

Problemas actuales de la Administración Municipal desde la perspectiva del derecho comunitario: incidencia en la organización administrativa de las normas de contratación Pública¹

José María Gimeno Feliú
Prof. Titular Derecho Administrativo.
Facultad de Derecho Zaragoza

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. LA UNIÓN EUROPEA COMO INSTRUMENTO DE UNIFORMIZACIÓN JURÍDICA-ADMINISTRATIVA. II.- UN EJEMPLO CONCRETO DE INCIDENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL Y SU ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA A TRAVÉS DE LA NORMATIVA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1.- LOS ENCARGOS A ENTES INSTRUMENTALES PROPIOS COMO MODALIDAD ORGANIZATIVA: LÍMITES. A) El origen de los denominados servicios *in house providing*. B) Alcance y significado de la STJCE de 19 de abril de 2007 (ASENFO vs-TRAGSA). 2.- LA DELIMITACIÓN DE LA FIGURA DE LOS CONVENIOS. III.- LA DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO DE SERVICIOS Y CONTRATO DE “CONCESIÓN DE SERVICIOS”. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN. LA UNIÓN EUROPEA COMO INSTRUMENTO DE UNIFORMIZACIÓN JURÍDICA-ADMINISTRATIVA²

Sin duda, la Administración municipal afronta importan retos en pleno siglo XXI. La globalización de la economía, la mejora de infraestructuras y ac-

¹ Ponencia en 8º COLOQUIO LUSO-ESPAÑOL PROFESORES DERECHO ADMINISTRATIVO “ PROBLEMAS ACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL”, Braga, Portugal, 5-6 diciembre de 2008.

² Este trabajo se enmarca dentro de las actividades del Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia sobre «*La nueva normativa de contratación pública como mecanismo para la reforma de la Administración Pública y la consecución de políticas públicas (sociales y medioambientales)*», Ref. SEJ2006-13188/JURI.

ceso a la información, la implantación progresiva de las TICs en la gestión administrativa son referentes que nos obligan a modular paradigmas tradicionales. Pero en este proceso de cambio, sin duda, debe destacarse las consecuencias prácticas derivadas de la incorporación de nuestros Estados a la Unión Europea, cuyas reglas de funcionamiento han penetrado, por supuesto, en la organización y gestión de los municipios. De ahí al importancia de valorar y reflexionar sobre este nuevo “condicionante” que implica una profunda transformación de cuestiones e instituciones básicas del Derecho Administrativo.

El proceso de incorporación de los distintos Estados a la Unión Europea ha de tener repercusiones importante en la reconfiguración de los contornos y principios del Derecho Administrativo en cuanto supone una mutación fundamental de los Estados y de sus estructuras organizativas internas, más allá de lo que alcanzan a expresar los textos constitucionales que han necesitado, incluso, modificaciones parciales³. Esta uniformidad resulta obligada si se atiende a la evolución de los agentes sociales, sobre todo de los económicos, convertidos en organizaciones transnacionales que gestionan importantes recursos económicos (superiores, en ocasiones, a los presupuestos de los propios Estados), que cuestiona la capacidad de dirección, control y respuesta de las Administraciones públicas nacionales, de tal manera que la realidad económica se impone a la política, y son estas organizaciones económicas (en múltiples ocasiones auténticos grupos de presión) las que frecuentemente condicionan la política de los Estados y no a la inversa (como se acaba de constatar que la actual situación de crisis económica mundial).

El proceso de integración al que está actualmente sometido la Comunidad Europea es de indudable trascendencia tanto en el plano socio-económico como político e institucional. Y a potenciar todo lo expuesto ha contribuido la reciente aprobación del Tratado de Lisboa de diciembre de 2007 que reconoce, con carácter general, la actuación del mercado único conforme al «principio de una economía de mercado abierta y competitiva», aunque también solidaria⁴.

³ Sobre las repercusiones e implicaciones de la Unión europea en la configuración de los Estados miembros, véase el reciente libro de S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.

⁴ Como destaca el profesor S. MUÑOZ MACHADO, este precepto fija las bases para las bases de una política económica común, que hace imposible el mantenimiento de los nacionalismos. *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, ob. cit., p. 44 y 51.

No es cuestión de incidir sobre este asunto, en tanto resulta suficientemente conocido. La cuestión importante radica en si este proceso de unificación de importantes instituciones económicas debe ir acompañado de una unificación de los distintos marcos jurídicos de los Estados miembros⁵. Y a nuestro juicio la respuesta debe ser afirmativa y este proceso de “comunitarización” debe alcanzar también a las principales instituciones jurídicas (sobre todo aquellas relacionadas con el entorno económico) en orden a alcanzar un grado suficiente de uniformidad o, al menos, de afinidad sustancial derivada del contenido de su función «ordenadora», que permite neutralizar el efecto distorsionador provocado por la diversificación del factor jurídico estatal o nacional. Se trata, por tanto, no solamente de armonizar las legislaciones, sino de proceder a una uniformización de los distintos ordenamientos jurídico-administrativos nacionales.

El fundamento de este intervencionismo normativo (que se convierte, como se verá, en germen de un Derecho Administrativo europeo) reside en el hecho de que el funcionamiento de un proceso económico basado en el mercado reclama en todo caso la «uniformidad» del fondo normativo en el que se contiene el marco jurídico de ordenación de la actividad de los agentes económicos que en él concurren. Además, dicha necesidad de integración jurídica a través de la categorización de instituciones comunes para todos los Estados miembros –como sucede con la del servicio público– deriva del hecho de que los tradicionales “grandes servicios públicos”, están adquiriendo una dimensión internacional, correspondiendo a la Comunidad la responsabilidad de garantizar el correcto funcionamiento de los mismos, por lo que la Unión Europea debe intervenir unificando dichos sectores a través de la aceptación de instituciones jurídicas con alcance comunitario, como respuesta a esta demanda creciente de «comunitarización» de la actividad económica (entendida en el contexto de globalización económica).

Por lo que hace referencia al Derecho Administrativo, las implicaciones de esta pertenencia a la Comunidad Europea son tales que, ante el grado de uniformización jurídica alcanzada, puede hablarse de un Derecho Adminis-

⁵ La necesidad de estructuras jurídicas compartidas como instrumento de realización del mercado interior pone de relieve la importancia del Derecho como factor de integración. Así lo pone de relieve HERNÁNDEZ GIL en su trabajo «La unificación jurídica europea», Noticias CEE núm. 71, 1990, pp. 13 y ss.

trativo europeo⁶, formado a partir de los principios generales y comunes del Derecho Público de los países miembros⁷.

Como bien destaca el profesor J. SCHWARZE, parece haberse superado la época en la que los ordenamientos jurídico-nacionales se recreaban en el aislamiento internacional⁸. En efecto, en la actualidad los diversos sistemas nacionales de Derecho Administrativo parecen moverse hacia puntos de convergencia comunes, siendo factor decisivo en este proceso de «comunitarización» de las actividades económicas, lo que supone pasar de la mera sumisión del poder al Derecho al campo de los instrumentos jurídicos comunes adecuados para dar respuesta concreta y satisfactoria de la problemática que se plantea en este nuevo contexto⁹. Se trata en rigor, como indica J. BARNES, de la aplicación de un Derecho Administrativo general para la ejecución de un Derecho Administrativo especial (fundamentalmente de naturaleza económica en su origen) de la Unión Europea¹⁰.

La aceptación de un núcleo mínimo de Derecho Administrativo Europeo (sobre todo en el campo del denominado Derecho Administrativo Económico¹¹) se convierte en una auténtica necesidad como técnica de uniformidad y

⁶ Significativo resulta al respecto el libro del prof. SCHWARZE *European Administrative Law*, London, 1992. En cualquier caso, este fenómeno había sido anunciado con anterioridad por el gran jurista francés J. RIVERO, en su clásico trabajo -que ahora ha recobrado especial valor- «Vers un Droit Commun Européen: nouvelles perspectives en Droit Administratif», en libro col. dirigido por M. Cappelletti, *Nouvelles perspectives d'un Droit Commun de l'Europe*, Florencia, 1978, pp. 389-406.

⁷ En definitiva, como bien apuntaron ya A. DE LAUBADERE y P. DEVOLVE, el Derecho comunitario funciona como fuente del Derecho económico -y, por ende, como fuente del moderno Derecho administrativo- de los Estados miembro. *Droit Public Economique*, Dalloz, Paris, 1985, p. 141.

⁸ J. SCHWARZE, «Tendencies towards a Common Administrative Law in Europe», *European Law Review*, II, 1991, p. 18.

⁹ Vid. J. BARNES, «Introducción: Hacia el Derecho Público europeo», en libro col. dirigido por él mismo *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, p. 32.

¹⁰ J. BARNES, «Introducción: Hacia el Derecho Público europeo», ob. cit., p. 50.

¹¹ Al respecto debe recordarse como el principio de autonomía ha conducido al Tribunal de Justicia a conceder preferencia a nociones comunitarias por ser las únicas que garantizan la uniformidad del Derecho de la Comunidad. Asimismo, debe tenerse en cuenta como el Derecho comunitario, principalmente a través del Tribunal de Justicia, ha venido incorporando principios jurídicos propios de determinados Estados miembros, que han acabado generalizándose. Por todos. S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, ob. cit., pp. 47 y ss.

de garantía del correcto funcionamiento de unas actividades económicas que han superado definitivamente las barreras fronterizas que las limitaban. De esta manera se puede hablar, como afirma ALONSO GARCIA, de un Derecho público europeo llamado a desempeñar funciones que se asemejan más a las que en su tiempo desempeñó el “*ius commune*”, en el sentido de que no se trata tanto de un cuerpo jurídico que venga a suplantar a los derechos nacionales, como un molde a que éstos se irían acomodando progresivamente, de manera que los derechos internos seguirían elaborando y aplicando su propio derecho público pero ya no de forma aislada o autónoma, sino a la luz de ese nuevo Derecho comunitario¹².

Y aquí juega, sin duda, como destaca, entre otros, U. UVERLING¹³, un trascendental papel el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en cuanto se está convirtiendo en instrumento dinámico para la consolidación de unos principios jurídico-públicos de alcance comunitario de aplicación a todos los Estados miembros y que puede servir de base para la construcción de la estructura sobre la que construir un nuevo y moderno Derecho Administrativo Europeo que de solución a los principales problemas que plantea la actual sociedad y que no pueden ser resueltos a través de los rígidos –y, a veces anticuados– derechos nacionales¹⁴. En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, (sin olvidar, naturalmente, las acciones de la Comisión y el Consejo) ofrece la base para la unificación del Derecho Administrativo Europeo¹⁵, especialmente atento, como no podía ser de

¹² ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, Derechos nacionales y derecho común europeo*, ob. cit., p. 279.

¹³ U. UVERLING, participa también de la idea de que nos encontramos inmersos en un proceso de configuración de un Derecho Administrativo Europeo. «Comunidad Europea. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Administrativo», en libro col. dirigido por J. Barnes *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 661-663. En estos términos puede también consultarse el trabajo de A. MASSERA «L'amministrazione e i cittadini nel Diritto comunitario», RTDP núm. 1, 1993, pp. 19 y ss.

¹⁴ Sobre esta cuestión me remito a los trabajos de S. MUÑOZ MACHADO «Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española», REDA núm. 75, 1992, pp. 329 y ss. y J. BARNES, «Introducción: Hacia el Derecho Público europeo», ob. cit., pp. 39-49.

¹⁵ J. SCHWARZE, «Tendencies towards a Common Administrative Law in Europe», ob. cit., pp. 3 y ss.

otra manera, a los aspectos económicos¹⁶. Así, el Derecho Administrativo Económico se ha convertido en el principal factor de integración e interacción de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales en búsqueda de un marco jurídico uniforme.

En cualquier caso, debe advertirse que la creación de un Derecho Administrativo Europeo no es un fin en sí mismo sino un instrumento necesario de cara a la efectiva satisfacción de los objetivos consagrados en el TUE: adaptación al Derecho de la competencia, lucha contra el falseamiento de la libre concurrencia (a través de la transparencia y publicidad), respeto a las reglas de mercado cuando la Administración se comporta como agente económico, etc., y todo ello, no se olvide, en el marco de la solidaridad.

II. UN EJEMPLO CONCRETO DE INCIDENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL Y SU ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA A TRAVÉS DE LA NORMATIVA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Pues bien, en el marco de este ponencia, quisiera concretar la incidencia que la regulación de la contratación pública tiene en la gestión y organización de las entidades locales. Materia ésta de marcado carácter transversal que sí tiene importantes matices a tener en cuenta por y para los municipios.

Las nuevas directivas comunitarias en materia de contratación pública¹⁷, con fecha de transposición límite de 31 de enero de 2006, amén de confirmar

¹⁶ Debe tenerse en cuenta que las principales limitaciones a las actuaciones de las distintas Administraciones públicas nacionales vienen a través de la normativa relativa a la libre competencia (ayudas, impuestos, subvenciones, etc.) así como a los supuestos en que éstas actúan como agentes de mercado, ya que el régimen jurídico del que se dotan deben ser compatibles con las normas de derecho de la competencia de la Comunidad Europea. Al respecto resulta de especial interés el trabajo de S. MUÑOZ MACHADO «La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad», en libro hom. al prof. Clavero, ob. cit., pp. 1251 y ss.

¹⁷ Se trata de las siguientes normas: Directiva 2004/18/CE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios. Y Directiva del Consejo 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (modificada por DIRECTIVA 2007/66/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 11 DE DICIEMBRE DE 2007-) .

la tendencia hacia la formación de un derecho común europeo¹⁸, obligan a una reflexión sobre sus consecuencias en la práctica administrativa nacional¹⁹.

La aproximación al concreto alcance de esta reforma comunitaria obliga a unas precisiones previas²⁰. La primera, que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en si mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, al contratación puede –y debe, diría– ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos²¹. En este sentido el Considerando 5 de la Directiva 2004/18 es elocuente:

¹⁸ Por todos, véase MORENO MOLINA, J.A., “Reciente evolución del derecho público en el ámbito de la contratación pública. La tendencia hacia la formación de un derecho común”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley núm. 34, 2004, pp. 28-53.

¹⁹ Sobre el contenido de las misma, con visión propedéutica, puede consultarse el trabajo de FERNÁNDEZ GARCÍA, M., “La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo”, *RAP* 166, 2005, pp 281-320.

²⁰ Como primera novedad de esta Directiva cabe destacar la que ella misma señala en su considerando 1: “La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2 [principios del Tratado, libertades comunitarias, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia]”. Vid. mi trabajo *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma, Civitas, Madrid, 2006*.

²¹ Así se entiende la previsión de la Directiva de permitir la existencia de contratos reservados a favor de entidades de carácter social por la que se limitaría a éstas la posibilidad de participar o se permitiría reservar su ejecución a determinadas empresas en el marco de programas de empleo protegido cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. Igualmente, en una adecuada interpretación teleológica, parece lógico entender que también podrán ser beneficiarios de la reserva las empresas que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social. En todo caso, debería preverse que, por ejemplo, el importe de los contratos reservados no podrá superar el 2º por ciento del importe de los contratos adjudicados mediante procedimiento negociado en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior (Los anuncios de licitación de los contratos objeto de esta reserva deberán mencionar expresamente la presente disposición).

“Según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. La presente Directiva clarifica pues de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio.”

Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país.

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública.

Estas nueva Directiva pretenden, en palabras de sus Considerandos²²:

“responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los operadores económicos en el marco de las respuestas al Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, es conveniente, por motivos de claridad, proceder a su refundición en un único texto. La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adju-

²² En cuanto a los umbrales recuérdese que desde el 1 de febrero son de aplicación los previstos en el Reglamento (CE) núm. 1422/2007, de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos.

dicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales.... contenidos en el Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. *No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública*" (cursiva nuestra)²³.

Por consiguiente, y al margen del concreto importe del contrato, la legislación nacional de contratos públicos debe, en todo caso, respetar los principios comunitarios referidos no existiendo, por tanto, ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral, sino que, a partir de cierto importe, juegan la concreción de los mismos contenidos en la Directiva que deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado. En suma, en todo caso, como bien advirtiera ya BAÑO LEÓN, al margen de que en función del importe del contrato puedan diseñarse unos u otros procedimientos de selección y adjudicación de contratos, los Estados deben garantizar en sus normas y en su concreta aplicación práctica por que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados²⁴. Esta afirmación queda avalada por la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006). Y así lo corrobora la reciente STJCE de 14 de junio de 2007 (*Medipac-Kazantzidis A y Venizeleio-Pananeio*) al afirmar que en los contratos que no alcanzan el umbral comunitario:

²³ Sobre el concreto significado y consecuencias de estos principios me remito a mi trabajo *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*, Civitas, Madrid, 2003. Más recientemente puede consultarse el libro de J.A. MORENO MOLINA *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.

²⁴ Y es que, como bien afirma este autor no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. "La influencia del Derecho comunitario en al interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", RAP 151, 2000. p. 13.

“efectivamente, procede señalar que el órgano jurisdiccional remitente ha calificado al Venizeleio-Pananeio de «entidad adjudicadora». Esta calificación también la admite el Gobierno griego, el cual declaró en la vista que dicho hospital es un organismo de Derecho público asimilado al Estado. Ahora bien, en virtud de una reiterada jurisprudencia, aun cuando el valor de un contrato que sea objeto de una licitación no alcance el umbral de aplicación de las Directivas en las cuales el legislador comunitario haya regulado el ámbito de los contratos públicos y el contrato de que se trate no esté comprendido, por consiguiente, dentro del ámbito de aplicación de éstas últimas, sin embargo, las entidades contratantes que celebran un contrato están obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario, tales como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que deriva de aquél (véanse, en este sentido, la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Te-laustria y Telefonadress, C/324/98, Rec. p. I/10745, apartados 60 y 61; auto Vestergaard, antes citado, apartados 20 y 21; sentencias de 21 de julio de 2005, Coname, C/231/03, Rec. p. I/7287, apartados 16 y 17, y de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C/458/03, Rec. p. I/8585, apartados 46 a 48)”.

Como se ha observado, esta nueva normativa incorpora las resoluciones del TJCE. Se constata la importancia de esta jurisprudencia, auténtica fuente del derecho y dinamizadora en la plasmación efectiva de los principios referidos en esta materia. 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.” (negrita nuestra). Y es que, como bien destaca el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, “cualquier juez tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario. Eso es todo, nada más, pero nada menos”²⁵. Solo así cobra sentido el principio de seguridad jurídica²⁶.

²⁵ L. MARTÍN-RETORTILLO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, P. 100. Como dice, el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad.

²⁶ Vid. J. BERMÉJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Discurso de ingreso Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, leído el día 6 de abril de 2005, pp. 105-117. (Publicado en Cuadernos Civitas, 2005).

En consecuencia, las propias Directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación *secundum directivam*²⁷. De esta forma, en las mismas Directivas se encuentra el mecanismo para dar solución a los (no tan) hipotéticos conflictos entre el resultado a alcanzar, fijado por la Directiva, y los medios y la forma para ello, seleccionados por los Estados miembros.

En resumen, que es una exigencia de la aplicación uniforme del Derecho Comunitario que los conceptos que de él reciba el Derecho nacional se interpreten de acuerdo con el sentido y finalidad que tienen en el Ordenamiento comunitario, y no en el que los mismos conceptos pudieran tener en la normativa interna (salvo que sea la propia norma comunitaria la que se remita a este último), pues ello podría conllevar que las normas europeas se aplicaran de manera diferente en cada país miembro. Así, para aclarar el alcance de términos que recoge la Directiva, como “organismo de derecho público” o “contrato”, deberemos acudir a un concepto uniforme derivado de las normas y la jurisprudencia comunitaria antes que a las definiciones que figuran en el Derecho del Estado miembro²⁸. Esta función unificadora del TJCE le obliga a utilizar un lenguaje y una técnica jurídica liberada en lo posible de las concretas tradiciones jurídicas, ropajes formales y terminologías legales particulares de cada uno de los países miembros y basada en conceptos rigurosamente delimitados que puedan ser comprendidos y aplicados igualmente por todos los operadores jurídicos de la Unión, con fundamento en los Tratados y el Derecho derivado y en las raíces jurídicas y culturales comunes que, de manera más o menos remota, unen a todos los países miembros.

Por todo ello, el análisis de la jurisprudencia comunitaria es necesario para comprender el alcance del Derecho comunitario de la contratación pública; desde el punto de vista del Derecho nacional, dicho análisis es esencial para interpretar las normas internas de conformidad con la Directiva y, en últi-

²⁷ Compartimos en este punto la opinión de ORDÓÑEZ SOLÍS, a tenor de la cual, la obligación de interpretar las normas nacionales de ejecución *secundum directivam comunitariam* favorece la naturaleza y la finalidad de estas peculiares normas comunitarias, que sólo dejan en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. “La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho Comunitario europeo”, *Boletín informativo del Ministerio de Justicia* núm. 1921, julio de 2002, p. 2354.

²⁸ STJCE de 27 de febrero de 2003, C-373/00 (Adolf Truley).

ma instancia, para aplicar éstas directamente cuando su contradicción con ellos sea insalvable y se den los requisitos exigidos por la jurisprudencia²⁹.

En concreto, el presente trabajo pretende analizar el concreto impacto de la regulación de la contratación pública en la decisión organizativa de la Administración municipal.

1. LOS ENCARGOS A ENTES INSTRUMENTALES PROPIOS COMO MODALIDAD ORGANIZATIVA: LÍMITES

Un tema de gran repercusión práctica es el referido a la técnica de los encargos a medios propios y sus límites concretos³⁰. Cuestión de indudable calado dentro de la tradicional figura de colaboración administrativa entre distintas Administraciones o entidades del ámbito local y que tiene especial incidencia en el concreto caso de los pequeños municipios que carecen de medios propios necesarios para el correcto ejercicio competencial. Situación habitual en el Derecho Administrativo que, como bien destaca SOSA WAGNER, se fundamenta en la capacidad autoorganizativa de las Administraciones Públicas con el fin de obtener una mayor eficiencia en los procedimientos de contratación³¹, resultando irrelevante el dato de al persoficicación jurídica, por cuanto es la falta de autonomía decisional de uno de los Entes respecto del otro, la razón que impediría la existencia de una auténtica relación contractual entre dichos Entes³². Así, estas prestaciones –inicialmente obras– encaja-

²⁹ Recuérdese cómo el TJCE viene insistiendo en la aplicación directa de la Directiva frente a la legislación nacional (entre otras muchas, la STJCE de 24 de septiembre de 1998, C-76/97).

³⁰ En la bibliografía más reciente puede consultarse el estudio de PERNAS GARCÍA, *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008.

³¹ SOSA WAGNER, “El empleo de recursos propios por las Administraciones locales”, en libro Hom. al prof. S. Martín-Retortillo, *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, 2003, p.1317.

³² Como bien destaca A. HUÉRGO LORAS, “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones Públicas”, RAP 154, 2001, p. 130. Técnica que, como bien explica este autor, en modo alguno, dentro de los límites y finalidad supone contravención al derecho de libertad de empresa que proclama nuestra Constitución (p. 154). Como señala AMOEDO SOUTO, la independencia derivada de la personalidad jurídica de los entes instrumentales pasa a un segundo plano, y cobra protagonismo en su configuración jurídica el rasgo funcional de su instrumentalidad administrativa, “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas”, RAP núm. 170, Mayo-Agosto 2006, pág. 264.

ría en el supuesto de obras por la propia Administración, al resultar “extraño” acudir al mercado cuando una Administración goza de los instrumentos para prestar por sí misma una concreta prestación³³.

La solución a esta cuestión, debe abordarse, necesariamente, desde la óptica del derecho comunitario -rechazando las interpretaciones legales que llevarán a una solución contraria a normativa comunitaria³⁴. La regulación actual, como comprobaremos, limita esta técnica de colaboración lo que obliga a repensar situaciones administrativas como la que se describirá³⁵.

A) El origen de los denominados servicios *in house providing*

Esta técnica y su concreta problemática, desde la perspectiva de los contratos públicos encuentra su origen tanto en el artículo 1 c) de la Directiva 92/50, de servicios, como 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”. La cuestión, amén de resbaladiza –y que no debe confundirse con los contratos

³³ Como bien ha destacado T. DE LA QUADRA SALCEDO frente al dogma del contratista interpuesto nuestro derecho clásico ha contemplado esta posibilidad de ejecución de obras por Administración. “La ejecución de obras por la Administración”, en libro col. Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Civitas, Madrid, 2004, pp. 889-941.

³⁴ Entre la doctrina, recientemente MEILÁN GIL ha señalado que la interpretación de las notas que justifican la excepción a la normativa sobre contratos públicas ha de ser restrictiva por el carácter excepcional que tiene el supuesto, con el objeto, por tanto, de evitar vulneraciones del Derecho comunitario de contratos públicos, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pág. 116.

³⁵ J. L. MEILÁN GIL ha advertido, con acierto, que la interpretación de las notas que justifican la excepción a la normativa sobre contratos públicas ha de ser restrictiva por el carácter excepcional que tiene el supuesto, con el objeto, por tanto, de evitar vulneraciones del Derecho comunitario de contratos públicos, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pág. 116.

de concesión de servicios³⁶—, no es modo alguno baladí, y menos si se analiza desde la perspectiva de que, posteriormente, esos medios propios tiendan a no aplicar las reglas de contratación pública.

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)³⁷, admitiéndose en la sentencia Teckal, (a la que se alude en los apartados 38 y 39 de la STJCE de 13 de enero de 2005)³⁸ 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 Amministrativo Regionale per l'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) di 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.

³⁶ Vid, GIMENO FELIÚ, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma, ob.cit., pp. 151-161.*

³⁷ En cuanto a su concreto alcance, por todos, puede verse las observaciones formuladas por M. FUERTES en su trabajo “Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, REALA núm. 279, 1999, pp. 31 y ss.

³⁸ Sobre la evolución jurisprudencial en este asunto resulta de interés el trabajo de LECUYER-THIEFFRY c. Y THIEFFRY P., “Les prestataires effectués in house sans mise en concurrence: les évolutions en cours”, AJDA 17,2005, pp. 927-933.

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 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”.

Doctrina que se confirma en la sentencia de 7 de diciembre de 2000, “ARGE”, (doctrina confirmada en las Sentencias, Stadt Halle, de 11 de enero de 2005, Parking Brixen de 13 de octubre de 2005, Coname, de 21 de julio de 2005, Carbotermo, de 11 de mayo de 2006, Asemfo, de 19 de abril de 2007, y Augusta Spa, de 8 de abril de 2008)³⁹ 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)”.

No obstante, como ya hemos advertido, la Sentencia clave en este asunto es, sin duda, como recuerda la Sentencia ARGE, la de 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

³⁹ Vid. mi trabajo “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria”, Informe Comunidades Autónomas 2005, Instituto Derecho Público, Barcelona, 2006, pp. 838-858.

y realice su actividad esencial para quien le controla⁴⁰. En resumen, esta Sentencia (en cuestión prejudicial sobre la base del actual 234 TCE) –en la que se falla 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–, analiza la relación jurídica que une a un ayuntamiento italiano (Comune di Viano) con una mancomunidad de la que es partícipe y cuyo objeto es el suministro de combustible de calefacción a los edificios municipales, y en la que una empresa privada con idéntica actividad pretende que se declare, como así se concluye por el Tribunal, que dicha relación es un contrato de suministros cuya adjudicación debe producirse mediante los procedimientos competitivos previstos en la Directiva. En esta Sentencia se opta por un concepto funcional de “contrato” y de “contratista” (análogos al concepto funcional de “poder adjudicador” del que ya se ha dado cuenta en este trabajo), siendo irrelevantes la tipología jurídica del suministrador y, por supuesto, la denominación que las partes o el derecho nacional den al negocio. De ahí que, por no aplicar las reglas de las Directivas de contratación Pública, se condene a la República Italiana.

En todo caso, y aquí radica su importancia, si bien es cierto que la Sentencia no aplica la cláusula del artículo 6 de la Directiva 92/50, pues aunque el litigio versaba, insisto sobre un contrato mixto de servicios y suministro se calificó como de suministro atendiendo al dato de que el valor de los productos era superior al de los servicios a que se refiere el contrato, y en la Directiva 93/36 no hay un precepto similar u homólogo, el fallo (en relación o conexión a su considerando número 50) viene a excluir del ámbito de las Directivas los contratos *in house providing* siempre y cuando concurren necesariamente los dos requisitos, acumulativos, que a continuación desarrollamos y que deberán, caso por caso, ser analizados por el Juez nacional⁴¹:

⁴⁰ Comenta esta Sentencia en la doctrina italiana C. ALBERTI “Appalti in house, concessión in house ed esternalizzazione”, Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario núm. 3-4, 2001, pp. 495 y ss. Esta jurisprudencia ha sido confirmada por la STJCE de 8 de mayo de 2003 en el caso de TRAGSA, considerando que los encargos a esta empresa estatal que realiza el Estado serían servicios *in house*. Al respecto puede consultarse el libro de AMOEDO SOUTO, *TRAGSA, Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 102-108.

⁴¹ Para dicha labor pueden resultar especialmente útiles las Conclusiones del Abogado General en el citado asunto “ARGE”. Para un análisis de la relación de los contratos “in house providing” con el concepto comunitario de “concesión”, me remito a lo que se dice en este trabajo más adelante.

“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*” (cursiva nuestra)⁴².

La jurisprudencia comunitaria exige para que se pueda entender que estamos en presencia de un *servicio in house providing* los siguientes requisitos de carácter acumulativo⁴³.

⁴² Vid. P. DELVOLVE, “Marches publics: les critères des contrats maison”, *Revue du Droit de l’Union Européenne* núm. 1 de 2002, pp. P. 53 y J. ARNOULD, “Les contrats des concessions, de privatisation et de services in house au regard des règles communautaires”, *RFDA* núm. 1, 2001, pp. 12-13. Comenta también estos requisitos SERRANO CHAMIZO, J., en la ponencia “Los contratos entre Administraciones Públicas: la perspectiva del Derecho Comunitario”, presentada en el Seminario celebrado en Vitoria el 23 de mayo de 2002, pp. 6 a 12 del texto mecanografiado. Igualmente AMOEDO SOUTO, *TRAGSA, Medios...*, ob. Cit., pp. 103-105.

⁴³ En cuestión prejudicial presentada por la República de Italia las conclusiones de la Abogado General CHRISTINE STIX-HACKL presentadas el 12 de enero de 2006 -Asunto C-340/04, Carbotermo Spa y Consorzio Alisei contra Comune di Busto Arsizio parte coadyuvante: A.G.E.S.I, sobre el alcance de qué requisitos debe cumplir la adjudicación de un contrato público para ser considerada lo que se denomina adjudicación *cuasi* interna y, de este modo, no quedar comprendida en la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro. Se trata, pues, de un nuevo procedimiento relativo a la interpretación y aplicación de los criterios desarrollados en la sentencia dictada en el asunto Teckaly precisados con más detalle –cuando menos parcialmente– en la sentencia dictada en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau - son: La Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la adjudicación directa de un contrato público en un procedimiento como el del litigio principal únicamente cuando se cumplen los siguientes requisitos:

En primer lugar, el ente territorial deberá ejercer sobre el otro ente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. A tal respecto, el juez nacional deberá examinar las siguientes circunstancias:

- los intereses de los titulares de participaciones;
- la transformación de la «azienda municipalizzata» en una sociedad anónima;
- la apertura de la sociedad a capital ajeno, no prevista con carácter obligatorio y tampoco verificada;
- la posibilidad de que AGESP establezca sucursales incluso en el extranjero;
- el alcance de la posibilidad de influir en el nombramiento del consejo de administración y en la gestión;
- las facultades del consejo de administración de AGESP, y
- la circunstancia de que el municipio participa indirectamente en el capital de AGESP a través de AGESP Holding.

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 contractual⁴⁴. El criterio del “control análogo al ejercido sobre sus propios servicios” implica –como hemos venido interpretando⁴⁵– 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 dominante⁴⁶. A este respecto, conviene advertir que la titularidad o propiedad mayoritaria del ente instrumental no es suficiente para justificar la existencia de dicho control, lo que supone que no es

En segundo lugar, esta entidad deberá, al mismo tiempo, realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes territoriales que posea o posean sus participaciones sociales. A tal respecto, el juez nacional deberá tener en cuenta las circunstancias mencionadas en los puntos 76 a 115, para lo cual deberán tomarse en consideración también los ingresos procedentes de actividades realizadas con los titulares de participaciones, pero no ha de aplicarse el criterio del 80 % previsto en el artículo 13 de la Directiva 93/38.

⁴⁴ Por no concurrir este requisito se admite como válida la opción de adjudicar en un proceso de licitación a una empresa mercantil pública que no se configura como medio propio. Es el caso analizado en la Sentencia Concordia de 17 de septiembre de 2002. Al respecto puede consultarse S. ORTIZ VALMONTE, “Ambito subjetivo de aplicación de la Ley y de las Directivas comunitarias de contratación públicas”, en libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 1511-1514.

⁴⁵ GIMENO FELIÚ, J.M.: *La nueva contratación...*, pág.142.

⁴⁶ Sorprendentemente, y pese a la importancia práctica -amen de conflictividad- la única definición de “control análogo” que hasta la fecha se puede encontrar en el Derecho comunitario positivo, es la afirmación del art. 5 del Reglamento (CE) núm. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) no 1191/69 y (CEE) no 1107/70 del Consejo, donde al hablar de la adjudicación de los contratos de servicio público se admite la adjudicación directa a entidades sobre las que se ostente un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios. En este sentido: “...para determinar la existencia de ese control por la autoridad local competente, habrán de tenerse en cuenta factores como el nivel de presencia en los órganos de administración, dirección o supervisión, las especificaciones correspondientes en los estatutos, la propiedad, la influencia y control efectivos de las decisiones estratégicas y las decisiones aisladas de gestión. De conformidad con la legislación comunitaria, la propiedad del 100 % por parte de la autoridad pública competente, en particular en el caso de colaboraciones público-privadas, no constituye un requisito obligatorio para determinar que existe un control en el sentido del presente apartado, siempre que exista un influencia pública dominante y que pueda determinarse el control sobre la base de otros criterios.”

correcta la regla de que las empresas públicas son medios propios de la Administración matriz pues, como destaca P. DELVOLVE 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). Como advierte este autor, 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*⁴⁷. En todo caso, lo que si resulta evidente es 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.

Y así, el propio Tribunal ha afirmado la existencia de tal control cuando la Entidad pública tiene la facultad de designar a los miembros de los órganos directivos y condicionar la actividad del medio propio (por ejemplo, fijando los gastos de funcionamiento del medio propio, reservándose la potestad de verificación de determinados acuerdos mediante el nombramiento de un funcionario encargado de orientar y controlar las operaciones del medio propio, y ejerciendo un control sobre la contabilidad del medio propio para asegurar la plena aplicación de las normas contables)⁴⁸.

Una matización de gran relevancia para el caso que nos ocupa a este requisito es introducido por la STJCE de 11 de enero de 2005 (Stadt Halle) –y corroborado por la STJCE 8 de abril de 2008, *Comisión Vs. República Italiana*– al afirmar que⁴⁹:

⁴⁷ P. DELVOLVE, “Marchés publics...”, ob. Cit., pp 54-55. Por el contrario, entre Departamentos distintos pero de la misma Administración, de existir relación vertical y no horizontal, no hay problemas para, mediante protocolos, se puedan solicitar dichos encargos de prestación sin tener que someterse a la normativa de contratación pública.

⁴⁸ Cfr. STJCE de 17 de julio de 2008, As. C-371/05, *Comisión Vs República italiana*, apdos 25 y 26.

⁴⁹ Los motivos que llevan al Tribunal a formular esta afirmación son dos; en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta (apartado 50). En segundo lugar, que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesado, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores (apartado 51).

“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, por mínima que ésta sea, 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 licitación⁵⁰.

Así lo ha confirmado la reciente STJCE de 8 de abril de 2008 (Comisión/República de Italia) al afirmar lo siguiente:

“38. En lo que atañe a la primera condición, relativa al control de la autoridad pública, **debe recordarse que la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participe asimismo la entidad adjudicadora de que se trata, excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios** (véase la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 49).

39. Sobre este particular, según demuestra el estudio anexo al escrito de contestación, relativo a las participaciones del Estado italiano en EFIM (Ente Partecipazioni e Finanziamento Industrie Manifatturiere), Finmeccanica y Agusta, esta última, que es una sociedad privada desde su creación, siempre ha sido, desde 1974, una sociedad de economía mixta, es decir, una sociedad cuyo capital está integrado por participaciones que son propiedad en parte del citado Estado y en parte de accionistas privados.

40. De la misma forma, puesto que Agusta es una sociedad abierta parcialmente al capital privado y, en consecuencia, responde al criterio expuesto en el apartado 38 de la presente sentencia, queda excluido que el Estado italiano pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

⁵⁰ A lo sumo, en tanto no se falsee la competencia, podrá acudir y participar en la licitación como una empresa privada. Vid. P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ “Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de Derecho Administrativo e incongruencia en el empleo de técnicas de auto organización para la gestión de actuaciones administrativas”, RGDA núm. 12, 2006, p. 17.

41. En tales circunstancias, y sin que sea necesario examinar la cuestión de si Augusta desarrolla lo esencial de su actividad con la autoridad pública concedente, procede desestimar la alegación de la República Italiana basada en la existencia de una relación «in house» entre dicha sociedad y el Estado italiano.” (negrita nuestra).

Finalmente, esta cuestión del control análogo ha sido también 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 medios⁵¹.

Es decir, sin control análogo, interpretado restrictivamente, no puede existir una relación in house y, en ese caso sí, se afectaría a la regla de la libre competencia⁵². Control análogo que existirá no en función del porcentaje de participación en el capital social, sino el hecho de que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente encomendante, no existiendo en estos casos verdadera autonomía contractual. Eso explica que varias entidades pueden disponer de control análogo sobre un mismo ente propio como ha declarado el TJCE en su Sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel*, (apdos. 50, 52 y 54) afirmando que lo

⁵¹ Apartados 67 a 70 de la Sentencia. Un comentario de esta sentencia es efectuado por ARIMANY LAMOGLIA, “Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales”, Cuadernos Derecho Local num. 9, 2005, pp. 48-64. En este caso El TJCE resuelve que los artículos 43 TCE y 49 TCE, así como los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que una autoridad pública adjudique, sin licitación previa, una concesión de servicios públicos a una sociedad anónima constituida mediante la transformación de una empresa especial de dicha autoridad pública, sociedad anónima cuyo objeto social se ha ampliado a nuevos e importantes ámbitos, cuyo capital debe abrirse obligatoriamente a corto plazo a otros inversores, cuyo ámbito territorial de actividad se ha expandido a todo el país y al extranjero y cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercer de forma autónoma.

⁵² En favor de una interpretación restrictiva de este criterio se han posicionado E. ARIMANY LAMOGLIA, “Sombras sobre los encargos directos...”, ob. Cit, p. 56 y M.A. BERNAL BLAY, “La problemática relativa a los negocios excluidos de la aplicación de la Ley: los encargos in house, con especial referencia al ámbito local”, en libro col. La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales, CEMCI, Granada, 2008, pp. 172-175. Por el contrario, una interpretación más flexible es la defendida por F. SOSA WAGNER y M. FUERTES en su estudio “¿Pueden los contratos quedar en casa? (la polémica europea sobre la contratación in house)”, Diario La Ley núm. 6715, de 17 de mayo de 2007, p. 4.

esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo, no siendo indispensable que el control sea individual (apdo. 46). En todo caso, la consecuencia del control análogo es la de la obligatoriedad de aceptarlo y ejecutarlo por ente que lo recibe, y no lo contrario, como bien pone de relieve BERNAL BLAY (en correcta interpretación de la doctrina Cabotermo)⁵³. Control análogo que es de carácter funcional y no formal –no basta con la mera declaración legal– que obliga a acreditar que efectivamente existe ese poder de influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la Sociedad al que se refería la Sentencia TJCE de 13 octubre de 2005 (*Parking Brixen*).

El segundo requisito que se debe exigir para admitir la existencia de *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 (que no debe confundirse con las notas requeridas en el primer criterio explicado)⁵⁴. O sea, se debe realizar por ésta la actividad en provecho de quien le realiza en encargo o encomienda (STJCE de 18 de diciembre de 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia). 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 mercado⁵⁵. 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.

⁵³ Como destaca este autor el control análogo nada tiene que ver con la facultad de conferir singularmente encomiendas de gestión, puesto que el encargo singular no determina *per se* la existencia de un poder de influencia sobre las decisiones estratégicas del medio propio.

⁵⁴ Vid. Sentencia de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo*, apdo. 70.

⁵⁵ En conclusión, esta jurisprudencia nos advierte de que, cuando concurren estas notas 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 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 mercado⁵⁶. Nos encontramos, debe insistirse, ante simples opciones de organización en las que. Como afirma SOSA WAGNER, el ente instrumental no puede negarse ya que el reconocimiento de personalidad jurídica lo es sólo a efectos auxiliares o instrumentales, sin que en modo alguno ostenten condición de tercero⁵⁷.

En esta misma línea, de marcado carácter restrictivo con la técnica de los *in house providing*, debe reseñarse la reciente STJCE de 11 de mayo de 2006, (Carbotermo) en la que, mediante cuestión prejudicial, se aclara lo siguiente:

“1) La Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, prohíbe la adjudicación directa de un contrato de suministro y de servicios, en el que el valor de los suministros es preponderante, a una sociedad anónima cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercitar autónomamente y cuyo capital, en la situación actual, pertenece en su totalidad a otra sociedad anónima cuyo accionista mayoritario es, a su vez, el poder adjudicador.

2) Para apreciar el cumplimiento del requisito de inaplicabilidad de la Directiva 93/36 conforme al cual la empresa a la que se haya adjudicado directamente un contrato de suministro debe realizar lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, no procede aplicar el artículo 13 de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

3) Para apreciar si una empresa realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, a efectos de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la Directiva 93/36, procede tomar en consideración todas las actividades que dicha empresa realiza en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio

⁵⁶ En este sentido, al interpretar los conceptos de ejecución de obras por la propia Administración y de fabricación de bienes muebles por parte de la Administración, se posiciona A. HUERGO, que defiende esta posibilidad de *in house* al no tener estas empresas instrumentales la consideración de terceros. “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones públicas”, ob. Cit., p. 163.

⁵⁷ SOSA WAGNER, *El contrato público de suministro*, Civitas, Madrid, 2003, p. 105.

poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad.” (cursiva nuestra)

En definitiva, admitiendo como conforme al derecho comunitario esta técnica de los servicios in house debe reseñarse que que estos dos requisitos, los llamados criterios *Teckal*, constituyen una excepción. En consecuencia, ambos requisitos deben ser objeto de 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 ella⁵⁸.

Igualmente nos encontramos con una excepción a la existencia de contrato en los supuestos de concesión de servicio público a una sociedad intermunicipal. El Tribunal en su sentencia de fecha 13 de noviembre de 2008, Uccle, ha resuelto que es correcto esa forma de gestión directa sin que sea de aplicación a normativa de contratación pública⁵⁹. La sentencia declara que no procedía licitación pública con los siguientes fundamentos jurídicos esenciales:

“42. Por consiguiente, procede responder a las cuestiones primera y segunda como sigue:

– Los artículos 43 CE y 49 CE, los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad y la obligación de transparencia que

⁵⁸ Entre otras, las Sentencias Stadt Halle, apartado 46, y Parking Brixen, apartados 63 y 65. Vid. J.A. MORENO MOLINA, “El ámbito de aplicación de la Ley De Contratos del Sector Público”, Documentación Administrativa núm. 274-275, 2006 (publicación efectiva 2008), p. 76 y M. PILLADO QUINTANS, “TRAGSA: Un caso irresuelto convertido en modelo legal de los encargos de las Administraciones a sus medios instrumentales”, Documentación Administrativa núm. 274-275, 2006 (publicación efectiva 2008), p. 291.

⁵⁹ El objeto del litigio es una demanda realizada por una empresa privada que recurre la decisión del municipio belga denominado Uccle de asociarse a una sociedad intermunicipal que lleva a cabo la actividad de gestión de explotación de una red municipal de teledistribución, que comprende actividades como ampliación de la oferta televisiva: programas adicionales y el paquete de cadenas de pago; programas “pay per view”; acceso a internet; telefonía vocal; videovigilancia; transmisión de datos a alta velocidad. La empresa litigante considera que esta prestación debiera haberse licitado como contrato público y el Consejo de Estado belga, antes de dictar sentencia, pide una decisión del Tribunal europeo. Éste efectuando un análisis pormenorizado del caso concreto afirma que “De la resolución de remisión resulta asimismo que Brutélé es una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son municipios y una asociación intermunicipal que agrupa a su vez exclusivamente a municipios. No admite socios privados. Su consejo rector se compone de representantes de los municipios (tres como máximo por cada municipio) designados por la asamblea general, que a su vez se compone de representantes de los municipios. El consejo rector dispone de las más amplias facultades” .

deriva de ellos no son contrarios a que una autoridad pública atribuya, sin convocar una licitación, una concesión de servicios públicos a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas, cuando dichas autoridades públicas ejercen sobre esa sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y la mencionada sociedad realiza la parte esencial de su actividad con esas autoridades públicas.

Sin perjuicio de la comprobación de los hechos por el órgano jurisdiccional remitente en lo que respecta al margen de autonomía del que goza la sociedad en cuestión, en circunstancias como las del litigio principal, en las que las decisiones sobre las actividades de una sociedad cooperativa intermunicipal controlada exclusivamente por las autoridades públicas son adoptadas por órganos estatutarios de dicha sociedad compuestos por representantes de las autoridades públicas asociadas, puede considerarse que el control ejercido por las mencionadas autoridades públicas sobre esas decisiones permite a éstas ejercer sobre aquélla un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.

Por ello finaliza reconociendo que en el supuesto de que una autoridad pública se adhiera a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas con el objeto de cederle la gestión de un servicio público, el control que tales autoridades asociadas ejercen sobre dicha sociedad, para considerarse análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, puede ser ejercido conjuntamente por las mencionadas autoridades, no existiendo relación contractual. La tradicional gestión directa de servicios público no se ve, por ende, afectada directamente por la jurisprudencia del Tribunal en materia de contratos públicos al encajar en al figura de los encargos a medios propios.

En todo caso, y admitida la posibilidad de que una empresa pueda realizar encargos directos por parte de la Administración matriz, sin que estos se sometan, por tanto, a las reglas de contratación pública (que, entiendo deberían sustanciarse mediante 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)⁶⁰ 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 (art. 1.9 Directiva de contratos Públicos de 31 de marzo de 2004). Es decir, la utilización de los

⁶⁰ En esta línea, sobre la doctrina del TJCE comentada, también E. CARBONELL PORRAS denunciaba la incorrección de esta práctica del convenio con entes instrumentales de naturaleza privada. "El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?", en libro col. Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, pp. 390-391.

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 eficacia⁶¹.

Pero debe insistirse en que la técnica del ente o medio propio debe ser interpretada restrictivamente y respetando al doctrina del TJCE sin que pueda ser utilizada cuando la prestación este comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva. Lo que resulta también evidente es que el instrumento para realizar esta encomienda no es el convenio –por tener naturaleza jurídica distinta– y que la misma es aplicable al margen del umbral de la prestación⁶².

B) Alcance y significado de la STJCE de 19 de abril de 2007 (ASENFO vs-TRAGSA)

El 19 de abril de 2007, en cuestión prejudicial (confirmada ya por STS de 30 de enero de 2008), ha visto la luz una interesante Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratación pública al analizar las relaciones de TRAGSA con el Estado y Comunidades Autónomas⁶³. Sentencia que presenta luces y sombras y que parece un paso en falso fundamentalmente en cuanto a la interpretación del primero de los requisitos *Teckal* (el de que el Ente ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios) por cuanto la conclusión a la que llega

⁶¹ Como destaca J. ARNOULD, “Les contrats des concessions, de privatisation ..., ob. Cit.,” p.12, las Administraciones son libres de organizarse monolíticamente o en entidades autónomas, si bien ello no supone por sí la inaplicación de las reglas de contratación pública.

⁶² ÁVILA ORIVE, *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 216. D enunciaba ya como contraria al derecho comunitario esta práctica E. CARBONELL PORRAS, “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias.¿Convenio o contrato administrativo?”, en libro col. *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 393-394.

⁶³ Dicha Sentencia resuelve bajo que condiciones resulta admisible el encargo de prestaciones a favor de entidades instrumentales sin necesidad de concurrencia (el litigio resuelto por la Sentencia trae causa de una denuncia de la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO), al entender que los encargos hechos por diversas Administraciones Públicas a la Sociedad pública Transformación Agraria S.A. (TRAGSA), vulneran la competencia en el mercado de obras y servicios forestales como antecedentes del caso la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2000 (JUR 2001/72968) y del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003 (RJ 2004/466). Una interesante reflexión sobre todo el iter procedimental de esta asunto es la realizada por M. PILLADO QUINTANS, “TRAGSA. ...”, ob. cit., pp. 320-346.

el TJCE –no muy motivada, por cierto– implica aceptar una interpretación mucho más amplia que la que hasta ahora predicaba de esos requisitos establecidos por la jurisprudencia del TJCE, como bien explica M.A. BERNAL BLAY⁶⁴.

El supuesto de hecho que da lugar a la Sentencia versa sobre la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan realizar encargos de ejecución a TRAGSA sin necesidad de recurrir a un procedimiento de adjudicación. Recordamos que TRAGSA es una Sociedad mercantil cuyo capital social pertenece en un 99% al Estado y en un 1% a cuatro Comunidades Autónomas. No obstante, la normativa reguladora del régimen jurídico de TRAGSA define a esta última como medio propio y servicio técnico instrumental tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, con independencia de que estas últimas participen o no en el capital social de TRAGSA⁶⁵.

Ahora bien, como hemos explicado en el anterior epígrafe, la inexistencia de contrato queda condicionada, según la jurisprudencia comunitaria a que *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 de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, apartado 50).

En resumen, la STJCE de 19 de abril afirma en que casos puede considerarse que una Comunidad Autónoma puede realizar encargos a TRAGSA al existir un control análogo al que ejerce sobre su propia estructura administrativa, declarando que la participación en el accionado por éstas es suficiente al control análogo dado que la Ley de “obliga” a TRAGSA a captar el encargo⁶⁶.

⁶⁴ M.A. BERNAL BLAY, “Un *paso en falso* en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario de urgencia a la STJCE de 19 de abril de 2007 (as. c-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*), REDA num. 137, 2008, pp. 115-138. También Julio GONZÁLEZ GARCÍA, “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, RAP 173, 2007, pp. 217-237.

⁶⁵ Sobre el régimen jurídico de TRAGSA resulta de especial interés la monografía de AMOEDO SOUTO: *TRAGSA, Medios propios de la Administración y huída del Derecho Administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004.

⁶⁶ Julio GONZÁLEZ GARCÍA, critica, con motivos, esta declaración pues confunde los criterios de control análogos establecidos previamente por el TJCE, “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, ob. cit., pp. 217-237. Igualmente M. PILLADO QUINTANS, “TRAGSA:...”, ob. cit., pp. -346. Por contra, justifican esta decisión F. SOSA WAGNER y M. FUERTES, en “¿Pueden los contratos...?”, ob. cit., pp. 3 y ss.

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 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 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 aquella⁶⁷. 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 de que su contraprestación se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes, que deberán ser objeto de aprobación por la Administración autonómica⁶⁸.

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. Sin embargo, la STJCE de 19 de abril entiende con mínima participación se entiende cumplido el requisito de control análogo dado que existe, como señalábamos obligación de aceptar el encargo en todo caso.

En todo caso, es claro que las Comunidades Autónomas que no participan en el capital ni, en consecuencia, en la Junta General de Socios, ni en el

⁶⁷ La potestad tarifaria se había configurado 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.

⁶⁸ 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, las Comunidades Autónomas no pudieron 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.

Consejo de Administración, ni en los órganos de dirección y control de TRAGSA, no cumplen con dicho requisito de control análogo por lo que es difícil que se pueda argumentar que la Comunidad Autónoma sin participación dispone de un control efectivo sobre TRAGSA y que esta tenga una dependencia estructural, como consecuencia de su no participación en el capital social⁶⁹ (por ello, la actual DA 30 LCSP, parece claramente contraria a Derecho comunitario al no recoger el dato de la participación en el accionariado y –lo que es más grave– extender la figura a los entes dependientes de todas las Comunidades Autónomas en clara contravención de la propia finalidad de la técnica de la expresa jurisprudencia del TJCE)⁷⁰.

En todo caso, lo que debe quedar claro es que TRAGSA cumple una función organizativa clara y justificada en el ámbito del Estado y que, incluso, puede entenderse legítima –en tanto se respeten unos límites claros– en el ámbito de aquellas Comunidades Autónomas que quieran considerarla como medio propio para poder ejecutar prestaciones en casos excepcionales (emergencia o especialización) para lo que TRAGSA cuenta con los medios oportunos. En la balanza de eficacia administrativa y libre competencia, deberá primar lo primero. Pero lo que no es posible es pervertir la función de un “auténtico” medio propio para convertirlo en un intermediario, ya que entonces sí se afectaría a la regla de la libertad de empresa. Aquí es, donde creo, radica el quid de la cuestión dado que la concreta problemática ha derivado de un posible exceso no sólo en los encargos recibidos por esta sociedad estatal (por ejemplo, a través de encargos en cadena o cruzaos entre empresas del holding) sino por la imitación formal autonómica con finalidad muchas veces distintas al crearse medios propios sin medios con la consecuencia –¿querida?– de alterar el régimen jurídico del contrato (y, por ende, los sistemas internos y externos de fiscalización) así como de las reglas procedimentales de adjudicación en los contratos que no alcanzan los umbrales comunitarios.

Como conclusión, esta Sentencia aborda exclusivamente la relación de TRAGSA como medio propio de las Comunidades Autónomas al entenderse que los requisitos no podrían ser extendidos a una Administración Local, má-

⁶⁹ 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.

⁷⁰ Así lo entiende también M. PILLADO QUINTANS “TRAGSA:...”, ob. cit., pp. 351-354.

xime cuando no existe previsión legal que lo habilitara. Por ello, en tanto la relación jurídica de esta sociedad no sea con el Estado o con Comunidades Autónomas “propietarias“, teniendo esta relación carácter oneroso y típica, resulta de obligada aplicación la normativa de contratos públicos en lo relativos a procedimientos de adjudicación, puse lo contrario sería una contravención a la regla de transparencia y concurrencia recogida tanto por la norma comunitaria como la nacional⁷¹.

Así, se limita la posibilidad de que las entidades locales puedan utilizar a esta Sociedad estatal como medio propio. Lo que, como consecuencia directa, limita algunas de las prácticas habituales en el derecho local español sin que la legislación española haya explorado mecanismos alternativos que permitan una eficaz colaboración-cooperación con fin de un ejercicio comptencial eficaz y eficiente. Dato preocupante ya que, como a continuación se explicará la solución “ordinario“ del convenio deviene contraria al ordenamiento comunitario (y también nacional).

De *lege ferenda*, con el objetivo de evitar una indeseada privatización del régimen jurídico (como sucede en España via artículo 175 y 4 n) LCSP) de-

⁷¹ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mediante Informe 21/08, de 28 de julio de 2008. «Imposibilidad de formar convenios de colaboración entre una Corporación y una empresa para la ejecución de una obra», ha declarado que TRAGSA no puede ser considerado medio propio de una Entidad Local al no cumplir los requisitos exigidos por el artículo 4 n) y 24 LCSP ni la DA 30 LCSP. La cuestión referida a la consideración de medio propio de los órganos de las Administraciones públicas respecto de la mercantil TRAGSA ha sido objeto del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 19 de abril de 2007, en el asunto C-295/05, que declara, después de analizar si se cumplen las dos condiciones exigidas a tal fin en la sentencia Teckal del mismo Tribunal (de 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, apartado 50), a saber que la autoridad pública que es poder adjudicador ejerce sobre la persona, que es distinta de que se trate, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que tal persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan. En la sentencia el Tribunal de Justicia declara la condición de medios propio de TRAGSA respecto de las aquellas Administraciones que son titulares de su capital al considerar que respecto de las mismas se cumplen los requisitos. Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto del Ayuntamiento de Riveira, ya que al no ser titular de su capital ni disponer de ninguna acción de control sobre la actividad de TRAGSA no se cumple la primera condición, y tampoco se cumple la segunda, toda vez que TRAGSA no realiza la parte esencial de su actividad para la Corporación.

Asimismo advierte que al figura del convenio, objeto de nueva regulación en la LCSP, no posibilita la relación con TRAGSA mediante esta técnica. Y es que TRAGSA no es un organismo integrado en una Administración pública sino que, como señala su norma de creación, es una sociedad mercantil de carácter público, carácter que la excluye de toda posibilidad de poder celebrar tal tipo de convenio.

bería preverse que la utilización de esta técnica a través de medios propios que, por carecer de la necesaria estructura, deban acudir al mercado para cumplir el encargo recibido, no alterará ni el régimen jurídico que se derivaría del contrato al provenir de una Administración Pública (es decir, el régimen del contrato administrativo) ni la alteración del procedimiento y normas aplicables para ese contrato atendiendo a la consideración del ente que realiza el encargo y no del que lo recibe.

2. LA DELIMITACIÓN DE LA FIGURA DE LOS CONVENIOS:

El suficientemente conocido como derecho europeo de la contratación pública (tanto las directivas como la jurisprudencia interpretativa) ha depurado un concepto de contrato que se identifica con el ámbito objetivo de dichas normas, ya sea en el caso de los contratos sujetos a la Directiva o en el de aquellos otros no cubiertos por las mismas pero afectados en todo caso por los principios ya referido recogidos por los Tratados. En especial, además del carácter escrito que exige la Directiva, deben destacarse la onerosidad y la bilateralidad, de tal modo que quedan excluidas del concepto de contrato las relaciones jurídicas en las que las prestaciones son gratuitas y aquellas en las que no puede hablarse en sentido estricto de dos partes diferenciadas por estar sometida la prestadora del servicio al poder adjudicador encomendante, para el que realiza la parte esencial de sus prestaciones⁷².

Del elenco de exclusiones de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo se deduce que la técnica del convenio no procede cuando la prestación que es causa del mismo es una de las prestaciones comprendida en el ámbito objetivo de dicha norma –cuestión “olvidada” en nuestra práctica administrativa en aplicación del anterior marco normativo⁷³–. Y así se recoge ahora en nuestro artículo 4.1 c) y d) LCSP.

⁷² Vid. mi trabajo “La contratación pública”..., ob. cit., pp. 151-175. Resultan de interés las Conclusiones del Abogado General de 15 de junio de 2006 en el asunto C-220/05, que distinguen entre la onerosidad y el ánimo de lucro.

⁷³ Sobre la incorrecta dimensión de la técnica del convenio se pronunció ÁVILA ORIVE, *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 216. De especial interés resulta también el estudio de de BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos: Transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

Al respecto para poder comprender adecuadamente la regulación actual debe ser referida la doctrina del TJCE en su Sentencia de 7 de diciembre de 2000, (ARGE Gewässerschutz), en la que se declara que:

“...el principio de igualdad de trato de los licitadores enunciado en 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, no se viola por el hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a organismos que reciben de ella o de otras entidades adjudicadoras, subvenciones del tipo que sean, que permiten a dichos organismos presentar ofertas a precios más bajos que los de los demás licitadores, que no reciben tales subvenciones”.

Seguidamente afirma el Tribunal que:

“...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)”⁷⁴.

Pero sin duda, para resolver esta cuestión es paradigmática la STJCE de 13 de enero de 2005, en la que se condenaba al Reino de España afirmando que la previsión del artículo 3.1 de nuestra derogada LCAP era contraria al derecho comunitario pese a que desde el Estado español se argumentaba que la

⁷⁴ Esta doctrina es incorporada ya por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña en su Informe 2/2001, de 23 de noviembre que resuelve en sentido afirmativo la referida cuestión, a la vista, principalmente, de lo dicho por el TJCE en su sentencia de 7 de diciembre de 2000, (ARGE Gewässerschutz), en la que se declara que *“...el principio de igualdad de trato de los licitadores enunciado en 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, no se viola por el hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a organismos que reciben de ella o de otras entidades adjudicadoras, subvenciones del tipo que sean, que permiten a dichos organismos presentar ofertas a precios más bajos que los de los demás licitadores, que no reciben tales subvenciones”.* En línea con el informe del órgano consultivo autonómico, F. BLANCO sostuvo, con acierto, que la interpretación de la LCAP a la luz del Tratado de la Unión Europea y de las directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, comporta entender que la exclusión que realiza el artº 3, apartado c) de dicha norma respecto los convenios interadministrativos de colaboración, no puede hacerse extensiva a los contratos onerosos que celebren entre sí entes públicos, cuando el objeto contractual sea propio de los definidos en el artículo 5, apartado 2, de LCAP y esta relación jurídica se establezca entre personas jurídicas sin relación de dependencia entre ellas ni en virtud de la concesión de un derecho exclusivo (F. BLANCO, “La capacidad de los contratistas. Personalidad jurídica y capacidad de obrar. Solvencia económica y técnica. Clasificación empresarial”, en libro col. *Contratación de las Administraciones Públicas...*, ob. Cit., pp 52-56).

figura del convenio es la forma normal de relacionarse entre sí de las entidades de Derecho público⁷⁵. En la citada Sentencia se afirma claramente que:

“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 adjudicadora 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, 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 (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”.

En definitiva, la técnica del convenio debe ser interpretada restrictivamente sin que pueda ser utilizada cuando la prestación este comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva⁷⁶. Así lo corrobora la importante

⁷⁵ El Estado español alega que estas relaciones están al margen del mercado. Además, dicho Gobierno se pregunta por la fundamentación de la sentencia Teckal, antes citada, y sostiene que el principio que figura en el 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 (DO L 209, p. 1) está implícitamente incluido en las demás Directivas sobre contratación pública.

⁷⁶ Denunciaba ya como contraria al derecho comunitario esta práctica E. CARBONELL PO-RRAS. “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles ...”, ob. Cit., 393-394.

STJCE de 18 de enero de 2007 (Auroux /Commune de Roanne), en la que se analiza la técnica de convenio entre un ayuntamiento y una sociedad mixta para la realización de un centro de ocio⁷⁷. El TJCE es claro al declarar que este es un caso de contrato de obra que debe ser objeto de licitación:

“1) Un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización de una obra constituye un contrato público de obras, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, con independencia del hecho de que se prevea o no que la primera entidad adjudicadora sea o pase a ser a propietaria de la totalidad o de parte de dicha obra.

2) Para determinar el valor de un contrato a efectos del artículo 6 de la Directiva 93/37, en su versión modificada por la Directiva 97/52, debe tomarse en consideración el valor global del contrato de obras desde el punto de vista del potencial licitador, que comprende no sólo la totalidad de los importes que deba abonar la entidad adjudicadora, sino también todos los ingresos que procedan de terceros.

3) La entidad adjudicadora no está exenta de aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras previstos por la Directiva, en razón de que, conforme al Derecho nacional, el citado convenio sólo puede celebrarse con determinadas personas jurídicas, que tienen también la condición de entidad adjudicadora y que están obligadas, por su parte, a aplicar tales procedimientos para celebrar eventuales contratos subsiguientes.”

⁷⁷ El supuesto de hecho es el siguiente: Mediante acuerdo de 28 de octubre de 2002, el ayuntamiento del municipio de Roanne autorizó al alcalde a celebrar con la SEDL un convenio para la creación de un centro de ocio (en lo sucesivo, «convenio»). El convenio, celebrado el 25 de noviembre de 2002, prevía la creación de un centro de ocio en tramos sucesivos. El primer tramo comprende la construcción de un centro multicines y de locales comerciales para su cesión a terceros, así como de instalaciones que habrán de revertir a la entidad adjudicataria (un aparcamiento, vías de acceso y espacios públicos). Los tramos posteriores, que implican la firma de nuevas cláusulas, consisten esencialmente en la construcción de otros locales comerciales o de servicios y de un hotel. Conforme a la introducción del convenio, el municipio de Roanne pretende con esta operación revitalizar un sector urbano poco valorizado y favorecer el desarrollo del ocio y el turismo. En virtud del artículo 2 del convenio, se atribuye a la SEDL, entre otras cosas, la función de proceder a adquisiciones inmobiliarias, convocar un concurso de arquitectura o ingeniería, encargar la realización de estudios, efectuar obras de construcción, elaborar y mantener actualizados determinados documentos contables y de gestión, recabar fondos y prever medios eficaces para posibilitar la comercialización de las obras, así como garantizar de modo general la gestión y la coordinación del proyecto y la información del municipio.

En esta línea conviene igualmente dar cuenta de dos recientes Sentencias del TJCE. Por un lado, la STJCE de 18 de diciembre de 2007 (asunto “Comisión Irlanda”) que resuelve un recurso de incumplimiento planteado por la Comisión contra Irlanda, desestimándolo por entender que “no puede excluirse que el DCC proporciona tales servicios al público en ejercicio de sus propias competencias, directamente deducidas de la Ley y utilizando sus fondos propios, aunque, a tal fin, perciba una contribución abonada por la Autoridad y que cubre una parte de los gastos correspondientes al coste de estos servicios,” y señalando que la Comisión no ha conseguido probar la existencia de un contrato público, añadiendo que “la mera existencia entre dos entidades públicas de un mecanismo de financiación relativo a tales servicios (los servicios públicos) no implica que las prestaciones de servicios de que se trate constituyan una adjudicación de contratos públicos.” Lo importante de esta doctrina es que se excluye del concepto de contrato los flujos económicos entre entidades públicas para la financiación de servicios públicos, aunque estén recogidos en un instrumento bilateral, lo que justifica que se pueda excluir del ámbito contractual los convenios de colaboración para la cofinanciación de servicios entre dos entidades con competencias sobre la materia⁷⁸. Con todo, parece conveniente, en aras de la seguridad jurídica, que quien alegue la existencia de esta excepción a la existencia de relación contractual acredite y justifique razonadamente su existencia.⁷⁹ En todo caso, no es criterio suficiente el que no se cubra totalmente el coste del servicio, pues se confunde así la onerosidad (es decir, la existencia de contraprestaciones) que sí es un requisito para la existencia de un contrato, con el ánimo de lucro, que no lo es, razón por la cual las entidades que carezcan de él pueden ser adjudicatarias de contratos públicos (como las Fundaciones, y ONGs).

En esta misma línea restrictiva, de forma correcta, se pronunciado igualmente la STJCE de 18 de diciembre de 2007, condenando al Reino de España

⁷⁸ El Tribunal entiende que la carga de la prueba de la existencia de un contrato público que deba adjudicarse de acuerdo con las prescripciones del Derecho europeo corresponde a la Comisión, que es quien pretende que se declare el incumplimiento. Vid. J. SERRANO CHAMIZO en su ponencia “Problemática práctica que plantea el cumplimiento de las Directivas Comunitarias: análisis crítico de algunas novedades destacables de la Jurisprudencia Comunitaria”, Seminario Cumpliendo con Europa: la contratación pública de hoy, Instituto Europeo de Administración Pública/CER, 11 noviembre de 2008, páginas 6 a 8.

⁷⁹ STJCE de 2 de febrero de 2008, en sentido análogo, las Conclusiones de la Abogada General reprochan a Irlanda no haber demostrado que su actuación estaba amparada por alguna excepción a los principios generales del Derecho comunitario (ver, p.ej, los apartados 112, 116 y 118).

“Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia”) ⁸⁰. En esta sentencia –cuya doctrina se recoge en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2008– se resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional española en relación con la impugnación por parte de una Asociación representativa de las empresas del sector de los servicios de correspondencia de un convenio de colaboración entre la Administración General del Estado (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte) y la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos (en adelante, “Correos”). El citado convenio tenía su amparo en el artículo 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que en el apartado Dos establece que “las Administraciones públicas podrán celebrar convenios de colaboración a los que se refiere el artículo 3 del Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con la «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima», para la prestación de las actividades propias de su objeto social.” El objeto del proceso era dilucidar si el Derecho comunitario se opone a una normativa nacional que permite a las Administraciones Públicas adjudicar cualquier servicio postal directamente a una sociedad mercantil de capital íntegramente público y que es el proveedor del “servicio postal universal”, como es el caso de Correos.

En síntesis, del fallo de la Sentencia –que condena al Reino de España– se pueden extraer las siguientes conclusiones: en los servicios postales reservados a una única entidad (cuando sea compatible con las previsiones comunitarias), la adjudicación de dichos servicios no está sujeta a una previa licitación por no ser posible concurrencia alguna al ser actividades monopolizadas por ser actividades de interés económico general. Por el contrario, en lo que se refiere a la adjudicación del resto de los servicios postales –en régimen de competencia–, se deduce la incompatibilidad del artículo 58 de la Ley 24/1998 con el Derecho comunitario, independientemente de que se trate o no de contratos sujetos a la Directiva, siendo por tanto precisa en ambos casos la aplicación de las normas que rigen la adjudicación de los contratos públicos. Y es que aquí se cumplen todos los requisitos para entender que existe un contrato público típico y oneroso.

⁸⁰ Un interesante y exhaustivo comentario es realizado por Julio GONZÁLEZ GARCÍA, “Prestación del servicio universal y doctrina de las prestaciones in house. A propósito de la Sentencia Correos, de 18 de diciembre de 2007, del Tribunal de Justicia”, *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 26, 2008, pp. 193-209.

Como conclusión a lo expuesto, puede afirmarse que el concepto de contrato es materia propia del Derecho comunitario y debe recibir un tratamiento uniforme en todos los países miembros (es decir, es un concepto indisponible en sus características básicas por la legislación nacional). Dicho de otro modo, si un negocio jurídico cumple los requisitos que la legislación y la jurisprudencia europea exigen para apreciar la existencia de un contrato, deberá recibir el tratamiento jurídico correspondiente a los contratos, sin que quepa oponer una legislación nacional que considere que tal negocio es otra figura legal distinta con otro tratamiento diferente; ni que decir tiene que aún más irrelevante es la denominación que las partes den al negocio jurídico.

Así, podrá entenderse que sí existe un convenio y no una relación contractual cuando se ejerciten competencias propias que tengan por finalidad no el recibir una concreta prestación de mercado sino la colaboración administrativa para cumplir fines públicos en el que la eventual contribución financiera tiene por causa específica la cooperación y no la celebración de un contrato.

Las anteriores características, lógicamente, deben interpretarse restrictivamente para evitar que se “pervierta” la figura que delimitan, exceptuada del concepto de contrato público y por lo tanto de los principios generales de publicidad y concurrencia, relaciones jurídicas puramente contractuales, especialmente las que se conciertan entre dos poderes adjudicadores bajo forma o apariencia de convenio de colaboración (problema tradicional en la práctica de colaboración administrativa en España)⁸¹. El hecho de que un

⁸¹ La Comisión Consultiva de Contratación administrativa de Andalucía ha adoptado la Recomendación 8/2008, de 13 de mayo, sobre los convenios de colaboración con las entidades públicas y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, en especial sobre los convenios de desarrollo e investigación y su distinción de los contratos de servicios. En esta Recomendación se señala que “De todo lo expuesto se desprende que a la luz de la nueva regulación contenida en la LCSP todos los supuestos en los que la Administración esté interesada en que por parte de una Universidad o de un organismo público privado de investigación se realice un estudio de I+D concreto, cuyo coste sea sufragado por ella asumiendo los derechos y el uso del resultado del mismo, nos encontramos ante un contrato de servicios sujeto a la LCSP, con las consecuencias que de ello se derivan en cuanto al régimen jurídico de aplicación tanto en la fase de adjudicación del contrato como en la de ejecución, así como respecto de los efectos, cumplimiento y extinción del mismo.” Así SOLO PUEDEN HACERSE CONVENIOS DE I+D cuando:

1.- Todas las partes que lo suscriben (se recuerda que no tiene por qué tratarse de dos partes necesariamente) tienen un interés común en llevar a cabo un proyecto conjunto. La existencia de este interés común se aprecia cuando, con los resultados científicos que se deriven de dicho proyecto, se da satisfacción a las necesidades de cada una de las partes, de acuerdo con sus objetivos

convenio no cumpla con los requisitos para ser considerado pura financiación de servicios no implica que no pueda acogerse a otras figuras excluidas de la contratación pública, como los ya explicados encargos a medios propios⁸².

Pudiera pensarse que tal interpretación limita al extremo la técnica de colaboración al primar la idea de contrato. Pero no es así, pues de esta doctrina queda claro que sí son correctos los convenios de financiación como técnica de colaboración interadministrativa. Así se ha admitido, por ejemplo, como hemos dicho, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón de 21 de julio de 2008 en el caso concreto de financiación autonómica a la explotación de servicios sociales municipales al entender que la prestación que se define no es en si una relación propia de contrato ya que básicamente lo que se realiza es una técnica de colaboración vía financiación entre dos Administraciones

y fines. No puede considerarse que existe ese interés común cuando el interés de una de las partes consista en la realización del trabajo y que éste le sea sufragado -en todo o en parte- por enmarcarse ello en la actividad propia de la entidad.

2.- El objeto del convenio no se traduce en prestaciones y contraprestaciones de las partes y no consiste en la financiación de un proyecto sino en la realización del mismo, de tal forma que, todas las partes contribuyen al desarrollo del proyecto poniendo en común los datos, conocimientos y elementos personales y materiales con que cuentan.

3.- El proyecto debe generar un resultado científico del que se beneficien todas las partes colaboradoras y del que hagan o puedan hacer uso todas ellas.

⁸² Hay que recordar que la financiación de servicios públicos debe cumplir una serie de requisitos para ser considerada acorde a los Tratado. Vid. la STJCE de 24 de julio de 2003, "Altmark", donde se analiza si una intervención estatal debe considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que estas empresas no goza, en realidad, de una ventaja financiera y que, por tanto, dicha intervención no tiene por efecto situar a estas empresas. Para que así suceda se exigen cuatro requisitos: 1) La empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargadas de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas; 2) Los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras; 3) La compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones; y 4) Cuando la elección de la empresa no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

públicas, en el ejercicio de una competencia concurrente como es la de servicios sociales: “Lo que pretende el Gobierno de Aragón con esta práctica es una coordinación efectiva de competencias que permita la mejor eficiencia de los recursos materiales y financieros sin que pueda pensarse que la naturaleza de esta relación es de carácter contractual. Nos encontramos ante la figura de convenios de financiación al no poder ser calificados de contratos ya que la causa del negocio jurídico no es la de recibir una prestación mediante precio como es la propia de un contrato”. En consecuencia, por imperativo normativo, muchas relaciones jurídicas calificadas como convenio hasta la fecha no pueden acogerse a esta categoría al tratarse de auténticos contratos de servicios⁸³.

III. LA DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO DE SERVICIOS Y CONTRATO DE “CONCESIÓN DE SERVICIOS”

Dentro de la cuestión relativa a la clasificación de los contratos conviene detenerse en la distinción entre el contrato de servicios y el contrato de “concesión de servicios” (indirectamente con el contrato de concesión de obras públicas⁸⁴). El artículo 8 LCSP de 30 de octubre de 2007 define al contrato de

⁸³ Por todos, vid. Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Valencia 5/2008, de 17 de noviembre de 2008.

⁸⁴ A este respecto procede recordar que, tanto en su Propuesta modificada de Directiva 91/C 250/05 del Consejo, de 28 de agosto de 1991, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios (DO C 250, p. 4; en lo sucesivo, «Propuesta de 28 de agosto de 1991»), que desembocaron en la adopción de la Directiva 92/50, relativa a los contratos públicos de servicios en general, la Comisión había propuesto expresamente incluir las «concesiones de servicios públicos» en el ámbito de aplicación de dicha Directiva. Como dicha inclusión se justificaba por la intención de «asegurar la coherencia de los procedimientos de adjudicación», la Comisión precisó, en el décimo considerando de su Propuesta de 13 de diciembre de 1990, que «las concesiones de servicios públicos deben quedar incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, de la misma manera que la Directiva 71/305/CEE se aplica a las concesiones de obras públicas». Aunque la referencia a la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los mercados públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/03, p. 9), fue retirada del décimo considerando de la Propuesta de 28 de agosto de 1991, esta última mantuvo expresamente sin embargo en dicho considerando el objetivo relativo a la «coherencia de los procedimientos de adjudicación». No obstante, en el transcurso del procedimiento legislativo, el Consejo suprimió toda referencia a las concesiones de servicios públicos, principalmente a causa de las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de delegación de la gestión de servicios públicos y en las modalidades de dicha delegación, que podrían crear una situación de enorme desequilibrio en la apertura de los mercados de concesiones de servicios públicos (véase el documento n. 4444/92 ADD 1, de 25

gestión de servicios públicos como aquél en cuya virtud una Administración Pública encarga o encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendada.

Entramos, por tanto, en el vidrioso tema de las “concesiones” y su alcance que obliga a una depuración conceptual que debe realizarse necesariamente, desde la óptica del derecho comunitario (y no desde la perspectiva nacional). Al respecto, es ilustrativa la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 12 de abril de 2000, sobre las concesiones en el Derecho comunitario⁸⁵, en la que se nos recuerda que, al contrario de lo que sucede con la «Directiva obras», la «Directiva servicios» no contiene ninguna definición del concepto de concesión de servicios, aunque como recuerda la STJCE de 9 de septiembre de 1999 (RI:SAN), desde luego que la definición del concepto de concesión de un servicio público en el sentido de la normativa comunitaria en ma-

defebrero de 1992, punto 6, titulado «Motivación del Consejo» y adjunto a la Posición Común de la misma fecha). Un destino similar tuvo la postura que la Comisión expresó en su Propuesta modificada de Directiva 89/C 264/02 del Consejo, de 18 de julio de 1989, relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos a entidades que operan en los sectores del agua, energía, servicios de transporte y servicios de telecomunicaciones (DO C 264, p. 22). En dicho documento, que desembocó en la adopción de la Directiva 90/531, primera Directiva en materia de adjudicación de contratos públicos en estos sectores e inmediatamente anterior a la Directiva 93/38, la Comisión había propuesto igualmente para dichos sectores determinadas disposiciones destinadas a regular las concesiones de servicios públicos. No obstante, tal como se indica en el punto 10 del documento n. 5250/90 ADD 1, de 22 de marzo de 1990, titulado «Motivación del Consejo» y adjunto a la Posición Común de este último, de la misma fecha, sobre la Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, el Consejo no aceptó la propuesta de la Comisión de incluir en la Directiva 90/531 normas relativas a las concesiones de servicios públicos, basándose en que tales concesiones sólo se conocían en uno de los Estados miembros y en que no resultaba oportuno regularlas sin haber llevado a cabo un estudio detallado sobre las diversas formas de concesión de servicios públicos existentes en los Estados miembros en los mencionados sectores. A la vista de estos datos, como reconoce el TJCE en su Sentencia de 7 de diciembre de 2000 (Telaustria) se constata que la Comisión no propuso incluir las concesiones de servicios públicos en su Propuesta de Directiva 91/C 337/01 del Consejo, de 27 de septiembre de 1991, por la que se modifica la Directiva 90/531 (DO C 337, p. 1), que desembocó posteriormente en la adopción de la Directiva 93/38.

⁸⁵ Sobre el contenido de la misma resultan ilustrativas las reflexiones de J. ARNOLD, “Le texte définitif de la Communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire”, *Revue Française Droit Administratif* núm. 5 de 2000, pp. 1015-1021.

teria de contratos públicos, así como la cuestión de si una concesión de este tipo, está excluida del campo de aplicación de la Directiva 92/50⁸⁶.

La ausencia de referencia al concepto de concesión de servicios en la «Directiva servicios» requiere algún comentario. En los trabajos preparatorios de esta Directiva, la Comisión había propuesto para este tipo de concesión un régimen análogo al de las concesiones de obras pero el Consejo no aceptó la propuesta. Se planteó en este caso la cuestión de saber si la adjudicación de concesiones de servicios no está incluida enteramente en el régimen establecido por la «Directiva servicios». En efecto, ésta se aplica, como hemos visto, a «*contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora*», excepto algunas excepciones mencionadas en la Directiva entre las cuales no figura el contrato de concesión. Una interpretación literal de esta definición, seguida por algunos autores, podría conducir a incluir el contrato de concesión en el campo de aplicación de la «Directiva servicios», puesto que este contrato se celebra a título oneroso y por escrito⁸⁷. Este enfoque supondría que la adjudicación de una concesión de servicios debería respetar las normas de esta Directiva y, por lo tanto, tendría que ajustarse a un procedimiento más complejo que el de las concesiones de obras.

Sin embargo, a falta de jurisprudencia del Tribunal sobre este punto, la Comisión no ha seguido esta interpretación en los casos concretos que ha tratado. Una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal planteaba la cuestión de la definición y del régimen jurídico de aplicación en las concesiones de servicios (asunto C-324/98 *Telaustria Verlags Gesellschaft m.b.H. contra Post & Telekom Austria (Telaustria)*). Cuestión resuelta por sentencia de 7 de diciembre de 2000 que afirma:

⁸⁶ El asunto versa sobre la adjudicación del servicio público local de recogida de residuos sólidos urbanos a una empresa pública mixta (Ischia Ambiente SpA). Existiría una equivalencia con al posibilidad que recoge el artículo 86.3 LBRL.

⁸⁷ Esta solución presentaba no pocos inconvenientes al derecho Francés -y al español- donde el concepto de servicio público constituye un elemento básico. Así lo advierten, entre otros, M. GUIBAL “La transposition de la réglementation communautaire en France”, *Revue Marché Commun*, núm. 373, 1993, p. 863 y P. FLAMME y M.A. FLAMME, “Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation”, *RMC* núm. 365, 1993, pp. 155-157 y M. MENSI “L’ouverture à la concurrence des marchés publics des services”, *Revue de Marché Unique Européen* núm. 3 de 1993, p. 60.

“Está contemplado en la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, un contrato a título oneroso, celebrado por escrito entre, por una parte, una empresa a la que la legislación de un Estado miembro ha confiado específicamente la explotación de un servicio de telecomunicaciones y cuyo capital social pertenece en su totalidad a los poderes públicos de dicho Estado miembro y, por otra parte, una empresa privada, cuando mediante dicho contrato la primera empresa encarga a la segunda la elaboración y publicación de repertorios de abonados al teléfono, impresos y en formato electrónico (guías telefónicas), con vistas a su distribución pública; pese a estar contemplado en la Directiva 93/38, un contrato de esta naturaleza resulta excluido, en el estado actual del Derecho comunitario, del ámbito de aplicación de esta última, principalmente debido a que la contraprestación que la primera empresa ofrece a la segunda consiste en que esta última obtiene el derecho de explotar su propia prestación, para conseguir así una retribución.

2) Pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, tales contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, las entidades contratantes que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, principio que implica, en particular, una obligación de transparencia que permite que la entidad adjudicadora se asegure de que dicho principio es respetado.

3) Esta obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación”.

A los efectos exclusivos de distinguir entre el fenómeno económico de la concesión de servicios y la noción de contrato público de servicios, y de delimitar así el ámbito de aplicación de la citada Comunicación de 12 de abril de 2000, es importante determinar los rasgos esenciales de tal fenómeno.

El objeto de las concesiones de obras es, por definición, distinto del de las concesiones de servicios⁸⁸. Esto puede suscitar diferencias en términos de inversión y de duración entre los dos tipos de concesión. Sin embargo, considerando los criterios antes citados un contrato de concesión presenta, en gene-

⁸⁸ Sentencia del Tribunal de 26 de Abril de 1994, (*Lottomatica*).

ral, las mismas características, cualquiera que sea el objeto al que haga referencia. En efecto, tal como sucede con las concesiones de obras, el criterio de explotación constituye una característica esencial para determinar si se trata de una concesión de servicios. Y así lo ha puesto de relieve la Sentencia TJCE de 10 de noviembre de 1998 (*BFI HOLDING*), en la que se descarta la calificación de concesión de servicios, visto que la remuneración percibida consistía únicamente en un precio pagado por la autoridad pública y no en un derecho de explotar el servicio⁸⁹. En virtud de este criterio, como primer requisito, existe concesión cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo), cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario, en particular mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus formas. El modo de remuneración del operador es, como en la concesión de obras, un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación⁹⁰.

El segundo requisito para que exista concesión de servicios es que al misma incida normalmente en actividades que, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, pueden ser competencia del Estado y para las cuáles pueden existir derechos exclusivos o especiales⁹¹. Este requisito se viene a identificar con el concepto de servicio público como actividad de titularidad pública de al que se excluye a la iniciativa privada (con apoyo en los actuales artículos 45 y 55 TCE) de tal manera que sólo en estos casos no se aplicarán las Directivas de contratación pública⁹². Esto significa que no existirá concesión de servicios donde no se haya operado una reserva al sector pú-

⁸⁹ Por otra parte, conviene recordar que, en el Sentencia *Lottomatica* antes citada, el Tribunal distinguió claramente entre una transferencia de responsabilidad al concesionario por lo que respecta a las operaciones del juego de la lotería, que pueden calificarse como actividades que entran en la competencia del Estado en el sentido ya indicado, y el simple suministro de sistemas informáticos a la administración. El Tribunal concluyó, en este caso, que, al no existir tal transferencia, se trataba de un contrato público.

⁹⁰ La concesión de servicios, del mismo modo que la concesión de obras, se caracteriza, en definitiva, por una transferencia de la responsabilidad de explotación.

⁹¹ Conclusiones del Abogado General en el citado asunto *BFI*; conclusiones del Abogado General en el citado asunto *RI. SAN Srl*.

⁹² Vid ARNOULD, J. "Les contrats des concessions, de privatisation et de services in house au ...", ob. Cit., pp. 19 a 23. J. LAVILLA RUBIRA, "El contrato de gestión de servicios públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", Documentación Administrativa núm. 274-275, 2006 (publicación en 2008), p.248.

blico sobre la base del artículo 128.2 CE (por no existir auténtica publicación) pues en este último supuesto funciona la técnica autorizatoria como instrumento de regulación de la actividad privada y no la técnica contractual⁹³. Juega aquí, por tanto, la noción estricta de servicio público (la única válida a la luz de la regulación que al efecto contiene la Directiva comunitaria 92/50/CEE, del Consejo, sobre contratos públicos de servicios, de cuyo ámbito se excluye el contrato de concesión de servicio público, entendido éste como los servicios de interés económico general a los que se refiere el actual 86.2 TCE)⁹⁴, que no cabe confundir con los contratos de servicios ni con la concesión de obra pública o de explotación de infraestructuras⁹⁵. Así, a juicio de la Comunicación interpretativa, teniendo en cuenta lo anterior, y sin perjuicio de las disposiciones de Derecho comunitario que pudieran ser de aplicación, la presente Comunicación no contemplaría, al no tener consideración de “concesión de servicios”:

- a) actos por los que un poder público confiere una habilitación o concede una autorización para ejercer una actividad económica, por más que dichos actos puedan considerarse concesiones en algunos Estados miembros. Por ejemplo, las licencias de taxi, las autorizaciones para utilizar la vía pública (quioscos de prensa, terrazas de café ...), los actos relativos a las farmacias o las gasolineras;
- b) actos cuyo objeto sean actividades de carácter no económico, como la escolarización obligatoria o la seguridad social⁹⁶.

En este sentido se pronuncia la STJCE de 18 de noviembre de 2004, al recordar que su contrato será de servicios, y se deberán aplicar los procedimientos, si “no se enmarca en el contexto de las actividades de interés general de la ciudad de Múnich, sino en el de una actividad económica independien-

⁹³ Sobre este punto me remito a mis trabajos y la bibliografía en ellos citada: «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, pp. 141-212; «Servicio público, derechos fundamentales y Comunidad Europea», *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 5, 1994, pp. 127-166; *Estudio sistemático de la Ley de Administración Local en Aragón* con el Capítulo dedicado a los Servicios públicos locales, Ed. Cortes de Aragón, Zaragoza, 2000, pp. 321-355.

⁹⁴ Así, por ejemplo, el transporte de pacientes en ambulancias no será servicio público, como se advierte en la STJCE de 17 de diciembre de 2007.

⁹⁵ Así lo ha entendido y admitido la jurisprudencia del TJCE: Sentencias *Sacchi*, de 30 de abril de 1974 en el asunto 155/73 y *Elliniki Radiophonia*, de 18 de junio de 1991 en el asunto C-260/89.

⁹⁶ Sobre la problemática que plantea esta distinción de conceptos de concesión de servicios y contrato de servicios y su reflejo en el articulado de la LCAP ya llamó la atención M. RAZQUIN, *Contratos públicos y derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, ob. Cit., pp. 251-254.

te, claramente distinta y sometida a la competencia, a saber la explotación de la central técnica de Múnich-Norte”.

Estos dos requisitos tienen carácter acumulativo⁹⁷, lo que en la práctica supone que, aun estando en presencia de un contrato de concesión de servicios públicos, sólo funcionará la excepción cuando al explotación recae bajo entera responsabilidad del contratista, dato que si se da en lo que a las modalidades de prestación reciente la concesión pero no en la gestión interesada en la que, como es sabido, la administración concedente y el contratista participan en los resultados de la explotación (ganancias o pérdidas) según la proporción que se establezca y podrá consistir, conjunta o separadamente, en una asignación fija o proporcional a los resultados de la explotación. En este supuesto, sería de aplicación, por tanto, el contenido de la Directiva 92/50, de servicios⁹⁸. Otro tanto podría predicarse de su concreta articulación la modalidad de sociedad de economía mixta en la que, además, podría suponer una discriminación indirecta, tal y como ya pusiera de relieve la STJCE de 5 de diciembre de 1989⁹⁹.

Es cierto que, según jurisprudencia reiterada del TJCE, nada en el Tratado se opone a que los Estados miembros, por consideraciones de interés público de carácter no económico, sustraigan al juego de la competencia algunos servicios de interés general, confiriendo derechos exclusivos. El Tribunal añade, sin embargo, que las modalidades de organización y el ejercicio de un

⁹⁷ Así lo defiende también C. FOUASSIER, “Vers un véritable droit communautaire des concessions?”, *Revue Trimestral de Droit Européen* núm. 4, 2000, pp. 680-685.

⁹⁸ En cambio, es procedente destacar que cuando una concesión se termina, su renovación es asimilable a una nueva concesión y quedaría por lo tanto cubierta por la Comunicación. Un problema existirá cuando, entre el concesionario y el concedente, existe una forma de delegación interorgánica que no sale de la esfera administrativa del órgano de contratación. Relaciones vinculadas al fenómeno definido a veces como «in-house providing» y resueltas en los STJCE de 18 de noviembre de 1999, Teckal de 7 de diciembre de 2000 (ARGE). Al respecto, me remito a mi libro *Contratos públicos ...*, ob.cit., pp. 76-85 y ORDÓÑEZ SOLÍS, *La contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 100-105.

⁹⁹ ARNOULD, J., “Les contrats des concessions, de privatisation et de services in house au ...”, ob. Cit., pp. 16-17. En esta Sentencia se Condena a la República de Italia al reservar únicamente a las sociedades en que el Estado o el sector público tengan, de forma directa o indirecta, una participación mayoritaria o total la posibilidad de celebrar convenios en materia de realización de sistemas informáticos por cuenta de la Administración pública.

monopolio creado de este modo no deben afectar a lo dispuesto en el Tratado sobre libre circulación de mercancías y servicios ni a las normas de la competencia¹⁰⁰. En cualquier caso, las “concesiones de servicio”, aunque no estaban contempladas en las directivas sobre contratos públicos de los años 90, quedan sujetas a las normas y a los principios del Tratado, en la medida en que se conceden por medio de actos imputables al Estado, y tienen por objeto la prestación de actividades económicas¹⁰¹. En este punto, la STJCE de 18 de noviembre de 1999 (Unitron Scandinavia) ha afirmado que:

“El artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36 debe interpretarse del siguiente modo: Dicha disposición impone a un poder adjudicador que otorga derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público a cualquier entidad distinta de tales poderes adjudicadores que exija a ésta que respete el principio de no discriminación en razón de la nacionalidad al adjudicar contratos públicos de suministro a terceros en el marco de esa actividad.

En cambio, cuando concurren las referidas circunstancias, dicha disposición no impone al poder adjudicador la obligación de exigir a la entidad de que se trate que respete los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva 93/36 para la adjudicación de tales contratos públicos de suministro.”

Esto significa que el TCE no limita la libertad de un Estado miembro para hacer uso de las concesiones siempre y cuando las modalidades de adjudicación sean compatibles con el ordenamiento jurídico comunitario¹⁰². En lí-

¹⁰⁰ Sentencia *Elliniki Radiophonia* antes citada, punto 12. Vid. C. FOUASSIER, “Vers un véritable droit communautaire des concessions?”, *Revue Trimestral de Droit Européen*, ob. Cit., pp. 690-696.

¹⁰¹ J. ARNOLD, “Le texte définitif de la Communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire”, ob. Cit., pp. 1019-1020

¹⁰² Tal como resulta de la jurisprudencia del Tribunal, aunque, en virtud del Tratado, los Estados miembros conserven la libertad de establecer normas materiales y procesales, deben cumplir todas las disposiciones pertinentes del ordenamiento jurídico comunitario y, en particular, las prohibiciones que se derivan de los principios consagrados por el Tratado sobre derecho de establecimiento y libre prestación de servicios. Sentencia de 9 de julio de 1987, (*Bellin*). Algunos Estados miembros han considerado a veces que la adjudicación de una «concesión» no estaba sometida a las normas del Tratado porque se trata de una delegación de un servicio público que sólo puede concederse sobre la base de la confianza recíproca (*intuitu personae*). Como se desprende del Tratado y de la reiterada jurisprudencia del Tribunal, las únicas razones que permiten que los actos del Estado susceptibles de transgredir los artículos 43 y 49 (antiguos artículos 52 y 59)

nea con esta jurisprudencia la reciente Directiva 2004/18 de 31 de marzo, del contratos define expresamente al contrato de concesión de servicios como aquel que “presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un “precio”, estableciendo, en su artículo 17 que dichos contratos están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva (pero no, insistimos, de los principios del Tratado).

En la práctica esto comporta no sólo una reducción del ámbito tradicional de nuestro concepto de servicio público sino también que, en su caso, la única forma de gestión indirecta sea la concesión y no la gestión interesada, ni el concierto ni la sociedad de economía mixta al no cumplir los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE. Lo que no supone negar ni la acción concertada ni la decisión organizativa de crear empresas mixtas sino solamente aclarar que estas técnicas no permiten eludir las reglas de contratación pública derivada de las Directivas.

En esta línea la STJCE de 13 de octubre de 2005 (Parking Brixen GMBH y) ha considerado como contrato de concesión de servicios públicos al explotación de un esacionamiento de titularidad pública por cuanto “la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. Esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos. Por consiguiente, la situación descrita en el litigio principal no se trata de un contrato público de servicios, sino de una concesión de servicios públicos”. Esta sentencia añade no poca confusión al optar por un concepto de concesión de servicios públicos que no encaja con la jurisprudencia anterior al considerar la explotación del parking como una actividad económica cuando, en mi opinión, se trata de al explotación de una infraestructura, lo que, de por sí, esta más ligada a la noción de contrato de servicios. La concesión de servicios procederá en actividades donde la titulari-

del Tratado eludan la prohibición dispuesta en éstos son las contempladas en los artículos 45 y 55 (antiguos artículos 55 y 66), cuyas condiciones de aplicación, muy restrictivas, han sido indicadas por el Tribunal - Sentencia *Lottomatica* considera que, habida cuenta de los hechos, las tareas del concesionario se limitaban a actividades de carácter técnico y, como tales, quedaban sujetas a las disposiciones del Tratado-. Nada en el Tratado o en la jurisprudencia del Tribunal permite considerar que sea de otro modo en el caso de las concesiones.

dad recaiga en una Administración Pública y por ello sea susceptible de explotación directa o indirecta. En este tipo de contratos se presta un servicio y al retribución del licitador no cambia naturaleza, como se constata en el régimen del contrato de concesión de obra pública, al que ahora se hará referencia (en esta modalidad contractual hay obra y explotación y se entiende sometida al derecho comunitario, por lo que bien cabe deducir que la sola explotación de al obra lo estará igualmente y no merecerá la calificación de concesión de servicios).

En suma, se reduce la categoría de contrato de servicio público, debiendo estar para su calificación a lo dispuesto en el vigente Reglamento regulador del C.P.V., en tanto norma de efecto directo en todos los Estados.

CONCLUSIONES:

Como Conclusión a todo lo expuesto en esta ponencia, podemos afirmar que la regulación del derecho comunitario de los contratos públicos obliga a repensar figuras habituales de la organización municipal. Nadie duda de las ventajas que debe deparar una eficaz aplicación de la normativa de contratación pública pero, quizá, debe realizarse un análisis de sí es o no conveniente cierta flexibilización de reglas en el concreto campo de la organización municipal. Es esta ya una cuestión planteada en el seno del Parlamento Europeo, quien entiende que las normas sobre la cooperación entre los poderes públicos forman parte, al igual que los contratos públicos, de la organización administrativa nacional y, por tanto, hay que diferenciarlas de los llamados contratos de subordinación entre la Administración y los ciudadanos¹⁰³. Para el Parlamento Europeo los casos de cooperación intermunicipal son básicamente acuerdos sobre competencia dentro de la organización administrativa de un Estado miembro. En su opinión, “las transferencias de tareas entre municipios no son operaciones de adquisición a terceros, sino medidas de organización intraestatales. Se asigna una determinada tarea dentro del Estado a otro órga-

¹⁰³ El 20 de abril de 2006 se celebró en el una audiencia pública sobre la eficacia de las Directivas de contratación pública en el marco de la Comisión Parlamentaria IMCO (Mercado Interior y Protección del Consumidor). El objetivo de la jornada era dar a conocer a los eurodiputados (MEP) y al público en general la situación actual de la ejecución de la nueva normativa sobre contratación pública: la cooperación intermunicipal, los contratos “*in-house*” y los criterios *Teckal*, y los recursos, umbrales, colaboración publico-privada (CPP) y la participación transfronteriza. En esta reunión se pidió la revisión de la doctrina *in house* para las relaciones intermunicipales solicitando un a mayor claridad en aras a la seguridad jurídica.

no. En este ámbito, la UE no posee ninguna competencia. La organización administrativa nacional se basa en el principio básico de la autonomía organizativa y procedimental de la UE y así lo considera también el Tribunal de Justicia. Si en estos casos se sujetase al Derecho sobre contratación pública una reorganización de las competencias dentro de la organización estatal en su conjunto, se estaría imponiendo una privatización indirecta (tal concepción estaría en contradicción con el artículo 295 del Tratado CE, según el cual el Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad de los Estados miembros”.

El Parlamento argumenta que la soberanía organizativa municipal está garantizada tanto a escala nacional como europea¹⁰⁴. Naturalmente, no todos los acuerdos entre autoridades soberanas *per se* están exento del cumplimiento de la legislación sobre contratación pública. Antes bien, hay que delimitar las medidas de carácter puramente organizativo de los acuerdos entre autoridades administrativas.

Obviamente, un dato muy relevante es la “dimensión” municipal. Sin duda las grandes ciudades pueden adaptarse a las nuevas reglas de juegos al contar con capacidad administrativa y financiera suficiente. No ocurre así lo mismo con el pequeño municipio que ve como ciertas técnicas le son ahora vetadas dificultando el ejercicio de sus competencias. Esta es la consecuencia de, quizá, haber superado los límites necesarios. Una solución pasaría por regular adecuadamente como técnica administrativa y con nítidos límites la figura de cooperación mediante colaboración para prestaciones con otras Administraciones o personificaciones garantizando que no pretende perturbar las reglas de la libre competencia. En todo caso, lo que sí parece conveniente es que estas técnicas instrumentales no deberían traducirse en una alteración del régimen jurídico. Es decir, mediante los servicios *in house* no debería cambiarse ni el régimen jurídico del contrato ni los mecanismos de control ni, mucho menos, las normas aplicables en función del ente que demanda la prestación. Aquí, entiendo, debemos insistir en la idea de que una técnica de autoorga-

¹⁰⁴ Desde el punto de vista europeo, resulta por un lado de la idea de subsidiariedad del artículo 5 del Tratado CE y, por otro, de los artículos 2 y 4 de la Carta europea de autonomía regional. También el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa reconoce expresamente en su artículo I-5 la autonomía regional y municipal, así como sus estructuras organizativas conforme a la legislación nacional, cuando dice que la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, *también en lo referente a la autonomía local y regional*.

nización administrativa –muchas veces no sólo legítima sino necesaria– no puede concluir en una privatización de la gestión de ese contrato pues se desnaturaliza incluso el propio concepto de Administración Pública. Ni mediante convenios de cooperación se puede “alterar” el régimen de una prestación que debe ser “absorbida y ejecutada” por el sector empresarial en un marco de efectiva competencia.

Es este un debate complejo que exige una previa determinación de principios y límites y donde esta en juego la propia esencia de las instituciones del Derecho Administrativo, así como la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas.