

## LA CONTRATACIÓN DOMÉSTICA (IN HOUSE PROVIDING) EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

ADOLFO MENÉNDEZ MENÉNDEZ  
Abogado (\*)

### 1 · INTRODUCCIÓN

El Derecho de la contratación pública está sufriendo entre nosotros una transformación operada básicamente por dos textos: (i) la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, la «LCSP») y (ii) la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante, la «LSE»).

El conjunto de la reforma, que aún está en marcha (acaba de conocerse recientemente el primer borrador del futuro desarrollo reglamentario de la LCSP), ha sido objeto de críticas doctrinales, y no puede decirse, a nuestro juicio, que contenga novedades sustantivas en relación con los precedentes dogmáticos y normativos en la materia. Se nos antoja en ese sentido como una oportunidad perdida. Sin embargo, sí contiene, como corresponde a un esfuerzo normativo de esa envergadura, precisiones en el régimen jurídico de algunos aspectos concretos que es menester destacar. Uno de esos aspectos es la llamada contratación doméstica (*in house providing*, en su expresión inglesa)

Nos referimos, naturalmente, al empleo por parte de las Administraciones públicas de entidades instrumentales a las que se encomienda de manera directa la realización de determinadas actividades que serían propias de los contratos del sector público, esto es, básicamente obras, servicios o suministros. Si bien este tipo de encargos no constituyen una novedad, sí resulta novedosa la proliferación, cada vez más acusada, de entidades instrumentales al servicio de la Administración, y el incremento en consecuencia de los encargos hechos a aquéllas que cabrían dentro de lo que llamamos contratación doméstica; así como el incremento de la beligerancia social desde los presupuestos de la libre competencia frente a esta intrusión en un campo de actividad que se considera propio de empresas privadas compitiendo, en igualdad de condiciones, en pública y transparente licitación.

La encomienda directa de encargos a entes instrumentales de la Administración permite, en principio, orillar el régimen derivado de las Directivas comunitarias y de las normas estatales de contratación pública. De este modo, la adjudicación de los referidos encargos, en forma de contratos, se realiza al margen de los mecanismos concursionales establecidos en la normativa comunitaria y nacional de contratación pública, al entenderse que esos contratos no salen de la esfera jurídica de la Administración, a diferencia de lo que ocurre con los contratos que se adjudican a empresas privadas.

A nadie se le escapa la tensión entre esta realidad y el régimen aplicable a la contratación pública, detrás del cual subyace, además de un ánimo de igualdad y de transparencia en la gestión de lo público, una evidente finalidad de aseguramiento y garantía de la libre competencia en el mercado.

(\*) Del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid).

Como señalan SOSA WAGNER Y FUERTES LÓPEZ, las Administraciones disponen desde antiguo de la posibilidad de crear sociedades y otros instrumentos personificados a su servicio, y han dispuesto de ellas sin mayores problemas. Sin embargo, de forma paralela a esta realidad ha crecido de manera relevante el derecho de la competencia, esto es, el conjunto de reglas que tratan de garantizarla en el mercado libre. Es por ello por lo que, como razonan los citados autores, «[l]o que se ha visto con normalidad a lo largo de muchos años, ahora se contempla bajo la lupa de esa nueva rama del ordenamiento. Lupa que es de gran aumento»<sup>1</sup>. Esta lupa de gran aumento, a la que WAGNER Y FUERTES LÓPEZ se refieren, ha servido para que los órganos jurisdiccionales comunitarios fiscalizasen en diversas ocasiones la situación en nuestro país, que no siempre ha salido bien parado.

## 2 · ANTECEDENTES DE LA CONTRATACIÓN DOMÉSTICA (IN HOUSE PROVIDING)

La legislación española de contratos ha admitido tradicionalmente que la Administración realizase por sus propios medios obras, servicios o suministros, en lugar de recurrir a las conocidas como «contratas». Buena parte de la doctrina ha considerado que el recurso a entidades instrumentales para la ejecución de actividades administrativas no es sino una manifestación más del principio de autoorganización de las Administraciones públicas en la búsqueda de la máxima eficiencia en el servicio público. Afirma, por ejemplo, REBOLLO PUIG para quien es «una conclusión de sentido común» que «la Administración no está obligada a contratar lo que puede hacer por sus propios medios, aunque estos medios estén personificados»<sup>2</sup>.

Sin embargo, ante la imposición general en las Directivas comunitarias sobre contratación pública del criterio de sujeción de los contratos públicos a la concurrencia competitiva para seleccionar al contratista, muchos empresarios privados comenzaron a recurrir ante los órganos jurisdiccionales internos y comunitarios los negocios o «encargos» adjudicados directamente a los organismos o sociedades dependientes de la Administración pública,

entendiendo que esos encargos, pretendidamente internos de la Administración, vulneraban las normas de la contratación pública y actuaban como una verdadera trampa por la que se colaban contratos que deberían haber sido objeto de pública licitación.

Así, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, el «TJCE») empezó a conocer de este tipo de litigios. Su jurisprudencia ha evolucionado notablemente desde un punto de partida que puede denominarse como «permisivo» en sus primeros pronunciamientos, toda vez que se aceptaba sin mayor debate la exclusión de la aplicación de las Directivas de contratación pública a los negocios o encargos realizados entre la Administración y sus sociedades, hasta la postura actual, en la que la condición de medio propio de una entidad que permite soslayar las reglas generales de concurrencia pública y transparente, ha quedado sujeta a específicos condicionantes.

Puede afirmarse que las exigencias esenciales de la jurisprudencia del TJCE en torno a la contratación doméstica aparecen más o menos estables desde la denominada Sentencia *Teckal*, de 18 de noviembre de 1999. Estas exigencias, que fueron incorporadas al ordenamiento jurídico positivo, en buena medida, por la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (en adelante, la «Directiva 2004/18/CE»), han sido recogidas con mayor o menor fortuna en nuestro ordenamiento jurídico, en parte en el ya derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000 (en adelante, el «TRLCAP») y, especialmente, en la reciente LCSP.

## 3 · JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y ACTUAL RÉGIMEN POSITIVO DE LA CONTRATACIÓN DOMÉSTICA

### 3.1 · Los requisitos establecidos por la jurisprudencia comunitaria para la contratación «in House» y su reflejo en la jurisprudencia interna

Puede afirmarse que la Directiva 2004/18/CE no hace sino recoger las exigencias que respecto de la contratación «in house» había venido estableciendo la jurisprudencia del TJCE. Tributaria de la Directiva, como manifiesta expresa y enfáticamente su exposi-

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

<sup>2</sup> REBOLLO PUIG, M., «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», *Revista de Administración Pública*, núm. 161 (mayo-agosto 2003), pág. 366.

ción de motivos<sup>3</sup>, la vigente LCSP sigue idéntico camino, incluso, como se verá, yendo más allá que la propia Directiva.

Como se ha señalado, la doctrina emanada de las sentencias del TJCE resulta pues primordial para entender los límites actuales a la utilización de medios propios por parte de las Administraciones de los Estados miembros. Es precisamente esta jurisprudencia la que ha venido estableciendo la progresiva restricción del uso de dichos medios, entendidos como excepción a los procedimientos ordinarios de licitación y adjudicación de contratos por parte de las Administraciones, hasta llegar a los criterios actualmente aplicables, que son los que recoge la nueva LCSP, básicamente en sus artículos 4.1.n) y 24.6.

Las dos primeras sentencias relevantes en relación con esta cuestión son la de 10 de noviembre de 1998 (asunto c-360/96, *BFI Holding* –TJCE 268–) y, sobre todo, la ya citada *sentencia del TJCE de 18 de noviembre de 1999* (asunto c-107/98, *Teckal* –TJCE 270). En este último caso, ante la cuestión prejudicial planteada, el TJCE resuelve que no es preciso acudir a procedimientos de contratación públicos cuando:

*«... 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»*

Desde esta sentencia, las dos condiciones en ella señaladas —conocidas como «condiciones *Teckal*»<sup>4</sup>— vienen sirviendo como parámetro para determinar en cada caso si estamos ante un contrato doméstico o «*in house providing*» y, por lo tanto, si se puede acordar la prestación directamente (sin ajustarse a procedimientos de licitación pública) entre una Administración y su medio propio. Las dos condi-

ciones *Teckal* son (i) que la Administración pública ejerza sobre el ente de que se trate un «control análogo» al que ejerce sobre los propios servicios; y (ii) que dicha entidad (medio propio) realice «la parte esencial de su actividad» con el ente o los entes que la controlan.

Resulta necesario destacar, dentro de la jurisprudencia comunitaria, por tratarse de una de las más recientes y dado que se refiere a una empresa española, la sentencia en la que el TJCE ha analizado si estas dos condiciones concurrían en la Empresa de Transformación Agraria, S.A. («TRAGSA»).

En este supuesto, el TJCE se pronuncia con motivo de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español en el marco de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Nacional de Empresas Forestales. Este recurso fue interpuesto contra una resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia por la que se desestima una denuncia sobre posibles prácticas contrarias a la competencia en el mercado español de obras, servicios y proyectos forestales con abuso de posición de dominio al operar TRAGSA sin seguir los procedimientos previstos en la normativa sobre contratación pública.

En este asunto, el Tribunal reconoce a TRAGSA la condición de «medio propio» de las Administraciones públicas (sentencia del TJCE de 19 de abril de 2007, asunto c-295/05 —TJCE 85—), lo que le permitiría ejecutar prestaciones para su Administración matriz sin necesidad de someterse a los procedimientos propios de la contratación pública. Concretamente, el TJCE ha considerado que esta empresa pública puede actuar para tales Administraciones sin sujetarse al régimen establecido por la normativa comunitaria de contratación pública porque:

(i) las Administraciones intervinientes en TRAGSA ejercen sobre ésta un control análogo al que existe con los servicios propios toda vez que el capital social de TRAGSA es enteramente público (el 99% pertenece al Estado español, y el 1% restante a cuatro Comunidades Autónomas), y TRAGSA está obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos, incluidas las Comunidades Autónomas, sin posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones.

(ii) TRAGSA realiza la parte esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la controlan, ya que realiza por término medio más del 55% de su actividad con

<sup>3</sup> «I...Esta Ley de Contratos del Sector Público también ha encontrado en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento una nueva disposición comunitaria en la materia [se refiere a la Directiva 2004/18/CE] el impulso primordial para su elaboración...IV...4...Además, y desde un punto de vista formal, se ha aprovechado para incorporar a nuestra legislación la terminología comunitaria de la contratación, con el fin de facilitar, ya desde el plano semántico, la interoperabilidad con los sistemas europeos de contratación...» (Exposición de motivos de la LCSP)

<sup>4</sup> ARIMANY LAMOGLIA, E., «La apertura al mercado de los encargos de ejecución de obras de urbanización conferidos directamente a sociedades del sector público (Crónica del caso «Centro de Ocio de la ciudad de Roanne»», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 133, págs. 65 a 88.

las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35% con el Estado.

Quizás sea relevante destacar que, en este caso, el TJCE no ha encontrado inconveniente en calificar a TRAGSA como medio propio, a pesar de hallarse ésta participada por más de una Administración pública. De un lado, porque se respeta el criterio de que el capital sea íntegramente público. De otro, porque incluso las Administraciones con menor participación en TRAGSA pueden disponer de ella de modo análogo a como hacen con sus servicios propios.

Este asunto ha sido ya ventilado por el propio Tribunal Supremo español, en su sentencia de 30 de enero de 2008, en la que el alto Tribunal, en la línea fijada por la sentencia del TJCE anteriormente referida, afirma en el fundamento jurídico cuarto que:

*«[...] desde el punto de vista del derecho interno, el hecho de que el régimen jurídico de TRAGSA esté configurado por la referida Ley 66/1997 y expresamente contemplado por la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 153)— «ratione temporis» no es aplicable la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (vid. su Disposición final duodécima sobre entrada en vigor) cuya Disposición adicional trigésima establece el «Régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA), y de sus filiales»— hace que debemos partir de la conformidad a derecho de la inaplicación a TRAGSA y sus filiales de la regulación ordinaria sobre contratación pública, salvo que entendiésemos que dicho régimen es contrario a la Constitución o al derecho comunitario. En cuanto a la hipotética inconstitucionalidad del régimen de TRAGSA, es una cuestión que no se plantea en el primer motivo, sino en el tercero y la examinamos más adelante. En cuanto a la compatibilidad de dicho régimen con el derecho comunitario, queda expresa y claramente establecida por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2007 (párrafos 53 y ss., reproducidos más arriba).»*

El Tribunal Supremo asume, por tanto, el razonamiento realizado por el TJCE en cuanto a la adecuación del régimen jurídico de TRAGSA al Derecho comunitario sobre contratación pública. Es de destacar, no obstante, que esta decisión contó con el voto particular de dos de los magistrados de la Sala sentenciadora. En concreto, en el voto particular del magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona se cuestiona la conveniencia del régimen jurídico de TRAGSA al afirmar que:

*«El debido acatamiento a la interpretación de las normas comunitarias sobre contratación pública que hace la sentencia de 19 de abril de 2007 no impide, sin embargo, expresar las inquietudes que suscita. Pues si cualquier empresa pública (y ahora también sus filiales) puede ser considerada como un medio instrumental y servicio técnico propio de cualesquiera de las administraciones públicas que posean en ella una participación ínfima y meramente simbólica, el requisito del «control análogo al que ejerzan sobre sus propios servicios» (primer «criterio Teckal») queda indudablemente devaluado.*

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

Otra reciente decisión, relativa también a un caso español, es la sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 2007 (asunto C-220/06, TJCE —386— Correos). Esta sentencia trae causa de una decisión prejudicial solicitada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, a raíz del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia contra un convenio de colaboración celebrado entre el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte español y la sociedad estatal Correos y Telégrafos, S.A., en cuya virtud se encomendaba a esta última la prestación de servicios postales sin previa licitación pública.

En esta sentencia se señala que, respecto de los servicios postales que no están legalmente reservados al Estado con arreglo a la Directiva 97/67/CE, de 15 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las normas comunes para el desarrollo del marco interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, no se cumple con los requisitos jurisprudencialmente exigidos para considerarse que se está en

presencia de una modalidad de contratación «in house». En efecto, el TJCE señala que:

*«59 Sin que resulte necesario analizar con mayor detenimiento la cuestión de si se cumple el primero de los dos requisitos mencionados en el apartado anterior, basta con declarar que en el litigio principal no se cumple el segundo requisito. En efecto, consta que Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal en España, no realiza la parte esencial de su actividad con el Ministerio ni con la Administración Pública en general, sino que dicha sociedad presta servicios postales a un número indeterminado de clientes del referido servicio postal.»*

#### 4 · LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DOMÉSTICA EN LA RECIENTE LCSP

La ya reiteradamente citada LCSP, que entró en vigor a partir del pasado mes de mayo, introduce una regulación más completa que el anterior TRLCAP en cuanto al empleo, por parte de las Administraciones públicas, de personas interpuestas como si de sus medios propios se tratase.

Conforme a lo establecido en el artículo 4.1.n) de la LCSP, están excluidos del ámbito de aplicación de dicha ley «Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6 tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación». No obstante, precisa este precepto, «los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174».

Los requisitos que las entidades con personalidad jurídica diferenciada deben reunir para que puedan ser consideradas como medios propios de la Administración se regulan en el artículo 24.6 de la LCSP, que ha introducido en nuestro Derecho positivo, como queda dicho, las exigencias construidas en la jurisprudencia comunitaria al respecto. En este sentido, este precepto establece que «los entes, organismos y entidades del sector público» podrán ser consi-

derados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores «para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios.» Además, si esos entes revisten la forma de sociedades mercantiles «la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública».

Pero este artículo va más allá de la mera inclusión de los requisitos jurisprudenciales aplicables a los medios propios, para positivizar los criterios orientativos que la jurisprudencia comunitaria ha ido elaborando para determinar cuándo se cumplen los citados requisitos. Así, señala este artículo que en todo caso «se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan».

Además, se exige que en la norma que cree los entes de que se trate, o en su estatutos, figure de manera expresa su condición de medio propio y servicio técnico de la Administración, y se determine respecto de qué entidades tiene esta condición. También habrá de regularse el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, así como la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas, cuando no concorra ningún licitador.

Así pues, y por lo que respecta a las sociedades mercantiles, desde el punto de vista del Derecho positivo vigente a partir del 30 de abril de 2008, son tres los requisitos establecidos para que puedan ser consideradas como medio propio de un poder adjudicador (las condiciones Teckal, ya mencionadas, a la que se añade una tercera):

(i) *La totalidad del capital social ha de ser de titularidad pública.*

Con esta previsión se continúa en la línea abierta por el artículo 3.1.l) del TRLCAP de dejar fuera del concepto jurídico de «medio propio» a las sociedades de capital mixto, para limitarlo únicamente a aquellas sociedades enteramente en manos públicas, sin que, a tenor de lo estableci-

do por el TJCE en la «doctrina TRAGSA», parezca que sea un obstáculo que el capital se halle en posesión de una única Administración o de varias.

Esta exigencia había sido expresamente reconocida por la jurisprudencia del TJCE, por ejemplo y entre otras muchas, en la sentencia de 11 de enero de 2005 (Asunto c-26/03, Stadt Halle—TJCE 1), en la que se señala que:

«[...] la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participaba asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.»

(ii) La Administración pública ha de ejercer un «control análogo» al que existe sobre sus propios servicios.

Este segundo requisito, considerado como el «primer criterio Teckal» consiste en el ejercicio de un control por parte de la Administración sobre la sociedad mercantil en cuestión análogo al ejercido sobre sus propios servicios, lo que, según la más reciente jurisprudencia se traduce en el ejercicio de una «influencia potencialmente determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la sociedad».

Como señala el TJCE en su sentencia de 13 de octubre de 2005 (Asunto c-458/03, Parking Brixen):

«64 Procede examinar, en primer lugar, si la autoridad pública concedente ejerce sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

65 Dicha apreciación debe tener en cuenta el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. Del referido examen, ha de resultar que la entidad concesionaria en cuestión está sometida a un control que permita a la autoridad pública influir en sus decisiones. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes.»

Esta influencia determinante pasa, entre otros criterios, por que la Administración posea el 100% del capital de la sociedad instrumental (Sentencia del TJCE de 11 de mayo de 2006 —Asunto c-340/04, Carbotermo); por que la

Administración controladora tenga facultades para impartir instrucciones a la entidad encomendada y para ejercer labores de vigilancia (conclusiones del Abogado General Stix-Hackl de 12 de enero de 2006 —Asunto c-340/04, Carbotermo); o por que la entidad instrumental esté obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos y no tenga la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones (Sentencia del TJCE de 19 de abril de 2007 —Asunto c-295/05-TJCE 85— Tragsa). Como se ha señalado, estos dos últimos criterios orientativos han sido recogidos en el artículo 26 de la LCSP.

(iii) Finalmente, la entidad instrumental debe realizar «la parte esencial de su actividad» con el ente o entes que la controlan.

Ciertamente, ni la jurisprudencia comunitaria, ni la jurisprudencia interna han determinado de manera más o menos precisa cuándo puede considerarse que una sociedad desempeña la parte esencial de su actividad para un ente público. A este respecto, en la repetida sentencia del TJCE de 19 de abril 2007 (Asunto c-295/05,-TJCE 85-Tragsa) señala el Tribunal que:

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

Por tanto, el TJCE da a entender que cuando un porcentaje significativamente amplio de la actividad de la sociedad sea realizado para los entes públicos que la controlan (en el caso de TRAGSA se trataba del 90% de la actividad) podrá considerarse que realiza lo esencial de su actividad con dichos entes. El propio TJCE ha apuntado algunos criterios que pueden tenerse en cuenta para considerar cuándo un porcentaje esencial de la actividad de la empresa se desarrolla para la entidad que la controla. Así, en la ya citada sentencia del TJCE de 11 de mayo de 2006 (Asunto c-340/04, Carbotermo), se apunta que con independencia de que quien sea el pagador del ente instrumental, a los efectos de su consideración como medio propio :

«65 el volumen de negocios determinante es el que la empresa en cuestión realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el ente territorial

que la controla, incluido el realizado con los usuarios en ejecución de tales decisiones.

66 En efecto, las actividades de la empresa adjudicataria que procede tomar en consideración son todas las que dicha empresa realiza en el marco de una adjudicación efectuada por el poder adjudicador, y ello con independencia de la identidad del beneficiario, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios.

67 Carece de importancia la cuestión de quién remunera a la mencionada empresa»

## 5 · EL CASO CONCRETO DE TRAGSA

Resulta conveniente, junto con lo anterior, hacer una breve mención a la regulación concreta que se contiene en la disposición adicional trigésima de la LCSP respecto de TRAGSA como medio propio de la Administración. Entre otras previsiones relevantes, en esta disposición adicional se reconoce expresamente que «TRAGSA y sus filiales [...] tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, estando obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que éstos les encomienden [...]».

De este modo, se apuntala en esta disposición adicional que «las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encomiendas de gestión de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado.» Reconociéndose que «el capital social de TRAGSA será íntegramente de titularidad pública».

En línea con el resto de exigencias legales y jurisprudenciales, se destaca en la disposición adicional estudiada que «las sociedades del grupo TRAGSA no podrán participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por los poderes adjudicadores de los que sea medio propio. No obstante, cuando no concorra ningún licitador podrá encargarse a estas sociedades la ejecución de la actividad objeto de licitación pública», para concluir señalando que «la elaboración y aprobación de las tarifas se realizará por las Administraciones de las que el grupo es medio propio instrumental, con arreglo al procedimiento establecido reglamentariamente.»

En resumen, de cuanto se ha expuesto se puede colegir que la regulación establecida en la LCSP,

cuyos antecedentes legales y jurisprudenciales se han analizado someramente, viene a responder a los siguientes rasgos:

(i) Reconoce la existencia de un régimen especial, al margen en principio de lo dispuesto en la propia ley, para los negocios jurídicos que consistan en encargar a una entidad, que tenga la condición de medio propio o servicio técnico de la Administración que realiza el encargo, determinadas prestaciones.

(ii) Establece, en segundo término, cuándo los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios o servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores que eventualmente les hagan un encargo. Interesa destacar ahora que, además del cumplimiento de los requisitos materiales establecidos en la ley, la norma que cree estos organismos o sus estatutos deben establecer dicha condición para ellos, con un contenido mínimo de determinaciones que implica, hasta cierto punto, un cierto poder dispositivo sobre la materia.

(iii) En tercer y último lugar se contiene un régimen específico para TRAGSA, como caso concreto en el que se aplica la ley general derivada de los artículos 4.1.n) y 24.6. La regulación de TRAGSA tiene, a la luz de la recientísima jurisprudencia, tanto del TS como del TJCE, un valor interpretativo tanto desde el punto de vista histórico, sistemático y finalista (ex artículo 3.1 del Código Civil) como analógico (ex artículo 4.1 de la misma norma) nada despreciable.

## 6 · CONCLUSIONES

En el marco de una economía de libre mercado como la nuestra resulta tan difícil como fundamental establecer un correcto equilibrio entre la libre competencia y la exigencia de transparencia en el ámbito de la contratación pública, de un lado, y la necesidad de contar con una Administración pública estructurada y eficaz, que sea capaz de desarrollar por sus propios medios aquellos cometidos en los que se muestre con mayor intensidad la presencia del interés general.

Es claro que, como apuntan SOSA WAGNER y FUERTES LÓPEZ<sup>5</sup> detrás de una cuestión aparentemente técnica

<sup>5</sup> SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., «¿Pueden los contratos quedar en casa?, op. cit.

ca «nos topamos con otra de dimensión política» en la que existe una latente controversia entre la opción de patrocinar «una Administración que sea capaz de dotarse de instrumentos con los que satisfacer necesidades colectivas en ámbitos diversos y trascendentes» o patrocinar «una Administración que se ha de limitar prácticamente a fijar, a través de sus normas, las reglas del juego económico y social y a garantizar la libertad de los empresarios y el respeto de la competencia entre ellos».

Posiblemente, las nuevas normativas comunitaria y española sobre contratación pública pretendan alcanzar un equilibrio entre las dos posturas aparentemente antitéticas antes mencionadas. Este equilibrio pasa, sin duda, por garantizar que la Administración pueda realizar por sí misma aquellas funciones que lo sean de interés general,

con escrupuloso respeto por la libertad empresarial y la libre competencia cuando decida externalizar esas funciones de interés general o cuando considere conveniente la ejecución privada de aquellas otras tareas en las que, sin perder su matiz público, el interés general aparece más difuminado.

Encontrar este equilibrio parece factible a través de la recta aplicación de las previsiones que al respecto incorpora la nueva Ley de contratos del sector público, recta aplicación que es hoy, a la vista de la actual coyuntura económica, más necesaria que nunca. En todo caso, no constituye un vaticinio arriesgado el señalar que, a la vista de los antecedentes y de los intereses en juego, la función no ha hecho más que empezar y la nueva regulación dista de ser la última frontera en esta materia.