

Informe 1/2007, de 8 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre “la consideración de la sociedad estatal TRAGSA como medio propio de la Comunidad Autónoma de Aragón y la posibilidad de efectuar en su favor encargos de ejecución”

I ANTECEDENTES

La Intervención General de la Comunidad Autónoma de Aragón solicita informe sobre **“la consideración de la sociedad estatal TRAGSA como medio propio de la Comunidad Autónoma de Aragón”**, remitido por conducto reglamentario a la Presidencia de la Junta con fecha 11 de enero de 2007, en escrito del siguiente tenor literal :

En el ejercicio de sus funciones de control, a la Intervención General se le han suscitado dudas acerca de si la Sociedad estatal “Empresa de Transformación Agraria, S.A”, comercialmente denominada “TRAGSA”, puede seguir siendo considerada medio propio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, después de las modificaciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas operadas por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de Reformas Urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la Contratación Pública, y por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

Desde la asunción por la Comunidad Autónoma de Aragón de las competencias en materia de Reforma y Desarrollo Agrario y en materia de Conservación de la Naturaleza, los órganos de contratación han sostenido de forma constante el criterio de considerar a TRAGSA medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, viniendo obligada la sociedad estatal a realizar los trabajos que los órganos de contratación de la Administración aragonesa le encargasen o encomendasen. Este criterio se ha ratificado por la Asesoría Jurídica de la Administración de la Comunidad Autónoma, tanto en sus informes evacuados en ejercicio de su función de asesoramiento jurídico ante consultas planteadas por los órganos de contratación, como en sus funciones en materia contenciosa, en particular en el Recurso Contencioso-Administrativo 1161/1998 seguido contra la

Resolución de 30 de abril de 1998, del Tribunal de Defensa de la Competencia, interpuesto por la Asociación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas, en el que actuó la Administración Aragonesa como codemandada.

Igualmente, la Intervención General de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón ha informado favorablemente de forma reiterada los encargos realizados a la sociedad estatal TRAGSA sobre actuaciones comprendidas dentro de su objeto social al efectuar la función interventora sobre los expedientes en los que se sustentaba la encomienda, siendo relevante considerar que en su conjunto estos encargos representan una importante cuantía económica en cada ejercicio presupuestario.

Los órganos administrativos citados (órganos de contratación, Asesoría Jurídica, Intervención) han venido sustentando su criterio en las distintas disposiciones legales y reglamentarias e instrumentos convencionales que a lo largo de los años han calificado de forma persistente a la sociedad estatal, creada en 1977 por la Administración del Estado al calor de la venerable Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 como una personificación mercantil del antiguo Parque de Maquinaria del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, como medio propio, no solo de la Administración creadora y propietaria, sino también de las Administraciones autonómicas y, en particular, de la aragonesa.

Sin ánimo de ser completamente exhaustivos, conviene relacionar para la mejor resolución de esta consulta las siguientes disposiciones y convenios:

- Acuerdo de la Comisión Mixta Estado-Comunidad Autónoma de Aragón de 27 de diciembre de 1984, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Aragón de las funciones y servicios en materia de Reforma y Desarrollo Agrario (Real Decreto 643/1985, de 2 de abril). Anexo I, apartado D.1. Ejecución de obras por TRAGSA.*
- Convenio de 12 de febrero de 1986 (BOE 108/86) entre la Comunidad Autónoma de Aragón, el IRYDA y TRAGSA.*
- Real Decreto 1422/1985, de 17 de julio, de modificación del Decreto 379/1977, (incorporación del ICONA como socio de TRAGSA)*

- *Convenio de 9 de mayo de 1986 entre ICONA, IRYDA y TRAGSA, que sustituye al anterior IRYDA-TRAGSA, formalizado el 19 de febrero de 1979 y modificado el 2 de enero de 1982 (cláusula 13).*
- *Convenio de 19 de diciembre de 1995 entre la Comunidad Autónoma de Aragón, el IRYDA y TRAGSA para la coordinación y colaboración de ambas Administraciones y ejecución de obras por la Empresa y Protocolo Anexo de la misma fecha.*
- *Addenda al Convenio de colaboración de 12 de febrero de 1986, de 15 de julio de 1997, entre la Comunidad Autónoma de Aragón, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y TRAGSA.*
- *Artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.*
- *Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo.*

En cuanto a los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales, han considerado que TRAGSA es medio propio la Sentencia de 25 de diciembre de 2000, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictada en el Recurso Contencioso-Administrativo 1161/1998 ut supra citado y particularmente relevante a nuestros efectos los considerandos 203 a 207 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2003, que concluye que las autoridades españolas podían encargar legítimamente a la sociedad estatal TRAGSA unos determinados trabajos, sin recurrir al procedimiento de licitación, por tratarse de un supuesto excluido de la aplicación de las directivas en materia de adjudicación de contratos públicos.

La efímera reforma del artículo 3.1.1) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas operada por el Real Decreto-Ley 5/2005, estableció la exclusión del ámbito de dicha Ley de las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública. Esta redacción ya suscitó dudas a esta Intervención General durante los escasos meses que duró su vigencia, pues es a todas luces evidente según el tenor literal del precepto que solo es posible la encomienda a entes o sociedades cuyo capital pertenezca íntegramente a la Administración encomendante, siendo que, en otro caso, el negocio no deberá considerarse excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos. En el caso de TRAGSA, viene al caso recordar que la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón no participa en el capital social ni en los

órganos de Gobierno, dirección y control de la sociedad. No obstante estos antecedentes, en actuación consultiva, con fecha 7 de octubre de 2005 la Asesoría Jurídica emitió informe en el que seguía considerando a TRAGSA medio propio.

La redacción dada al artículo 3.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por el Real Decreto-Ley 5/2005 que, a nuestro entender, ya sería suficiente para poner en entredicho los encargos a la empresa TRAGSA por parte de los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, se ha revelado pronto insuficiente para cumplir las exigencias de las Directivas comunitarias de contratación pública y de la jurisprudencia europea que exigen requisitos más específicos y limitativos que los del artículo 3 de la norma nacional; a saber, no es sólo necesaria la pertenencia a una Administración sino que debe existir un control de la Administración titular similar al que ejerce sobre sus propios servicios y realizar la parte esencial de su actividad con la Administración controladora (sentencia Teckal, de 18 de noviembre de 1999 C-107/98). A estos requisitos, la más reciente sentencia Carbotermo, de 11 de mayo de 2006 (C-340/04), añade que tal control puede verse debilitado si se realiza a través de una sociedad holding, aunque participe la Administración en la totalidad del capital y, por tanto, no podría considerarse tal relación excluida del régimen de contratación pública a priori.

Así es que bien consciente el legislador de estos problemas (aunque en la Exposición de motivos se silencie cualquier explicación justificativa sobre la reforma) tan solo unos meses después de la nueva redacción al artículo 3, acomete una nueva reforma con ocasión de la aprobación de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, a través de cuya Disposición final cuarta se modifica, entre otros, el párrafo 1) apartado I del artículo 3 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que queda redactado del siguiente modo:

“1) Las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan”.

Esta redacción obliga a reconsiderar el carácter de las relaciones con la empresa estatal TRAGSA, puesto que, si bien su específica Ley reguladora le otorga carácter instrumental del Estado y de las Comunidades Autónomas, en la realidad respecto de la Comunidad Autónoma de Aragón no

se cumplen ninguno de los requisitos previstos en el artículo anteriormente citado: la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón no tiene control ni normativo, ni de actuación, ni tarifario sobre TRAGSA, ni participa en su capital social, ni esta Sociedad realiza una parte esencial de la actividad con nuestra Administración.

A la vista de todos estos antecedentes, teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 1 del Reglamento de organización y funcionamiento de la

Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en relación con el artículo 10 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas la Junta es el órgano consultivo específico de la Comunidad Autónoma en materia de contratación administrativa, legitimado para este trámite por el artículo 6 b) del citado Reglamento, la Intervención General solicita el criterio de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre las siguientes CUESTIONES:

1) Si resulta admisible considerar a la sociedad estatal Empresa de Transformación Agraria, S. A. (TRAGSA) medio propio y servicio técnico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

2) Si resulta admisible efectuar encargos o encomiendas de gestión a la empresa TRAGSA por los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y considerar excluidos dichos encargos del ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3) Si a los encargos de ejecución o encomiendas de gestión excluidos del ámbito de aplicación del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas les resulta de aplicación las normas que la Ley y el Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas establecen para la ejecución de obras, fabricación de bienes y prestación de servicios por la propia Administración.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sesión celebrada el 8 de marzo de 2007 acuerda informar lo siguiente:

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

Primera. Normativa de aplicación: Primacía del derecho comunitario

La cuestión sometida a consulta es, sin duda, de gran relevancia práctica, pues se refiere al alcance de la técnica en cuya virtud una Administración encarga la prestación a un ente instrumental, vinculado al ente contratante, sin aplicar la legislación contractual (conocida en derecho comunitario como servicios *in house providing*). Situación habitual en el Derecho Administrativo que se fundamenta en la capacidad autoorganizativa de las Administraciones Públicas con el fin de obtener una mayor eficiencia en los procedimientos de contratación. Sin embargo, esta técnica no puede servir de “fuga” a las reglas de contratación pública, lo que puede comportar medidas financieras correctoras por parte de las instituciones comunitarias competentes.

Como es conocido, en todo procedimiento de licitación pública deben hacerse efectivos los principios de transparencia, eficiencia y adecuada gestión de los fondos públicos debiendo cumplir con la forma y el espíritu del Derecho comunitario, origen de la normativa que resulta de aplicación a la consulta formulada. Esto significa que la respuesta de esta Junta debe atender, en primer lugar, a las disposiciones comunitarias vigentes, es decir, la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, de contratos públicos.

Esta Directiva no regula la técnica de los servicios *in house providing* pero incorpora las resoluciones del TJCE como cierre del sistema

interpretativo. Se constata, en suma, la importancia de esta jurisprudencia, auténtica fuente del derecho y dinamizadora en la plasmación efectiva de los principios referidos en esta materia. Y en este aspecto de los encargos a entes instrumentales propios ya existe jurisprudencia consolidada. Por ello, su análisis detallado es necesario para poder alcanzar conclusiones que, en modo alguno, pueden conducirnos a interpretaciones contrarias a dicha doctrina. Así se pone de manifiesto en la STJCE de 2 de junio de 2005 (Koppensteiner GMBH), al afirmar que cuando una norma comunitaria establece previsiones que “son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665.” En consecuencia, la normativa estatal aplicable al supuesto en cuestión exige de este órgano consultivo una interpretación de la norma *secundum directivam* (conforme a la doctrina dictada por el TJCE a través de sus sentencias). De ahí la importancia de conocer la solución dada por este Tribunal a la cuestión de la utilización de los medios instrumentales como solución organizativa y de su repercusión en nuestra legislación nacional.

Segunda. El origen de los denominados servicios in house providing o encargos a entes instrumentales propios.

La problemática que ahora se analiza encuentra su origen en el artículo 1 c) de la Directiva 92/50/CE, de 18 de junio de 1992, de servicios, y en su artículo 6 al declarar respectivamente, que se considerará “prestador de servicios” cualquier persona física o jurídica que ofrezca servicios, “incluidos

los organismos públicos”, pero que quedan excluidos de su ámbito “los contratos públicos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo a la letra b) del artículo 1, sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativa publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado“. Estas disposiciones han permitido entender que los denominados medios propios a los que se realiza encargos de naturaleza contractual estarían al margen de esta normativa.

Pues bien, la cuestión, ha tenido respuesta en la jurisprudencia del TJCE, quien analiza ya esta posibilidad en la sentencia de 18 de noviembre de 1998 (BFI), admitiéndose en la STJCE de 18 de noviembre de 1999 (Teckal), a la que se alude en los apartados 38 y 39 de la STJCE de 13 de enero de 2005, que condena al Reino de España en materia de contratos públicos y que se confirma en la STJCE de 7 de diciembre de 2000 (ARGE) y en la más reciente de 10 de noviembre de 2005, (Comisión Contra República de Austria), al afirmar que los organismos públicos pueden ser adjudicatarios de contratos públicos regulados por las Directivas, sin que ello implique, en principio, infracción del principio de igualdad de todos los licitadores: “El mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a tales organismos no constituye ni una discriminación encubierta ni una restricción contraria al artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación)”.

En todo caso, resulta paradigmática la sentencia 18 de noviembre de 1999 (Teckal), pues, aunque el supuesto analizado se refiere a un contrato de suministros, su doctrina se puede extender al resto de la contratación pública, admitiendo el concepto *in house providing* en los supuestos en que exista sobre el ente un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios y realice su actividad esencial para quien la controla. En resumen,

esta Sentencia (sobre la base del actual 234 TCE) - en la que se debate la obligación de aplicar las Directivas de contratos públicos cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora-, concluye que procede excluir del ámbito de las Directivas los contratos in house providing siempre y cuando concurren necesariamente los dos requisitos, acumulativos.

Tercera. De los requisitos para considerar correcta la técnica del encargo a un ente propio.

La jurisprudencia del TJCE exige ciertos requisitos para entender no aplicable a estos encargos o encomiendas la normativa de contratación pública al no existir relación contractual.

El primer requisito que se exige es que el encargo debe formalizarse entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente distinta de ella pero sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, de tal modo que el proveedor no tiene, frente al poder adjudicador, auténtica autonomía desde el punto de vista decisorio, por lo que no existiría una voluntad contractual. El criterio del “control análogo al ejercido sobre sus propios servicios” implica una dependencia estructural y un control efectivo de manera que las tareas que se encomiendan al ente instrumental no se gestionarían de modo distinto si los hubiera acometido el propio ente dominante. A este respecto, conviene advertir que la titularidad o propiedad mayoritaria del ente instrumental no es suficiente para justificar la existencia de dicho control, pues la influencia dominante debe traducirse en la práctica en absoluta dominación a la hora de la determinación de voluntades, por lo que no existiría un auténtico contrato (sería, en suma, un autocontrato).

En todo caso, debe advertirse que el concepto de la influencia dominante no es sinónimo del concepto de control análogo, por lo que, en modo alguno, pueden ser consideradas con carácter general las empresas públicas como supuestos de *in house providing*. De lo expuesto resulta evidente que no se considerarán servicios *in house* y, por tanto, estarán dentro del ámbito de las Directivas los contratos entre una entidad territorial y un ente dependiente de otros entes territoriales distintos. Esta cuestión del control análogo ha sido objeto de estudio en la STJCE de 13 de octubre de 2005 (Parking Brixen) en la que se resuelve que no puede entenderse que en el caso de una autoridad pública concedente ejerce sobre la empresa concesionaria un control análogo al de sus propios medios.

Un segundo requisito es introducido por la STJCE de 11 de enero de 2005 (Stadt Halle) al afirmar que “En el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52, con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva”. Es decir, la participación privada en un ente público rompe el criterio exigido en las Sentencias TECKAL y ARGE y en modo alguno puede entenderse que estas empresas con participación privada puedan ser medios propios, por lo que los encargos deben ser necesariamente objeto de licitación. Esto significa que bajo ningún concepto las sociedades de economía mixta pueden acogerse a esta técnica y su relación con un poder adjudicador debe instrumentarse mediante los procedimientos de licitación previstos en la LCAP. Lo contrario supondría que la consecución del objetivo que dicha Directiva pretende alcanzar, esto es, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, quedaría en entredicho si las entidades

adjudicadoras pudieran recurrir a mecanismos dirigidos a enmascarar la adjudicación de contratos públicos de servicios a empresas de economía mixta.

El tercer y último requisito que se debe exigir para admitir la existencia del *in house providing* es que la entidad proveedora debe realizar – necesariamente- la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan. O sea, se debe realizar por ésta la actividad en provecho de quien le realiza el encargo o encomienda. El requisito de que el ente instrumental realice con la entidad que lo controla la parte esencial de su actividad económica es ciertamente coherente si se considera que todo el concepto gira en torno a la falta de autonomía contractual de dicho ente controlado. En efecto, si la exención del ámbito de la contratación pública se basa en que el contrato *in house* no es sino una forma de autoprovisión por parte de la entidad adjudicadora, tal exención pierde su sentido si el ente instrumental se dedica a proveer también a otros operadores públicos y privados como cualquier otro agente del mercado. Dicho de otro modo, esta actuación revelaría que ese ente es algo más que un medio propio con personalidad diferenciada por lo que deberían aplicarse las Directivas Comunitarias.

En conclusión, esta jurisprudencia nos advierte que, cuando concurren estos tres requisitos podrá admitirse la hipótesis de que no existe relación contractual entre ambos entes, en la medida en que no existe el elemento esencial del contrato, como es la libre confluencia de dos voluntades diferenciadas que persiguen la satisfacción de intereses jurídicos y económicos distintos (en la práctica supone que no hay contrato). Y ello se justificaría entendiendo que en tales casos nos encontramos ante una fórmula de organización o gestión, al modo de la encomienda de gestión administrativa, en la que las entidades adjudicadoras utilizan medios propios,

aunque dotados de personalidad jurídica propia, para satisfacer sus necesidades, en lugar de acudir al mercado. Se trata de una opción de naturaleza organizativa en las que el ente instrumental no puede negarse a aceptar el encargo ya que el reconocimiento de personalidad jurídica lo es sólo a efectos auxiliares o instrumentales, sin que en modo alguno ostenten condición de tercero.

En definitiva, admitiendo como conforme al derecho comunitario esta técnica de los servicios *in house*, debe reseñarse que constituye una excepción (como advierte la reciente STJCE de 11 de mayo de 2006). En consecuencia, esta técnica requiere una interpretación estricta y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella.

Cuarta. De la consideración de poder adjudicador de todo medio propio

En todo caso, y admitida la posibilidad de que una empresa o ente con personalidad propia pueda recibir encargos o encomiendas directas por parte de la Administración matriz, sin que estos se sometan, por tanto, a las reglas de contratación pública (que deberían sustanciarse mediante ordenes, instrucciones o protocolos y no mediante convenios, pues la naturaleza de estos parece exigir libertad de decisión de ambas partes, lo que no sucede, como hemos visto, en los encargos a medios propios) debe llamarse la atención que el ente encargado deberá aplicar las normas de contratación pública al concurrir en él las notas que permiten calificarlo como poder adjudicador al tener personalidad propia, a realizar actividad de interés general y estar controlados por una Administración. Es decir, la utilización de los servicios *in house providing* no pueden servir como mecanismo de escape de las reglas de contratación pública pues se concibe como una especialidad

organizativa pensada exclusivamente para obtener una mayor eficacia. Obviamente, puede suponer una alteración del régimen jurídico del contrato, lo que jurídicamente es correcto.

En todo caso, conviene recordar que por aplicación del Tratado de la Comunidad Europea resulta que las administraciones nacionales no pueden encomendar

encargos a una persona jurídica que actúa como servicio propio instrumental para el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras, cuando dichos encargos no están relacionados con las responsabilidades públicas de dichas administraciones, o cuando la realización de estos encargos no está comprendida dentro de las tareas estatutarias y legales de la persona jurídica de que se trate. Sólo se permite una excepción cuando tal encargo está justificado por motivos objetivos, como catástrofes naturales o circunstancias extraordinarias similares.

Quinta. Alcance del artículo 3 de la LCAP al regular los encargos a entes instrumentales propios: sobre la posibilidad de considerar a TRAGSA como medio propio por la Comunidad Autónoma de Aragón

Para dar adecuada respuesta a la pregunta de este Informe procede examinar la solución adoptada al respecto por el legislador estatal. Pues bien, para adaptarse a la jurisprudencia citada el artículo 3 de la LCAP ha sufrido una nueva redacción tras la aprobación de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, a través de cuya Disposición final cuarta se modifica, entre otros, el párrafo l) apartado I del artículo 3 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que queda redactado del siguiente modo:

“l) Las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan”.

Se constata que la vigente redacción incluye los requisitos ya detallados (exigidos por el Derecho comunitario) para considerar adecuada al ordenamiento jurídico la encomienda o encargo de una prestación a un medio propio. De la lectura de dicho precepto, interpretado conforme a la jurisprudencia del TJCE descrita en anteriores epígrafes (incluida la STJCE 8 de mayo de 2003, que considera en un asunto de FEOGA a TRAGSA medio propio del Estado, pero que no examina este alcance para las Comunidades Autónomas) se obtendrá la respuesta a la cuestión solicitada en este Informe.

Resulta evidente que se cumple el requisito de participación pública de TRAGSA, sociedad estatal participada mayoritariamente por el Estado y muy minoritariamente por alguna Comunidad Autónoma (aunque no la de Aragón).

El segundo requisito es el del control análogo. La Ley estatal que regula TRAGSA (artículo 88 Ley 66/1997) considera que ésta es medio propio del Estado y de las Comunidades Autónomas. Pues bien, esta Ley, anterior a la jurisprudencia del TJCE no puede servir de respaldo suficiente para entender que TRAGSA es medio propio de una Comunidad Autónoma y que para que así fuera deberían concurrir las notas que ahora exige el artículo 3 LCAP. Es decir, en modo alguno resulta posible defender que TRAGSA puede ser medio propio de una Comunidad Autónoma aunque se afirmase así por norma legal si no se cumplieran los requisitos afirmados en la jurisprudencia comunitaria.

Por tanto, para responder a la consulta formulada, esta Junta debe hacer el ejercicio de aplicar los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria a los que se ha hecho referencia en este informe (hoy recogidos en el artículo 3 del TRLCAP) al caso concreto de TRAGSA, para determinar si, respecto de la Comunidad Autónoma de Aragón, los encargos a la referida empresa pública estatal deben ser considerados encargos a un ente propio (técnica del *in house providing*) o no.

Así, debemos preguntarnos si la Comunidad Autónoma ostenta sobre TRAGSA un control análogo al que ejerce sobre su propia estructura administrativa. Como argumentos a favor, hemos de considerar que, de acuerdo con su normativa reguladora, los trabajos que le encomienda la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, o las entidades locales aragonesas, deben ser ejecutados obligatoriamente por TRAGSA, la cual por su ejecución solamente tendrá derecho a ser resarcida por el importe de los costes en que realmente hubiera incurrido, de acuerdo con las tarifas aprobadas por las Administraciones Públicas españolas que pueden ordenarle la ejecución de obras, servicios y suministros. Hasta aquí, se puede afirmar que las relaciones de TRAGSA con la Administración Pública aragonesa se basan en la falta absoluta de autonomía de voluntad de TRAGSA, posicionándose la Comunidad Autónoma en una situación de control total y efectivo sobre aquella. Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta que TRAGSA no puede participar (por prohibición legal expresa) en los procedimientos de adjudicación de contratos convocados por la Administración aragonesa y el hecho, ya destacado, de que su contraprestación se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes, que deberán ser objeto de aprobación por la Administración aragonesa.

Dicho lo anterior, por el contrario, debe señalarse que ninguna norma autonómica recoge de forma expresa reglas de control de la Comunidad

Autónoma sobre TRAGSA. Por razones obvias de índole histórica, la Comunidad Autónoma de Aragón no pudo concurrir, en el momento de la constitución de TRAGSA, a la voluntad creadora del medio instrumental, ni en ningún momento posterior la ha declarado medio propio en instrumentos legales o reglamentarios de naturaleza organizativa, aunque si le ha reconocido a la entidad mercantil tal carácter en instrumentos de naturaleza convencional. En este punto, esta Junta no puede tomar en consideración la declaración de TRAGSA como medio propio de la Comunidad Autónoma de Aragón efectuada por la legislación estatal, puesto que el Estado carece de título competencial en materia de organización administrativa de la Comunidad Autónoma. Con estos antecedentes, no parece posible afirmar que el criterio de dependencia estructural se cumpla en este caso.

En segundo lugar, en cuanto a la titularidad del ente instrumental (aún a sabiendas de que este criterio no es determinante para concluir que existe control análogo) TRAGSA pertenece mayoritariamente a la Administración del Estado y, en un porcentaje mínimo, a seis Comunidades Autónomas españolas, cuya participación en el capital no les da el control efectivo y determinante de la sociedad. En todo caso, es claro que la Comunidad Autónoma de Aragón no participa en el capital ni, en consecuencia, en la Junta General de Socios, ni en el Consejo de Administración, ni en los órganos de dirección y control de TRAGSA, por lo que es difícil que se pueda argumentar (aún con la más favorable redacción actual del artículo 3 de la TRLCAP) que la Comunidad Autónoma dispone de un control efectivo sobre TRAGSA y que esta tenga una dependencia estructural, como consecuencia de su no participación en el capital social. El régimen de titularidad determina que la Comunidad Autónoma no tenga una influencia determinante sobre las decisiones estratégicas de la compañía, ni sobre las decisiones importantes que adopta y tampoco es posible que la Comunidad influya en el régimen de funcionamiento de la referida sociedad estatal.

En tercer lugar, la potestad tarifaria se configura en la Ley 66/1997 y, sobre todo en el RD 371/1999, de 8 de marzo, como una potestad compartida por todas las Administraciones Públicas españolas, de las que la normativa estatal predica que TRAGSA es medio propio, y, en abstracto, la formula demuestra una gran sensibilidad con la autonomía de cada Administración, al prever que todas participarán en la elaboración de las tarifas y que cada una de ellas las aprobará por sus órganos de gobierno correspondientes. Sin embargo, y frente a estas previsiones, los órganos correspondientes de la Comunidad Autónoma de Aragón no han aprobado en ningún momento las tarifas aplicables a los encargos.

Sexta. De la instrumentación de los encargos y la aplicación del 152 LCAP.

Como última cuestión planteada por la Intervención conviene dar respuesta a como se instrumentan estos encargos a los medios propios y, más concretamente, si es o no de aplicación la LCAP y su Reglamento en los preceptos que regulan la ejecución de obras y fabricación de bienes por la propia Administración.

En el fondo, se está consultando sobre si es necesario que las entidades receptoras de la encomienda tengan medios suficientes para realizar la actividad encomendada. Esta Junta entiende que, puesto que este requisito no se establece ni por la jurisprudencia comunitaria, ni por el artículo 3 de la LCAP, ni por la Disposición Adicional Decimotercera del Texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma, no procede su exigencia, salvo que la normativa específica de creación o reguladora de la entidad encomendada así lo disponga (como, por cierto, es el caso de TRAGSA que tiene limitada su facultad para recurrir a empresarios colaboradores). Para los supuestos en que la normativa específica no lo prevea, no cabe imponer

limitación alguna a la posibilidad de contratar con terceros, como expresamente se desprende de la sentencia del TJCE de 11 de mayo de 2003

CONCLUSIONES

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

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

Tercera. La especificidad de la técnica de los contratos *in house providing* tienen un fundamento normativo propio, que lleva a entender que no es de aplicación directa las normas que la LCAP y el Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas establecen para la ejecución de obras y fabricación de bienes por la propia Administración -salvo que este creado con dicha finalidad y pueda por sí solo hacer efectivo el encargo- pues se trata de técnicas jurídicas con distinto fundamento y, por ende, con regímenes jurídicos distintos.

Cuarta. Los Entes que tuvieran la consideración de medio de la Comunidad Autónoma y reciban un encargo -que necesariamente deben aceptar- y tengan que acudir al mercado para hacerlo efectivo, tendrán la consideración de poderes adjudicadores y deberán aplicar las previsiones procedimentales contenidas en el artículo 2 de la LCAP.

Informe 1/2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 8 de marzo de 2007.