su redacción original- han de quedar matizadas por la consideración de que, no obstante lo establecido en estos apartados, estarán en todo caso excluidos de la aplicación del TRLCAP los acuerdos de encomiendas de gestión realizados *□a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública.*

Es obvio que, si no se hubiera introducido esta previsión en el nuevo apartado l) del artículo 3.1 del TRLCAP, resultaría que estas encomiendas de gestión, si se verificaran a favor de las entidades públicas enumeradas en el apartado c) y su objeto fuera constitutivo de alguno de los contratos de obras, de suministros, de consultoría y asistencia o de servicios regulados en el citado texto legal, quedarían sometidos a éste, siempre que su importe superara las cuantías establecidas en el citado precepto. Y si se verificaran a favor de entidades privadas del sector público -como las sociedades de capital público a que se refiere expresamente- cuando su objeto fuera el propio de alguno de los contratos regulados en el TRLCAP o en normas administrativas especiales, también quedarían sujetos al TRLCAP, cualquiera que fuera su cuantía, por imperativo del apartado d) del mismo artículo 3.1.

No obstante, al introducirse la regla contenida en el nuevo apartado l) del artículo 3.1 del TRLCAP, deberán entenderse excluidos del ámbito de esta Ley los acuerdos de encomienda de gestión realizados por una Administración, Organismo o Entidad pública a favor de las Entidades públicas o privadas dependientes de ella (en los términos a los que más adelante se hará referencia), y ello aún cuando el objeto de la gestión encomendada coincida con el de alguno de los contratos a los que aluden, en cada caso, los apartados c) y d) del mismo artículo 3.1, o cuando su importe supere, en el caso de las encomiendas de gestión a favor de Entidades públicas, las cuantías fijadas en el apartado c) del precepto reiteradamente citado.

**Tercera.** Esta interpretación del alcance de las previsiones contenidas en la nueva redacción del apartado c) y en el nuevo apartado l) del artículo 3.1 del TRLCAP, se confirma plenamente si se examinan los antecedentes históricos y legislativos y el espíritu y finalidad de las citadas normas, utilizando los criterios interpretativos a que hace referencia el artículo 3.1 del Código Civil.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la razón por la que el legislador introduce en el TRLCAP las modificaciones contenidas en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, y que justifica la utilización de ese excepcional instrumento normativo, cuyo uso se halla restringido por el artículo 86.1 de la Constitución Española a los casos de extraordinaria y urgente necesidad, no es otra que la de dar inmediato cumplimiento a la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) con fecha 13 de enero de 2005, en el asunto C-84/03, tramitado como consecuencia del recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra el Reino de España. Así consta en el apartado V de la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley, en el que se señala lo siguiente:

*La urgencia de la reforma legislativa explicitada se deriva de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de enero de 2005, que obliga a España a reformar su normativa referente a la adjudicación de contratos públicos, además de derivarse de la correcta adaptación al derecho español de los principios y criterios jurídicos en materia de contratación pública.*

En lo que interesa a los efectos del presente informe, la Sentencia del TJCE declara que *el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas y, en particular: (.../...) al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, en concreto, en el artículo 3, apartado 1, letra c) de éste, los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas, decisión que fundamenta en las siguientes consideraciones:*

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

**38.** *Conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, conque el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial, y por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (Sentencia Teckal, antes citada, apartado 50).*

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

**40.** *En consecuencia, dado que excluye a priori del ámbito de aplicación del Texto Refundido las relaciones entre las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, la normativa española de que se trata en el caso de autos constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las directivas 93/36 y 93/37.*

**41.** *En tales circunstancias, procede estimar el segundo motivo de la Comisión.*

La Sentencia Teckal, a la que se alude en los apartados 38 y 39 de la anterior, es la dictada por la Sala Quinta del TJCE con fecha 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, tramitado como consecuencia de la petición dirigida al TJCE por el Tribunale Administrativo Regional per le Emilia-Romagna (Italia), destinada a obtener, en el litigio pendiente en ese órgano entre Teckal SRL, de una parte, y Comune di Viano y Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) de Reggio Emilia, una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE, del consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. En esta relevante Sentencia, el TJCE declaró lo siguiente:

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

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

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

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

**50.** *A este respecto, conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona*

*jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.*

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

En suma, conforme a la doctrina establecida por el TJCE en la Sentencia Teckal, reproducida en la Sentencia de 13 de enero de 2005 (para cuyo cumplimiento se dictó el Real Decreto-Ley 5/2005) resulta que quedaron sujetos a la normativa comunitaria todos los contratos cuyo objeto sea alguno de los contemplados en las correspondientes Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, cuando se celebren a título oneroso y por escrito, entre una entidad adjudicataria (en el sentido que las citadas Directivas atribuyen al término) y un contratista o proveedor que sea una persona jurídicamente distinta de aquella entidad y autónoma respecto de ella desde el punto de vista de la adopción de sus decisiones.

Sin embargo, y con arreglo a esa misma doctrina, no quedarán sujetos a la normativa comunitaria sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, aquellas relaciones de colaboración que, aún reuniendo esas características en cuanto a su objeto, carácter oneroso y forma escrita, se celebren entre una entidad adjudicadora y una persona que, aún siendo jurídicamente diferente de aquélla, se encuentre bajo el pleno control de esa entidad adjudicadora y realice respecto de ella la parte esencial de su actividad (como dice literalmente el TJCE, *□ a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan*) circunstancias que configuran la situación económico-jurídica denominada *In House Providing*, en el marco de la cual el contratista, aún cuando formalmente ostenta personalidad jurídica propia e independiente de la del contratante que le encarga la ejecución de las prestaciones contractuales, en realidad no es otra cosa que un medio instrumental del contratante, completamente dependiente de él y sin una verdadera capacidad decisoria autónoma, lo que excluye la naturaleza contractual y convierte en instrumental la relación jurídica entre estas partes.

**Cuarta.** Son éstos, los pronunciamientos del TJCE que el legislador nacional ha tratado de cumplir al introducir en el artículo 3.1 del TRLCAP las modificaciones anteriormente

expuestas, reformando el apartado c) e incorporando un nuevo apartado l) al precepto, a fin de que:

- Queden sometidos a la aplicación del TRLCAP y no puedan instrumentarse a través de convenios de colaboración entre Administraciones y Entidades públicas los contratos que, por su objeto e importes, deban hallarse sujetos a las correspondientes normas comunitarias, siempre que la Administración que actúe como contratista o proveedor goce de autonomía decisoria respecto de la Administración que actúe como entidad adjudicadora (supuesto del apartado c).

- Y, en cambio, no quedan sometidos al TRLCAP y pueden instrumentarse a través de acuerdos de encomiendas de gestión realizadas entre una Administración o Entidad pública, de un lado, y una Entidad pública o privada del sector público, de otro, aún en el caso de que por su objeto e importe debieran estar, en principio, sujetas a la normativa comunitaria, siempre que se den los requisitos delimitados por el TJCE para considerar que existe un caso de *in house providing* o utilización de medios meramente instrumentales: que la Administración o entidad pública que actúa como entidad adjudicadora ejerza sobre la Entidad pública que actúa como contratista o proveedor un control análogo al que ostenta sobre sus propios servicios y que, al mismo tiempo, esta Entidad realice la parte esencial de su actividad con aquella Administración o entidad pública que la controla plenamente (supuesto del apartado l del artículo 3.1).

Debe destacarse que, aún cuando estos dos requisitos establecidos por la doctrina del TJCE anteriormente expuesta no figuren recogidos explícitamente en la redacción del nuevo párrafo l) del artículo 3.1 del TRLCAP (únicamente puede considerarse que se alude a uno de ellos, el relativo al control análogo al ejercido sobre los propios servicios, al mencionar, en el caso de las sociedades públicas, que su capital debe ser íntegramente de titularidad de la Administración encomendante), se considera imprescindible que concurran en todo caso para poder considerar que las encomiendas de gestión a que se refiere ese precepto quedan excluidas de la aplicación del TRLCAP, lo que no sería posible, de acuerdo con esa doctrina jurisprudencial, en los supuestos en que faltara cualquiera de esos requisitos.

**Quinta.** Visto el ámbito legislativo y jurisprudencial de aplicación a la materia que se examina, podrían obtenerse las siguientes conclusiones específicas:

1. Sobre los convenios de Colaboración.

1.1.1 Supuestos admitidos como convenios de colaboración y que quedarían excluidos del TRLCAP

De conformidad con lo establecido en los apartados c) y d) del artículo 3.1 del TRLCAP, pueden instrumentarse a través de convenios de colaboración y se hallarán excluidos de la aplicación del TRLCAP los que a continuación se detallan, que se regirán por sus normas especiales, aplicándoseles solamente los principios del TRLCAP para resolver las dudas y lagunas que puedan presentarse en ellos (Art. 3.2 del TRLCAP):

a) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos Organismos autónomos y las restantes Entidades públicas, así como los que celebren entre sí los Organismos y Entidades públicos anteriormente citados, siempre y cuando concurra, alternativamente, al menos una de las siguientes circunstancias:

- Que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios.

- O que, siendo la materia sobre la que versa objeto de uno de esos contratos, su importe sea inferior -al menos en la actualidad- a las siguientes cuantías:

Para los contratos de obra, 5.278.000 euros, IVA excluido.

Para los contratos de suministro, 137.000 euros, IVA excluido.

Para los contratos de consultoría y asistencia o de servicios:

200.000 euros, IVA excluido, en los contratos de la categoría 8 (Investigación y desarrollo) del artículo 206 del TRLCAP y en los contratos de la categoría 5 (Telecomunicación) del mismo precepto, cuando consistan en servicios de difusión de emisiones de televisión y de radio, en servicios de conexión y en servicios integrados de telecomunicaciones.

137.000 euros, IVA excluido, en los restantes contratos de las categorías 1 a 16 del artículo 206 del TRLCAP, si los convenios se celebran por la Administración General del Estado y sus Organismos autónomos.

211.000 euros, IVA excluido, en los restantes contratos de las categorías 1 a 16 del artículo 206 del TRLCAP, si los convenios se celebran por los restantes Organismos y Entidades públicos estatales.

b) Los convenios de colaboración que celebre la Administración de la Comunidad Autónoma, sus Organismos autónomos, Empresas públicas y restantes Entidades de Derecho público del sector público autonómico con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, incluidas las sociedades mercantiles públicas o fundaciones del sector público, siempre y cuando su objeto no esté comprendido en el de los contratos

regulados en el TRLCAP o en normas administrativas especiales, cualquiera que sea su cuantía.

## 1.2 Supuestos no admitidos como convenios de colaboración y que quedan sujetos al TRLCAP

De conformidad con lo establecido en los apartados c) y d) del artículo 3.1 del TRLCAP (interpretados a *contrario sensu*) resulta que no pueden instrumentarse a través de convenios de colaboración los supuestos que a continuación se detallan, que constituyen verdaderos contratos públicos y quedan, por ello, sujetos a la aplicación del TRLCAP en la extensión que proceda, dependiendo, lógicamente, del nivel de sujeción al citado texto legal de la Administración o Entidad contratante de conformidad con las previsiones de los artículos 1 y 2 de la disposición adicional sexta del propio TRLCAP (aplicación íntegra; aplicación de las prescripciones relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación; o aplicación de los principios de publicidad y concurrencia):

a) Los que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos Organismos autónomos y las restantes Entidades públicas, así como los que celebren entre sí los Organismos y Entidades públicos anteriormente citados, siempre y cuando concurren, acumulativamente, las siguientes circunstancias:

- Que la materia sobre la que verse constituya el objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios.
- Y, además, que su importe sea igual o superior a las cuantías recogidas en el epígrafe 1.1.a) de esta misma consideración jurídica QUINTA del presente informe.

No obstante, los contratos a los que se refiere este apartado no quedarán sujetos al TRLCAP cuando estén comprendidos en la excepción descrita en el apartado 1.3 siguiente, de esta consideración jurídica QUINTA, en cuyo caso podrán instrumentarse a través de un acuerdo de encomienda de gestión.

b) Los que celebre la Administración de la Comunidad Autónoma, sus Organismos autónomos, Empresas públicas y restantes Entidades de Derecho público del sector público autonómico con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, incluidas las sociedades mercantiles autonómicas y fundaciones del sector público autonómico, si las hubiera, siempre y cuando su objeto esté comprendido en el de los contratos regulados en el TRLCAP o en normas administrativas especiales, cualquiera que sea su cuantía.

No obstante, los contratos a los que se refiere este apartado no quedarán sujetos al TRLCAP cuando estén comprendidos en la excepción descrita en el siguiente apartado 1.3 de esta consideración jurídica QUINTA del presente informe y punto 2 siguiente, de esta misma consideración jurídica QUINTA, en cuyo caso podrán materializarse a través del correspondiente instrumento de encomienda de gestión.

1.3 Supuestos no admitidos como convenios de colaboración, pero sí como acuerdos de encomienda de gestión, y que no quedan sujetos al TRLCAP

Los supuestos previstos en los apartados a) y b) del punto 1.2 inmediatamente anterior, no quedarán sujetos al TRLCAP, y ello aunque su objeto coincida con el de alguno de los contratos regulados en el propio TRLCAP o en normas administrativas especiales y su importe sea igual o superior a las cuantías anteriormente expresadas, cuando concurren en ellos las circunstancias previstas en el apartado l) del artículo 3.1 del TRLCAP en los términos establecidos en esta misma consideración jurídica QUINTA de este informe, en cuyo caso se podrán instrumentar mediante acuerdos de encomienda de gestión realizados por la Administración de la Comunidad Autónoma, sus Organismos o Entidades públicas a favor de una Entidad pública o privada dependiente de la encomendante.

## **2. Sobre las Encomiendas de Gestión**

De acuerdo con lo previsto en el apartado l) del artículo 3.1 del TRLCAP, estarán directamente excluidas de la aplicación del TRLCAP *las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública*. Estas encomiendas de gestión se regirán por sus normas especiales, aplicándoseles solamente los principios del TRLCAP para resolver las dudas y lagunas que puedan presentarse en ellos (artículo 3.2 del TRLCAP).

A la vista de ello, y tomando en consideración como criterio interpretativo de la previsión contenida en el apartado l) del artículo 3.1, del TRLCAP, la doctrina sobre la figura del In House Providing (en aplicación de la cual se había dictado la Sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005, para cuya ejecución, como se expuso, se introducen en el TRLCAP, por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, las modificaciones del citado precepto) puede afirmarse que las encomiendas de gestión realizadas por la Administración de la Comunidad Autónoma, sus Organismos o Entidades Públicas deberán entenderse amparadas en el apartado l) del artículo 3.1 del TRLCAP, y por tanto excluidas de la aplicación del TRLCAP, aunque su objeto coincida con el de alguno de los contratos regulados en el propio TRLCAP o en normas administrativas especiales y con independencia de su cuantía, cuando en ellas concurren las siguientes circunstancias:

a) Que se realicen a favor de alguna de las siguientes entidades:

a.1) Organismos autónomos, Entidades públicas empresariales u otras Entidades de Derecho público del sector público autonómico (ya que todas ellas quedan comprendidas en la dicción entidades del apartado l del artículo 3.1 del TRLCAP) siempre y cuando concurren, acumulativamente, las siguientes circunstancias:

. Que la Administración, Organismo o Entidad pública que realiza la encomienda de gestión ejerza sobre el Organismo o Entidad pública que la recibe un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

. Y además, que ese Organismo o Entidad en cuyo favor se acuerda la encomienda de gestión realice la parte esencial de su actividad con la Administración, Organismo o Entidad pública que la otorga.

A este respecto, debe destacarse que, al reducir el ámbito de la exclusión del TRLCAP de los convenios de colaboración entre Administraciones, Organismos o Entidades públicos mediante la nueva redacción dada al apartado c) del artículo 3.1, el legislador ha modificado el criterio de que la encomienda de gestión quedaba en todo caso excluida del TRLCAP cuando se realizara entre Administraciones o Entidades públicas, que se plasmaba en el contenido del artículo 15, apartados 1, 3 y 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), debiendo dichos apartados entenderse parcialmente modificados tras la entrada en vigor de la modificación introducida en el artículo 3.1 del TRLCAP por el Real Decreto-Ley 5/2005, que sólo permite tales encomiendas a favor de entidades plenamente controladas por la Administración pública encomendante al amparo de la letra l) del artículo 3.1, o, mediante convenio de colaboración, cuando quede excluido del TRLCAP conforme a la nueva redacción de la letra c) del artículo 3.1.

a.2) Sociedades mercantiles autonómicas, cuando, sin perjuicio de lo que más adelante se indicará, su capital pertenezca totalmente a la Administración de la Comunidad Autónoma, organismo o entidad pública que realiza la encomienda de gestión a su favor, y fundaciones del sector público autonómico (a las primeras se alude expresamente en el apartado l) del artículo 3.1 del TRLCAP y las segundas quedan comprendidas en el término entidades utilizado por el precepto), siempre y cuando concurren acumulativamente, las siguientes circunstancias:

. Que la Administración, Organismo o Entidad pública que realiza la encomienda de gestión ejerza sobre la sociedad o fundación que la recibe un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

. Y además, que esa sociedad o fundación en cuyo favor se acuerda la encomienda de gestión realice la parte esencial de su actividad con la Administración. Organismo o Entidad pública que la otorga.

A este respecto, debe destacarse que, al introducir en el artículo 3.1 del TRLCAP el nuevo apartado l) - en el que se establece expresamente la posibilidad de que las encomiendas de gestión se realicen a favor de las sociedades mercantiles cuyo capital les pertenece en su totalidad, y de cuya redacción se deduce, implícitamente, que también pueden realizarlas a favor de otras entidades privadas del sector público -, el legislador ha modificado el criterio de que la encomienda de gestión no podía realizarse a favor de personas sometidas a Derecho privado, que se plasmaba en el artículo 15.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), que debe entenderse parcialmente modificado tras la entrada en vigor de la modificación introducida en el artículo 3.1 del TRLCAP por el Real Decreto-Ley 5/2005, que permite tales encomiendas a favor de determinadas personas jurídico-privadas plenamente controladas por la Administración pública encomendante.

Aunque el párrafo l) del artículo 3.1 del TRLCAP aluda a entidades y sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública, lo que, de acuerdo con la dicción literal del propio precepto, da a entender, en principio, que sólo es posible la encomienda de gestión a una entidad o sociedad cuyo capital pertenezca exclusiva y únicamente a la Administración (o entidad de Derecho público) encomendante, también podría interpretarse como admisible que pudiera realizarse la encomienda de gestión a una entidad o sociedad cuyo capital, siempre que sea exclusivamente público, pertenezca a varias Administraciones públicas con competencias o fines concurrentes (sea mediante participación directa de esas Administraciones públicas en el capital de la entidad o sociedad, sea mediante participación indirecta de las mismas en dicho capital) siempre que dicha entidad esté sometida al control único y exclusivo, bien que conjunto, de dichas Administraciones públicas.

Podría fundarse dicho criterio excepcional, en la consideración de que la jurisprudencia del TJCE admite, como supuesto de la situación denominada *in house providing* y, por tanto, como supuesto excluido de la aplicación de las prescripciones del Derecho comunitario sobre contratación pública, no sólo el caso de que la entidad instrumental esté controlada única y exclusivamente por un solo poder adjudicador (de lo que se infiere que el capital de la entidad instrumental tiene como único titular al poder adjudicador) sino también el caso de que la entidad instrumental esté sometida al control único y exclusivo bien que conjunto, de varios poderes adjudicadores (de lo que se deduce que el capital de la entidad instrumental ha de tener como titulares a varios poderes

adjudicadores): así lo reconoce la antes citada sentencia de 18 de noviembre de 1999 (C-107/98), recaída en el asunto Teckal, que, en su apartado 50, alude a que la parte esencial de la actividad de la entidad instrumental se realice con el ente o los entes que la controlan, pronunciándose en los mismos términos la sentencia de 11 de enero de 2005 (C-26/93), recaída en el asunto Stadt Halle, que, en su apartado 49 alude a que la parte esencial de la actividad de la entidad instrumental se realice con la autoridad o autoridades públicas que la controlan, lo que indudablemente supone admitir el caso de entidad instrumental constituida o creada por dos o más Administraciones públicas y sometida al control exclusivo de éstas, que, por tanto, son las cotitulares del capital de la entidad instrumental.

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

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

b) Que se observen en ellas las exigencias contenidas en relación con las encomiendas de gestión en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC):

. Que su objeto sea la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos de la Administración General del Estado, cuya encomienda a los Organismos o Entidades anteriormente indicados se considere conveniente por razones de eficacia o por carencia de los medios técnicos idóneos para su desempeño (artículo 15.1 de la LRJ-PAC).

Es perfectamente posible que el objeto de la encomienda de gestión, definido en esos términos, coincida con el de alguno de los contratos regulados en el TRLCAP o en normas administrativas especiales, y que su cuantía exceda de las previstas en la letra c) del artículo 3.1 de este texto legal. En tales casos no será de aplicación el TRLCAP, dado que la regla establecida en los apartados c) y d) de su artículo 3.1 debe entenderse, a su vez, sometida a la excepción derivada de la aplicación de la previsión contenida en el apartado l) del mismo precepto, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria que inspira la reforma.

. Que se formalice por acuerdo expreso de la Administración, Organismo o Entidad pública que la otorga y del Organismo o Entidad que reciba la encomienda de gestión. Dicho acuerdo de encomienda de gestión no deberá recibir necesariamente la denominación de convenio de colaboración, a fin de evitar cualquier duda relativa a la posible aplicación al mismo de las previsiones de los apartados c) y d) del artículo 3.1 del TRLCAP.

En el acuerdo de encomienda de gestión deberá incluirse, al menos, la expresa mención de la actividad o actividades encomendadas, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada (artículo 15.3 de la LRJ-PAC).

. Que el acuerdo de encomienda de gestión, y su eventual resolución, se publiquen en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma (artículo 15.3 de la LRJ-PAC).

**Sexta.** La Empresa de Transformación Agraria S.A. (TRAGSA) es una entidad integrante del sector público empresarial estatal (Art. 3, Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria) que lleva a cabo la prestación de servicios esenciales en diversas materias.

Dicha empresa, conforme a lo dispuesto en el artículo 88.4 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, fue calificada como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, quedando:

... obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes, en las materias que constituyen el objeto social de la empresa y, especialmente, aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren.

Del mismo modo, a nivel autonómico, la Ley 9/1997, de 22 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, dedicó su artículo 24 a la regulación de las actuaciones que, a título obligatorio, lleven a cabo las empresas de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (aquéllas a las que se refiere el artículo 1.b), de la Ley 3/1989, de 31 de marzo, de Entidades Autónomas y Empresas

Públicas y Vinculadas de la CAIB) con la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración Autonómica y, en el punto 5 de dicho artículo 24, dispuso - de manera expresa e indubitada - que:

El régimen previsto en los puntos anteriores (la consideración como medio propio instrumental y servicio técnico autonómico) se aplicará, en los mismos términos, a las obras, los trabajos y las actividades que la sociedad estatal Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima, TRAGSA, como medio de desarrollo rural y de conservación del medio ambiente, lleva a cabo, a título obligatorio y por orden de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, en territorio de la comunidad Autónoma.

Los precedentes legales que se acaban de exponer tuvieron el refrendo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE de 8 e mayo de 2003, St. TRAGSA) cuando dicho tribunal declaró lo siguiente:

Por lo que se refiere a las consecuencias de considerar a TRAGSA como parte de la Administración pública, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha admitido una excepción a la aplicación de las directivas en materia de adjudicación de contratos públicos, llamada *in house providing*, relativa a los contratos celebrados por una entidad adjudicadora con determinados organismos públicos vinculados a ella. Los límites de esta excepción se detallaron, en particular, en las Sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. I-11037), apartado 50 y de 7 de diciembre de 2000, ARGE Gewässerschlutz (C-94/99, Rec. I-11037), apartado 40. De estas Sentencias se desprende que, a falta de una excepción expresa, para construir un contrato público basta, en principio, conque el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, a la vez, esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.

Esto es lo que sucede en el presente asunto. En efecto, a tenor del artículo 88, apartado 4, de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre de 1997, TRAGSA, en tanto que medio propio instrumental y servicio técnico de la administración española, está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas. Según los apartados 1 y 2 de dicho artículo, TRAGSA es una sociedad estatal en cuyo capital social pueden participar las Comunidades Autónomas mediante la adquisición de acciones.

Por tanto, las autoridades españolas podían encomendar legítimamente a TRAGSA los trabajos relativos a la implantación del registro oleícola sin recurrir al procedimiento de licitación.

Consecuentemente, la sociedad estatal Empresa de Transformación Agraria, TRAGSA, está considerada - por el TJCE - como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración Española y obligada a realizar con carácter exclusivo los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas.

Dicha consideración jurídica debe ponerse en relación -ahora- con la situación derivada de la traslación- al ordenamiento positivo español- de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia de 16 de octubre de 2003, Asunto C.283/00 y Sentencia de 13 de enero de 2005, Asunto C-84/03) mediante su incorporación al texto del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, que, en relación con la cuestión que se examina, permite obtener las siguientes

### **Conclusiones**

1. No resulta aplicable la legislación de contratación pública cuando se trata de los denominados contratos domésticos (*In house providing*) esto es, los celebrados entre una Administración pública y un ente instrumental de la misma (organismo autónomo, entidad pública empresarial, sociedad mercantil de capital íntegramente público) cuando concurren los requisitos de que la Administración Pública encomendante ejerza un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que este ente instrumental realice la parte esencial de su actividad con la Administración que la controla (STJCE de 11 de enero de 2005).

2. Excepcionalmente, esa característica de ente instrumental (medio propio y servicio técnico de la Administración) puede considerarse que concurre - por así haber sido declarado legal y jurisprudencialmente - en TRAGSA, respecto de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, por cuanto:

La Ley estatal 66/1997, de 30 de diciembre y la Ley balear 9/1997, de 22 de diciembre, en unión de la Sentencia TJCE, de 8 de mayo de 2003, declaran -expresamente- su naturaleza de medio instrumental respecto no sólo del Estado sino de las Comunidades Autónomas.

Del mismo modo, las precitadas normas y Sentencia del TJCE proclaman la obligatoriedad - para TRAGSA - de realizar los encargos que le encomienden, en su caso, las Comunidades Autónomas.

Finalmente, ninguna duda cabe de la titularidad pública del íntegro capital social de TRAGSA, por lo que, aún de modo excepcional y limitado al presente caso- puede entenderse que en la encomienda de un trabajo a TRAGSA por una Comunidad Autónoma (con fuerza de obligar respecto de la empresa pública, que no podrá rechazar la encomienda) concurren los necesarios requisitos para que pueda excluirse la legislación de contratos públicos en los términos y condiciones a que se refiere el cuerpo del presente informe.