

## LOS CONTRATOS *IN HOUSE PROVIDING* Y LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Juan Pozo Vilches  
*Teniente Coronel Auditor*  
*Doctor en Derecho*

### SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA. 1. Los requisitos de los contratos *in house providing*. 2. El requisito del «control análogo». 3. El requisito de la «parte esencial» de la actividad. III. LOS CONTRATOS *IN HOUSE PROVIDING* EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. IV. LOS CONTRATOS *IN HOUSE PROVIDING* EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 1. Requisitos materiales. 2. Requisitos formales. 3. Requisitos teleológicos. V. CONCLUSIONES.

### I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Entre las cuestiones más interesantes y controvertidas que presenta la vigente Ley de Contratos del Sector Público<sup>1</sup> se encuentran los contratos con medios propios, denominados a nivel comunitario contratos domésticos o *in house providing*.

Los contratos *in house providing* son aquellos en los que un poder adjudicador encarga directamente a un ente instrumental la realización de una determinada prestación.

---

<sup>1</sup> En adelante, LCSP.

La importancia de esta figura estriba en que estos contratos los adjudica directamente la Administración matriz<sup>2</sup> al margen de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos<sup>3</sup>, y, por tanto, sin concurrencia ni publicidad.

Para que pueda hablarse de contratos *in house*, el ente instrumental, a pesar de tener personalidad jurídica propia, debe depender completamente de la Administración matriz y carecer de verdadera capacidad decisoria autónoma. Es decir, el ente instrumental está obligado a realizar el encargo, sin poder rechazarlo, y bajo las condiciones que le imponga la Administración matriz. Ante la ausencia de voluntad del ente instrumental, no se puede hablar de acuerdo de voluntades, y, por tanto, no se puede hablar de contrato, por lo que no resultará de aplicación la normativa comunitaria sobre contratación pública.

Como dice Pernas García<sup>4</sup>, «sólo hay una única voluntad decisoria (la de la Administración matriz) que ordena la realización de una determinada actividad a un apéndice propio, mediante la adopción de un acto administrativo».

Aunque la denominación contratos domésticos puede dar lugar a confusión<sup>5</sup>, no se trata de auténticos «contratos», sino, como se dice en la sentencia *Stadt Halle* de 11 de enero de 2005, de *operaciones internas exentas de la obligación de licitación*. Por eso parte de la doctrina prefiere hablar de encargos, órdenes de ejecución, encomiendas, mandatos, operaciones *in house*, servicios *in house*, actividades *in house*...

El fundamento de los contratos *in house* se encuentra en la capacidad autoorganizativa de las Administraciones Públicas con el fin de obtener una mayor eficiencia en los procedimientos de contratación<sup>6</sup>. Como se ha indicado, las Directivas comunitarias no son de aplicación cuando es un medio propio de la Administración el que realiza la prestación, pues en tal caso no nos encontramos ante una relación contractual, sino instrumental. Si la Administración, por sus propios medios, puede obtener una

---

<sup>2</sup> Es de señalar que, en estos contratos, no siempre el poder adjudicador será una Administración, aunque sí será lo más frecuente. Por tanto, a efectos puramente expositivos se denominará «Administración matriz» a la entidad adjudicadora, y así evitar confusiones con el ente instrumental, el cual también puede ser Administración (por ejemplo, un Organismo autónomo), y, por tanto, poder adjudicador.

<sup>3</sup> En la actualidad, Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

<sup>4</sup> Pernas García, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, Madrid, 2008, pág. 39.

<sup>5</sup> Sería más correcto denominarlos «encargos», si bien se mantendrá en el texto el nombre por el que se les conoce a nivel comunitario.

<sup>6</sup> Sosa Wagner, «El empleo de recursos propios por las Administraciones locales», en *Estudios de Derecho Público Económico*, Madrid, 2003, p.1317.

prestación, nadie le puede obligar a que acuda a un tercero a través de una licitación pública.

Lamentablemente, las Directivas comunitarias no tratan de los contratos *in house*, laguna que si se hubiese colmado, habría proporcionado seguridad jurídica<sup>7</sup>. Su configuración se debe a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>8</sup>, por lo que es muy importante, para conocer los requisitos que deben concurrir en estos encargos, examinar los pronunciamientos del citado Tribunal.

El TJCE empezó a pronunciarse sobre los denominados contratos domésticos a raíz de las protestas de los empresarios privados, que veían con preocupación cómo la Administración celebraba contratos con sus entes instrumentales, sin publicar la correspondiente licitación, a pesar de que ellos también se encontraban perfectamente capacitados para ejecutar el contrato. Y entendían que tal actuar de la Administración vulneraba las Directivas Comunitarias sobre contratación pública.

La primera vez que el TJCE aborda el tema de los contratos *in house* fue en la famosa sentencia *Teckal* de 18 de noviembre de 1999, que se sigue utilizando como referencia obligada. Esta sentencia determinó los requisitos que debían concurrir para que se estuviera en presencia de un contrato *in house*. Con posterioridad, el TJCE ha seguido manteniendo los requisitos de la sentencia *Teckal* (sentencias *Stadt Halle* de 11 de enero de 2005, *Comisión/ España* de 13 de enero de 2005, *Comisión/ Austria* de 10 de noviembre de 2005, *Carbotermo* de 11 de mayo de 2006...), pero, en cambio, no presenta un criterio uniforme en cuanto a las circunstancias que permiten determinar si se cumplen o no tales requisitos.

Los contratos *in house providing* se introdujeron en la legislación española a raíz de la condena del TJCE a España en el año 2005 por haber excluido del ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas<sup>9</sup> a los convenios de colaboración

---

<sup>7</sup> La propuesta de la que más tarde se convertiría en Directiva 2004/18/CE, establecía en el artículo 19 bis, que después no sería aceptado, lo siguiente (DOCE de 27 de agosto de 2002):

«La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos que un poder adjudicador celebre con una entidad jurídicamente distinta poseída exclusivamente por dicho poder adjudicador siempre que:

— dicha entidad no disponga de autonomía decisoria respecto a dicho poder adjudicador debido a que éste ejerce sobre ella un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios

— esta entidad realice la totalidad de su actividad con el poder adjudicador que la detiene».

<sup>8</sup> En adelante, TJCE.

<sup>9</sup> En adelante, TRLCAP.

interadministrativos, lo que suponía una adaptación incorrecta de las Directivas Comunitarias.

A causa de esta sentencia, se modificó el TRLCAP, que a partir de entonces estableció, como uno de los negocios jurídicos excluidos de su ámbito, a las «encomiendas de gestión». Esto es, el legislador español, en vez de excluir expresamente del ámbito del TRLCAP a los contratos con medios propios, utilizó, de forma indirecta, una figura que ya existía en el Derecho Administrativo, como son las encomiendas de gestión.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2007, con una mayor precisión, ya no habla de «encomiendas de gestión» sino de negocios jurídicos con medios propios.

En el presente trabajo se examinarán los requisitos de los contratos *in house providing* según el TJCE, su regulación en el TRLCAP (lo que nos obliga a analizar la sentencia del TJCE que condenó a España en el año 2005), su regulación en la LCSP y los complejos problemas interpretativos que esta última norma plantea.

## II. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

### 1. LOS REQUISITOS DE LOS CONTRATOS *IN HOUSE PROVIDING*

La primera sentencia del TJCE que trata de los contratos *in house* es la sentencia *Teckal* de 18 de noviembre de 1999, si bien con anterioridad la sentencia *BFI Holding* de 10 de noviembre de 1998 ya inició tímidamente el camino. Posteriormente los requisitos contenidos en la sentencia *Teckal* se han ido perfilando en otros pronunciamientos del TJCE, aunque no siempre con precisión y acierto<sup>10</sup>, lo que ha creado cierta inseguridad jurídica, que se hubiese evitado en gran medida si estos contratos hubiesen sido regulados en las Directivas comunitarias.

---

<sup>10</sup> Como dicen Sosa Wagner y Fuertes López, «En los primeros pronunciamientos, este Tribunal (*el TJCE*) admitió que podía excluirse la aplicación de las Directivas de contratación pública en aquellos negocios que relacionaban directamente a las Administraciones Públicas con sus sociedades. Sin embargo, al exigirse más precisiones, en posteriores y recientes sentencias, las afirmaciones de este Tribunal comunitario se han matizado e, incluso, ha introducido nuevos rigores que modulan esas lógicas relaciones de las Administraciones con sus organismos y sociedades. ¡Qué razón tenía Ihering al sostener que no se debía insistir sobre asuntos ya tratados! Pues, como en los sucesivos prensados de la uva, poco tiene que ver el primer zumo con los posteriores que, al final, pueden quedar ciertamente aguados. Así, frente a las primeras afirmaciones del Tribunal, parecen algo arriesgadas las posteriores que pueden conducir a contradicciones o incoherencias» (Sosa Wagner y Fuertes López, «¿Pueden los contratos quedar en casa? La polémica europea sobre la contratación *in house*», Revista La Ley, 17 de mayo de 2007).

En la sentencia *Teckal* se planteaba la siguiente cuestión: el municipio de Viano (Italia) encargó mediante un «acuerdo» a AGAC (mancomunidad formada por casi medio centenar de municipios, entre ellos el de Viano, que participaba con un porcentaje del 0,9%) la gestión de un servicio público, sin la previa convocatoria de una licitación pública. Una empresa privada llamada Teckal recurrió tal acuerdo, alegando que el municipio de Viano debería haber utilizado los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos previstos en la normativa comunitaria.

Según la sentencia *Teckal*, para que exista un contrato público basta «que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste». Y sólo puede ser de otra manera, continúa la citada sentencia, haciendo referencia a los contratos *in house*, «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».

Por consiguiente, no existirá auténtico contrato, y se estará ante una relación *in house*, cuando concurren los siguientes requisitos:

- Que la entidad adjudicadora ejerza sobre el ente un «control análogo» al que ejerce sobre sus propios servicios.
- Que el ente realice la «parte esencial» de su actividad para la entidad adjudicadora.

De esta manera el TJCE determina los dos requisitos que deben concurrir para que nos encontremos ante un contrato *in house*: control análogo y parte esencial de la actividad.

Para Pernas García<sup>11</sup> la concurrencia de estos dos criterios «indica que la entidad encomendada es una prolongación administrativa del poder encomendante; son una única e idéntica persona».

Al tratarse los contratos *in house providing* de una excepción a las reglas sobre contratación pública, los requisitos que exige la jurisprudencia del TJCE han de ser objeto de interpretación estricta, correspondiendo su prueba al que afirma su existencia (sentencia *Stadt Halle* de 11 de enero de 2005). Y no puede ser de otro modo ya que una proliferación abusiva y desmesurada de medios propios podría falsear las reglas de la libre competencia y convertir la excepción en regla. Como dice la sentencia *Carbotermo* de 11 de mayo de 2006:

---

<sup>11</sup> Pernas García, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, ob. cit., pág. 176.

«Procede recordar que el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es la libre circulación de las mercancías y los servicios y su apertura a la *competencia no falseada* en todos los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle* y *RPL Lochau*, C-26/03, apartado 44).

Los requisitos establecidos por la sentencia *Teckal*, antes citada, para considerar la Directiva 93/36 inaplicable a los contratos celebrados entre un ente territorial y una persona jurídicamente distinta de éste, conforme a los cuales es preciso 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, *tienen por objeto principal evitar que se falsee el juego de la competencia*».

## 2. EL REQUISITO DEL «CONTROL ANÁLOGO»

El primer requisito (y previo, sin el cual el TJCE no entra a examinar el segundo) consiste en que la Administración matriz ejerza sobre el ente instrumental un «control análogo» al que ejerce sobre sus propios servicios.

Control «análogo» no significa control «idéntico», pero sí implica subordinación del ente instrumental con respecto a la Administración matriz. El ente instrumental goza de autonomía en los asuntos ordinarios, pero está sometido a la Administración matriz en los asuntos de más trascendencia.

Como apunta, con acierto, Pernas García<sup>12</sup> «la existencia de una relación de subordinación entre la Administración matriz y el ente instrumental impide que se pueda hablar de este último como un tercero en el plano material». Y con cita de Ortiz Mallol, concluye que «la personalidad jurídica del ente instrumental sólo es alegable frente a terceros, no ante la Administración matriz».

En efecto, un ente instrumental, aunque tenga personalidad jurídica (pública o privada), no es algo ajeno a la Administración, no es un tercero para la Administración, sino que es un «medio propio» (y nunca mejor dicho) de la Administración.

Debido a la subordinación del ente instrumental, en los contratos *in house* no se puede hablar de contrato, como se ha mencionado anteriormente, porque el ente instrumental no tiene capacidad decisoria propia, sino que debe cumplir lo que le encargue la Administración matriz y bajo

---

<sup>12</sup> Pernas García, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, ob. cit., pág. 59.

sus condiciones. Tal subordinación aparece con mayor nitidez cuando el ente instrumental es un Organismo público, y se enturbia en el caso de sociedades mercantiles de capital público.

El ente instrumental, al cumplir el encargo, debe perseguir los mismos fines de interés público que la Administración matriz<sup>13</sup>. En el momento en que el ente persiga un interés particular, en el momento en que el ente pretenda actuar en el mercado como uno más, ya no estaremos ante un medio propio (salvo que su actividad mercantil sea muy marginal), y le será de aplicación la normativa general sobre contratación pública, como a cualquier otro contratista.

¿Cuándo se puede hablar de «control análogo»? La sentencia *Carbotermo* de 11 de mayo de 2006 establece que para apreciar si el poder adjudicador ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, es preciso tener en cuenta «el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes». Del referido examen ha de resultar que la sociedad adjudicataria está sometida a un control que permite que el poder adjudicador influya en sus decisiones. No es necesario que exista un control efectivo, sino que basta con que tal control pueda ejercerse («posibilidad de influencia determinante» se recoge en la sentencia *Parking Brixen* de 13 de octubre de 2005; «influencia *potencialmente* determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad» figura en la sentencia *Carbotermo* de 11 de mayo de 2006),

En una sociedad se podría pensar que existe «control análogo» cuando todo el capital es público. Pero esto no es bastante. El TJCE ha manifestado que «el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria *tiende a indicar, en principio*, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios» (sentencia *TRAGSA* de 19 de abril de 2007; en el mismo sentido se pronuncia la sentencia *Carbotermo* de 11 de mayo de 2006).

Y este criterio es seguido, con acierto, por la doctrina. Así Pernas García<sup>14</sup> afirma lo siguiente:

«La propiedad íntegramente pública *no es suficiente* para entender que se dan las condiciones que permiten identificar la existencia de un control

---

<sup>13</sup> Por eso entendemos que el precio a abonar al ente instrumental por la prestación, no debe conllevar beneficio alguno, al igual que si la realizara la propia Administración matriz.

<sup>14</sup> Pernas García, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, ob. cit., pág. 80.

análogo. Es un presupuesto necesario, pero no una circunstancia determinante. Debe haber además un vínculo de dependencia entre Administración encomendada y entidad encomendada».

Y la jurisprudencia del TJCE nos muestra casos en que, a pesar de ser el capital íntegramente público, se consideraba que no existía el «control análogo» necesario para poder celebrar un contrato doméstico, al concurrir alguna de las siguientes razones:

- O porque estaba prevista la entrada futura de capital privado (como ocurría en la sentencia *Parking Brixen*, de 13 de octubre de 2005; o más llamativa fue la sentencia *Comisión/Austria*<sup>15</sup> de 10 de noviembre de 2005).
- O porque todo el capital era público, pero no tenía participación alguna el poder adjudicador (o era muy pequeño, como ocurría en la sentencia *Teckal*, en la que el ente adjudicador sólo poseía el 0,9%; no obstante este criterio se ha diluido en gran medida en la sentencia *TRAGSA*<sup>16</sup> de 19 de abril de 2007).
- O porque, aunque todo el capital fuese público, no existía dependencia con respecto al poder adjudicador (por ejemplo, por gozar los órganos de gobierno de independencia: sentencia *Carbotermo*<sup>17</sup> de 11 de mayo de 2006).

---

<sup>15</sup> Un municipio adjudica un contrato a una empresa municipal, y muy poco después se permite a una empresa privada adquirir el 49% de su capital. El Gobierno austriaco defendía que, en el momento de la adjudicación, la empresa era 100% municipal, y por tanto tenía la consideración de medio propio del municipio, argumento que no aceptó el TJCE, pues entendía que debía tenerse en cuenta no sólo el momento de la adjudicación, sino también los hechos posteriores, como era la entrada de capital privado en un porcentaje del 49%.

<sup>16</sup> Que ha reconocido que TRAGSA es medio propio incluso de Comunidades autónomas que tienen una participación mínima en su capital (en el momento de dictarse la sentencia, el 1% del capital pertenecía a cuatro Comunidades autónomas, y el restante 99% al Estado). Ahora bien, la sentencia se fundamentaba, más que en la participación en el capital, en la obligación legal que tenía TRAGSA de cumplir los encargos que le hiciera tanto el Estado como las Comunidades autónomas.

<sup>17</sup> Se adjudicó directamente un contrato a una sociedad cuyo capital pertenecía a varios Ayuntamientos, y ésta, a su vez, subcontrató con una sociedad cuyo capital le pertenecía íntegramente. El TJCE afirma «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».

En conclusión, como dice Gimeno Feliú, la propiedad mayoritaria del ente instrumental no es suficiente para justificar la existencia del control<sup>18</sup>.

En este sentido resulta apropiado traer a colación la sentencia *Parking Brixen* de 13 de octubre de 2005. El municipio de Brixen adjudicó a una empresa especial<sup>19</sup> de su propiedad la gestión de dos aparcamientos, sin previa licitación. Poco después, la empresa «especial» se convirtió en sociedad anónima.

Pues bien, según el TJCE, la nueva sociedad anónima adquirió una «vocación de mercado» que ponía en precario el control municipal, destacando los siguientes hechos:

- a) Su transformación en sociedad anónima.
- b) La ampliación del objeto social de la nueva sociedad.
- c) La apertura obligatoria de la sociedad, a corto plazo, a capital ajeno.
- d) La expansión del ámbito territorial de las actividades de la sociedad a toda Italia y al extranjero.
- e) Los considerables poderes atribuidos al consejo de administración, sin que, en la práctica, el municipio ejerciera ningún control sobre la gestión.

En definitiva, y por las razones expuestas, el TJCE consideró que no existía el «control análogo» para que se pudiera hablar de un contrato *in house*.

Esta sentencia llama la atención por ser excesivamente estricta, sobre todo si la comparamos con otros pronunciamientos. El hecho de transformarse en sociedad anónima, de ampliar su objeto social y de extender su radio de acción, no eran obstáculos insalvables para que se pudiera considerar medio propio, pues el municipio seguía siendo el único accionista de la sociedad. Ni tampoco lo era los extensos poderes atribuidos al consejo de administración<sup>20</sup>. El único obstáculo verdadero era la entrada de capital

---

<sup>18</sup> Gimeno Feliú, «Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación», Madrid, 2003, pág. 78. En consecuencia, no todas las empresas públicas, por el simple hecho de serlo, serán medios propios. En el mismo sentido se pronuncia dicho autor en «La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: el alcance de la jurisprudencia comunitaria», 2005, pág. 8.

<sup>19</sup> Denominación que reciben en Italia ciertas sociedades municipales.

<sup>20</sup> Pernas García considera que aunque se trate de una sociedad anónima cuya capital sea íntegramente público, no existe control si el ente adjudicador sólo puede ejercer el control que le atribuye el propio Derecho de sociedades (*Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, ob. cit., pág. 95).

En contra parecen manifestarse Sosa Wagner y Fuertes López al expresar que «resulta paradójico afirmar que ¡el accionista único no controla la sociedad!» («¿Pueden los contratos quedar en casa? La polémica europea sobre la contratación in house», Revista La Ley, 17 de mayo de 2007).

privado, pero tal circunstancia no se había producido (ni parece que haya ocurrido con posterioridad).

¿Cuándo una sociedad de capital enteramente público no se puede considerar medio propio? Como dijo acertadamente el Abogado General en la sentencia *Parking Brixen*<sup>21</sup> «sólo cuando una empresa es realmente tan independiente (autónoma) que la entidad adjudicadora ya no esté en condiciones de desarrollar plenamente en ella sus objetivos de interés público, no cabe hablar de un control análogo al ejercicio sobre los servicios propios».

¿Qué ocurre en las sociedades en las que participa, junto al capital público, capital privado? Por muy importante que sea la participación pública, y muy escasa la privada, dicho ente no puede ser considerado medio propio.

Así en la sentencia *Stadt Halle* de 11 de enero de 2005<sup>22</sup>, no se consideró medio propio a una empresa que estaba participada en un 24,9% con capital privado: «la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios». Y ello por dos razones, como argumentaba la propia sentencia:

1. 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.
2. 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 interesados contemplado en la Directiva 92/50, 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.

Ahora bien, a nadie se le escapa que una mínima participación privada no altera en absoluto el control que pueda ejercer la Administración sobre la sociedad. Imagínese un capital público del 99% y un capital privado del

---

<sup>21</sup> Citado por Sosa Wagner y Fuertes López en «¿Pueden los contratos quedar en casa? (la polémica europea sobre la contratación in house)», Revista La Ley, 17 de mayo de 2007.

<sup>22</sup> Y en el mismo sentido se pronunció la sentencia *Jean Auroux y otros* de 2007.

1%. Indudablemente, el control del ente estaría en manos de la Administración. Entonces, ¿por qué el TJCE no lo admite? Entendemos que, además de por razones de seguridad jurídica (si se exige la totalidad del capital, se acabó cualquier duda sobre dónde fijar la frontera), el legislador ha querido impedir que el accionista privado se pueda beneficiar de la posición privilegiada del ente instrumental, que va a recibir encargos directos de la Administración matriz al margen de las convocatorias públicas exigidas por la legislación de contratos del sector público.

El TJCE, al analizar el requisito del control análogo, ha llegado a veces a unas conclusiones un tanto desconcertantes, como en la sentencia *TRAGSA* de 19 de abril de 2007. El capital social de TRAGSA correspondía, el 99%, al Estado español<sup>23</sup>, y el 1% restante a cuatro Comunidades Autónomas, titulares cada una de ellas de una acción. Pues bien, mientras el abogado general, con buen criterio, entendía que TRAGSA debía considerarse medio propio de la Administración General del Estado, pero no de las Comunidades autónomas, porque éstas, ni siquiera las que participaban en su capital, ejercían un control análogo sobre TRAGSA, el TJCE no lo entendió así, y consideró que concurrían los dos requisitos de la sentencia *Teckal* con respecto al Estado y con respecto a las Comunidades Autónomas que poseían una parte del capital<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Directamente y a través de una sociedad holding y de un fondo de garantía.

<sup>24</sup> Según el TJCE, TRAGSA, conforme a las normas que la regulan, está sujeta a un régimen de encargos obligatorios (ya procedan del Estado o de las Comunidades Autónomas) y a unos precios tasados, fijados administrativamente.

Pereña Pinedo («El control sobre los medios instrumentales de la Administración. Análisis de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi nº 7/2007) entiende que el TJCE, al decir que TRAGSA cumplía los dos requisitos de la sentencia *Teckal* con respecto al Estado «y a las Comunidades Autónomas que poseían una parte del capital», no quería decir que sólo pueda ser considerado medio propio del Estado y de estas últimas Comunidades:

«La sentencia resulta imprecisa en el apartado 61, en cuanto que parece contradecir el criterio expresado anteriormente, al señalar que TRAGSA no puede tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas «que poseen una parte de su capital». No parece lógico considerar que el Tribunal haya querido indicar en este punto que es preciso tener una participación en el capital de la empresa para que ésta pueda ser considerada medio instrumental de la Administración de que se trate, ya que ello resultaría contradictorio con toda la fundamentación anterior, que el Tribunal articula sobre la falta de autonomía de la voluntad del adjudicatario. Por otra parte, si éste hubiera sido el criterio del Tribunal, debía haberlo incorporado en el fallo. Al mismo tiempo, resultaría totalmente ilógico considerar que la mera tenencia de una acción otorga a una Comunidad Autónoma un plus de control decisivo respecto de quienes no poseen ninguna participación social. Por último, de ser ése el criterio del Tribunal la consideración de la «parte esencial» de la actividad a los efectos de examinar el cumplimiento del segundo requisito *Teckal* habría sido

Por último señalar que el control sobre el ente instrumental lo debe ejercer precisamente la entidad adjudicadora, y no otra entidad<sup>25</sup>.

---

forzosamente distinta. Por tanto, debe entenderse que la participación en el capital constituye un indicio, no decisivo, ni en sí mismo necesario, del control que se ejerce sobre la sociedad».

Pernas García, por el contrario, opina que «de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, parece que no es posible el cumplimiento del criterio del control análogo cuando el ente adjudicador no posee ninguna participación en el operador económico al que se le adjudica la realización de una determinada actividad económica» (Pernas García, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, ob. cit., pág. 81).

Llama la atención que en el caso Teckal no se reconociese a un ente la condición de medio propio de un municipio, porque éste sólo poseía el 0,49% del capital, y en cambio aquí sí se considere a TRAGSA medio propio de Comunidades autónomas que poseen una sola acción. ¿Qué control pueden ejercitar con tan escasa participación?

Los fundamentos de la sentencia TRAGSA de 19 de abril de 2007, por su importancia, se reproducen en la parte que interesa al presente trabajo:

«56. Por consiguiente, procede examinar si en el caso de TRAGSA se cumplen los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia citada en el apartado anterior (*se refiere a los requisitos Teckal*).

57. En lo que se refiere al primer requisito, relativo al control de la autoridad pública, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, apartado 37).

58. En el asunto principal resulta de los autos, y a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que el 99% del capital social de TRAGSA pertenece al Estado español, directamente y a través de una sociedad holding y de un fondo de garantía, y que cuatro Comunidades Autónomas, titulares cada una de una acción, poseen el 1% de dicho capital.

59. A este respecto, no cabe acoger la tesis de que sólo se cumple este requisito para los trabajos realizados por encargo del Estado español, quedando excluidos los que hayan sido encargados por las Comunidades Autónomas, con respecto a las cuales TRAGSA debe ser considerada un tercero.

60. En efecto, del artículo 88, apartado 4, de la Ley 66/1997 y de los artículos 3, apartados 2 a 6, y 4, apartados 1 y 7, del Real Decreto 371/1999 parece derivarse que TRAGSA está obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos, incluidas las Comunidades Autónomas. De esta normativa nacional también parece deducirse que, en el marco de sus actividades con las Comunidades Autónomas como medio propio instrumental y servicio técnico de éstas, y al igual que ocurre en sus relaciones con el Estado español, TRAGSA no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones y sus relaciones con dichas Comunidades no tienen naturaleza contractual.

61. Por consiguiente, parece que TRAGSA no puede tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que poseen una parte de su capital.

<sup>25</sup> No obstante, se admite que ese control pueda ser ejercido por varias entidades (sentencia *Carbotermo* de 11 de mayo de 2006).

### 3. EL REQUISITO DE LA «PARTE ESENCIAL» DE LA ACTIVIDAD

Como segundo requisito acumulativo para que podamos hablar de medio propio, el TJCE exige que el ente instrumental realice la «parte esencial» de su actividad para la entidad pública adjudicadora.

Al darse en muy pocos casos el requisito del «control análogo», muy pocas sentencias del TJCE han entrado a discutir la concurrencia del requisito de la «parte esencial» de la actividad. Esto es, al considerar que no se cumplía el primer requisito, no entraban en el estudio del segundo, por ser innecesario.

Sosa Wagner y Fuertes López<sup>26</sup> califican a este requisito de elemental, y consideran que «para que el contrato sea doméstico, la actividad ha de quedar en casa. Si la sociedad interviene en el mercado, mantiene fructíferas relaciones económicas en el tráfico mercantil, está revelando su condición de empresaria y, por tanto, ha de reconocerse ese papel comercial y tratarla como al resto de las entidades».

Y en el mismo sentido se pronuncia Gimeno Feliú<sup>27</sup> cuando afirma:

«El requisito de que el ente instrumental realice con la entidad que lo controla la parte esencial de su actividad económica es ciertamente coherente si se considera que todo el concepto gira en torno a la *falta de autonomía contractual* de dicho ente controlado. En efecto, si la exención del ámbito de la contratación pública se basa en que el contrato *in house* no es sino una forma de *autoprovisión* por parte de la entidad adjudicadora, *tal exención pierde su sentido si el ente instrumental se dedica a proveer también a otros operadores públicos y privados como cualquier otro agente del mercado*. Dicho de otro modo, esta actuación revelaría que ese ente es algo más que un medio propio con personalidad diferenciada por lo que deberían aplicarse las Directivas Comunitarias»<sup>28</sup>.

Por tanto, una Entidad pública que opera en el mercado con plena autonomía, y que presta servicios tanto a la Administración como a particulares, no podrá ser considerada medio propio de un poder adjudicador. Si

---

<sup>26</sup> Sosa Wagner y Fuertes López, «¿Pueden los contratos quedar en casa? (la polémica europea sobre la contratación *in house*)», Revista La Ley, 17 de mayo de 2007.

<sup>27</sup> Gimeno Feliú, «La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: el alcance de la jurisprudencia comunitaria», ob. cit., pág. 9.

<sup>28</sup> En apoyo a su afirmación, Gimeno cita al Consejo de Estado francés, que consideró que la UGAP, establecimiento público de carácter industrial y comercial, no tiene la condición de medio propio al no existir ni la nota del control análogo y al no ser el Estado el principal ente que le realiza encargos.

la Entidad dispone de su propia política comercial, si puede rechazar los encargos que le formule la Administración, si puede negociar las condiciones de esos encargos, si puede resolver unilateralmente los encargos que le realicen... no estaremos ante un medio propio, sino ante un ente con plena autonomía, que sólo podrá ser contratado por la Administración aplicando la normativa sobre contratación pública.

¿Qué ha de entenderse por la «parte esencial» de la actividad del ente instrumental? Algún autor, incluso algún abogado general, ha defendido la determinación de un porcentaje sobre el total de la actividad del ente instrumental. Y, por lo general, han pretendido aplicar por analogía el 80% que figuraba en el artículo 13 de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones<sup>29</sup>. Pero el TJCE se ha opuesto a la interpretación analógica de dicho precepto, al tratarse el supuesto que contempla de una excepción, y «las excepciones deben ser objeto de interpretación estricta» (sentencia *Carbotermo* de 11 de mayo de 2006).

En la sentencia *Carbotermo* de 11 de mayo de 2006 se afirma que se cumple el requisito de la «parte esencial» de la actividad cuando la actividad de la empresa «está destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal». Y para apreciar su concurrencia se deben tomar en consideración «todas las circunstancias del caso, tanto cualitativas como cuantitativas».

Llamativa es, a estos efectos, la sentencia *Correos* de 18 de diciembre de 2008, que consideró que «Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal en España, no realiza la parte esencial de su actividad con el Ministerio ni con la Administración Pública en general, sino que dicha sociedad presta servicios postales a un número indeterminado de clientes del referido servicio postal».

¿Qué ocurre si son varios entes los que controlan una empresa? Según la sentencia *Carbotermo* de 11 de mayo de 2006, el requisito de la parte

---

<sup>29</sup> «Artículo 13.1. La presente Directiva no se aplicará a los contratos de servicios:

a) que una entidad contratante celebre con una empresa asociada... siempre que como mínimo el 80 % del promedio del volumen de negocios que tal empresa haya efectuado en la Comunidad en los últimos tres años en materia de servicios provenga de la prestación de estos servicios a las empresas con las que esté asociada».

La Directiva 93/38/CEE ha sido derogada por la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, que regula en su artículo 23 lo que antes se contemplaba el artículo 13 de la Directiva 93/38/CEE.

esencial de la actividad se cumple «si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales *considerados en conjunto*».

Sólo se deben tener en cuenta, a efectos de determinar la «parte esencial» de la actividad, las actividades que realice el ente instrumental para la Administración matriz dentro de su ámbito de actuación y en relación con las competencias o funciones de dicha Administración. De esta manera se evitará el fraude de ley que supondría encargar todo tipo de prestaciones al ente instrumental con la finalidad de incrementar el porcentaje de la actividad realizada para la Administración matriz<sup>30</sup>.

### III. LOS CONTRATOS *IN HOUSE PROVIDING* EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La primera aproximación que realizó el TRLCAP a los contratos *in house providing* fue la inclusión, en el año 2005, de las encomiendas de gestión como uno de los negocios excluidos del ámbito de TRLCAP.

Hasta el año 2005 las encomiendas de gestión sólo estaban reguladas en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Pero en el año 2005 se modifica el TRLCAP mediante Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, y se menciona a las encomiendas de gestión como uno de los negocios jurídicos excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP.

Tal modificación, como se expresa en la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 5/2005, tenía su causa en la sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005 (asunto *Comisión/España*), que obligó a España a reformar su normativa sobre contratos públicos<sup>31</sup>.

La citada sentencia resuelve el recurso por incumplimiento interpuesto contra España por la Comisión de las Comunidades Europeas, pues esta

---

<sup>30</sup> El ente instrumental no podría realizar directamente estos encargos ajenos a sus funciones, pero podría subcontratarlos. De esta manera, y bajo el prisma de la LCSP, la Administración matriz se habría «librado» de aplicar la LCSP, y el ente instrumental, para subcontratar los trabajos, aplicaría unas normas mucho menos estrictas (salvo que tuviese también la consideración de Administración Pública conforme al artículo 3.2 de la LCSP).

<sup>31</sup> Para un estudio en mayor profundidad sobre la cuestión, v. Pozo Vilches, «La nueva regulación de los convenios de colaboración interadministrativos», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 87, enero/junio 2006, págs. 163 y ss.

última entendía que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de las disposiciones del Tratado CEE y de las Directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas.

Alegaba la Comisión que España había excluido de forma absoluta del ámbito de aplicación del TRLCAP a los convenios de colaboración interadministrativos, y ello constituía una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37, ya que tal exclusión no figuraba en las mismas, y algunos de estos convenios podían tener la misma naturaleza que los contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de tales Directivas.

En concreto, el artículo 3.1.c) del TRLCAP entonces vigente, establecía que quedaban fuera del ámbito de aplicación de dicha Ley:

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

En apoyo de su pretensión, la Comisión invocaba la definición de contrato contenida en el artículo 1.a) de las Directivas 93/36 y 93/37, y la jurisprudencia del TJCE, en concreto la sentencia *Teckal*, de 18 de noviembre de 1999, según la cual para determinar la existencia de un «contrato», es necesario comprobar si ha existido un «convenio» entre dos personas jurídicas distintas. Y la Comisión estimaba que los «acuerdos» de colaboración interadministrativos podían ser «contratos» en el sentido de las Directivas 93/36 y 93/37.

El TJCE, en sentencia de 13 de enero de 2005, estimó los argumentos de la Comisión, considerando que España había adaptado incorrectamente las Directivas Comunitarias a su Derecho interno.

En la mencionada sentencia, el TJCE considera lo siguiente:

«37. Según las definiciones contenidas en el artículo 1, letra a), de las Directivas 93/36 y 93/37, un contrato público de suministro o de obras supone la existencia de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre, por una parte, un proveedor o 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*, 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 de la Ley Contratos de las Administraciones Públicas 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».

Como consecuencia de esta sentencia, el artículo 34.3 de Real Decreto-ley 5/2005, modificó el artículo 3.1.c) del TRLCAP, que a partir de entonces estableció que quedaban fuera del ámbito del TRLCAP:

«Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2».

Además, el citado Real Decreto-ley introdujo un apartado nuevo en el artículo 3.1 del TRLCAP, según el cual quedaban también fuera del ámbito de dicha norma:

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

Este apartado tenía su fundamento en la excepción contenida en la propia sentencia, que entendía que no existe contrato, conforme a la sentencia *Teckal*, «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».

Y de esta manera se introdujo en nuestra legislación lo que en el ámbito europeo se conocía como contratos domésticos o *in house providing*, si bien nuestro legislador denominó a estos contratos, dando lugar a confusión, «encomiendas de gestión», que es una figura jurídica que ya se encontraba perfectamente regulada en la Ley 30/1992.

Es cierto que los contratos domésticos y las encomiendas de gestión tienen grandes similitudes, pero también profundas diferencias, como se analizará más adelante. Baste con decir en estos momentos que mientras el artículo 15 de la Ley 30/1992 no permite las encomiendas de gestión a favor de personas jurídicas sujetas a Derecho privado, todos los asuntos conocidos por el TJCE sobre contratos con medios propios se refieren, precisamente, a sociedades<sup>32</sup>.

En el artículo 3.1.1) del TRLCAP el legislador español no recogía los dos requisitos que mencionaba la sentencia de 13 de enero de 2005 para que se pudiera hablar de contratos *in house providing* y que se basaban en la sentencia *Teckal* (el control análogo y la parte esencial de la actividad), sino que se refería únicamente a composición del capital (exigiendo que fuese totalmente público).

Ahora bien, es de señalar que, como se ha visto, para el TJCE la composición del capital no es, por sí sola, determinante para decidir si nos encontramos ante un medio propio, sino que sólo se trata de un «indicio» muy importante del que puede deducirse, junto a otras circunstancias, si concurre el primer requisito de la sentencia *Teckal*: el control de la actividad<sup>33</sup>.

Tal regulación insuficiente se subsanó mediante la Ley 42/2006, de 29 de noviembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, que

---

<sup>32</sup> De capital íntegramente público o con alguna participación privada.

<sup>33</sup> Esta deficiente regulación del artículo 3.1.1) del TRLCAP motivó que la Abogacía General del Estado, mediante Instrucción 2/2005, de 21 de julio, exigiera la concurrencia de los dos requisitos de la sentencia *Teckal*.

modificó el citado precepto, recogiendo los dos requisitos de la sentencia *Teckal*:

«Quedan fuera del ámbito de la presente Ley:...

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

Sosa Wagner y Fuertes López<sup>34</sup> critican este precepto, entre otras razones, por «el obsesivo interés del legislador por encontrar un *atajo* que permita evitar el régimen de contratación pública. No convencido de los dúctiles contornos de los convenios, que por su esencial maleabilidad pueden acoger muchos contenidos y prestaciones, invoca la figura de las encomiendas de gestión que, inicialmente, ha respondido a satisfacer otros fines: el encargo de actividades materiales y técnicas (art. 15 LPA)».

A la vista de la regulación del TRLCAP, la primera pregunta que surge es la siguiente: cuando el legislador habla en el TRLCAP de «encomiendas de gestión», ¿se está refiriendo a las encomiendas de gestión del artículo 15 de la Ley 30/1992 o, en realidad, está designando, con el mismo nombre, a otra figura jurídica?

Esta cuestión hubiese carecido de importancia si el TRLCAP se hubiese referido únicamente a las sociedades de titularidad pública (se habría entendido que se modificaba el apartado 5 del artículo 15 de la Ley 30/1992, y no habría habido mayor repercusión). Pero el problema se planteaba al hablar también el artículo 3.1.1) del TRLCAP de «entidades», pues les estaba exigiendo, también a éstas, dos requisitos (control y actividad) que no se mencionaban, en absoluto, en la Ley 30/1992, y que alteraban de forma absoluta y radical el régimen de encomiendas contenido en esta última Ley.

Por ello se considera muy acertada la opinión de Bernal Blay<sup>35</sup> al afirmar que «el error al que induce la calificación nominal del supuesto contemplado en el artículo 3.1.1) TRLCAP pudiera resolverse acudiendo,

---

<sup>34</sup> Sosa Wagner y Fuertes López, «¿Pueden los contratos quedar en casa? (la polémica europea sobre la contratación *in house*)», Revista La Ley, 17 de mayo de 2007.

<sup>35</sup> Bernal Blay, «Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1 letra 1) del texto refundido de la Ley Contratos de las Administraciones Públicas», Revista Española de Derecho Administrativo, nº 126, pág. 88.

como señala el art. 3.1 del Código Civil, a la interpretación de la norma de conformidad con los antecedentes legislativos (comunitarios), entendiéndose que lo que el citado artículo refiere como *encomiendas de gestión* se trata, en realidad, de *encargos, mandatos, órdenes ejecutivas, o instrucciones de obligado cumplimiento*»<sup>36</sup>.

Y continúa el citado autor:

«Se trata de dos figuras que, *aunque nominalmente sean idénticas, presentan un régimen jurídico distinto*. Es cierto que el objeto de las encomiendas de gestión del art. 15.5 LRJ-PAC y de estos mandatos del art. 3.1.1) TRLCAP se confunde y puede resultar el mismo en gran cantidad de supuestos; la realización de actividades materiales, técnicas y de servicios encaja perfectamente en el objeto de, cuando menos, los contratos de obras y de servicios.

Es en la cuestión del elemento subjetivo donde las diferencias entre ambas figuras se ponen de manifiesto en mayor medida. Si la encomienda de gestión puede realizarse a favor de órganos y entidades, *de la misma o de distinta Administración*, los mandatos del TRLCAP únicamente pueden recaer sobre entidades y sociedades *de la misma Administración* (no puede entenderse de otra manera la expresión «cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública»).

Y además, en cuanto a la naturaleza jurídica de ambas figuras, si, como decíamos con anterioridad, la encomienda puede tener carácter contractual en determinados supuestos, debemos negar la existencia de contrato en los supuestos de mandatos del art. 3.1.1) TRLCAP, pues no existe auténtica y autónoma voluntad contractual en la entidad o sociedad que recibe el encargo de realizar la prestación».

Hoy día, bajo la vigencia de la nueva LCSP de 2007, las diferencias apuntadas por Bernal no sólo siguen existiendo, sino que incluso se han incrementado, ya que mientras el artículo 15 de la Ley 30/1992 no exige (ni puede exigirlo) que el encomendado tenga reconocido expresamente en su norma de creación o en sus estatutos su condición de medio propio del encomendante, el artículo 24.6 de la LCSP sí exige tal declaración, circunstancia que, de producirse, podría alterar las relaciones de jerarquía y competencia entre Entidades públicas:

---

<sup>36</sup> Otros autores, como Pernas García, prefieren hablar de encomienda de ejecución o encargo, y así evitar confusiones con la encomienda de gestión del artículo 15 de la Ley 30/1992 (Pernas García, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, ob. cit., pág. 110).

- a) Con respecto a la jerarquía, porque declararse medio propio significa subordinación del ente instrumental a la Administración matriz. Si, por ejemplo, un Organismo autónomo adscrito a un determinado Ministerio se declara medio propio de la Administración General del Estado, ¿de quién depende, en realidad, el Organismo? ¿Sólo del Ministerio al que está adscrito? ¿O de todos los Departamentos ministeriales? Lo mismo ocurrirá con una sociedad estatal que se encuentre bajo la tutela de un determinado Ministerio y es declarada medio propio de toda la Administración General del Estado.
- b) Con respecto a la competencia, porque podría entenderse que las competencias del ente instrumental, al declararse medio propio, se convierten en competencias de la Administración matriz (las competencias del medio propio serían absorbidas por el ente «dominante»). Pero tal posibilidad chocaría de lleno con lo dispuesto en el artículo 12.1 de la Ley 30/1992, según el cual la competencia es irrenunciable y se ejerce precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia.

En definitiva, la encomienda de gestión de la LCSP y la encomienda de gestión de la Ley 30/1992 poco o nada tienen que ver, salvo el nombre. La encomienda de gestión de la Ley 30/1992 es un instrumento de cooperación entre Administraciones y Entidades Públicas, que se fundamenta en el principio de voluntariedad (por tal motivo debe formalizarse en un «acuerdo» o «convenio», tal y como exige la Ley 30/1992), y que puede tener carácter gratuito u oneroso (si el encomendado incurre en gastos). En cambio la encomienda de gestión de la LCSP es la forma habitual que adoptará un negocio jurídico con un medio propio, se fundamenta en el principio de obligatoriedad, y siempre conlleva contraprestación (de ahí que la LCSP exija el establecimiento de unas tarifas aprobadas por la Administración matriz).

#### IV. LOS CONTRATOS *IN HOUSE PROVIDING* EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La LCSP excluye de su ámbito los negocios jurídicos con medios propios. En efecto, dispone su artículo 4.1.n):

«1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

.....

n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación»<sup>37</sup>.

La primera diferencia que se observa, y muy importante, con respecto al TRLCAP, es la siguiente: la LCSP no excluye de su ámbito a las «encomiendas de gestión», sino a los «negocios jurídicos» realizados con un medio propio. Con ello el legislador ha subsanado la deficiente regulación anterior, que excluía, sin más, las encomiendas de gestión, cuando, en realidad, lo que tenía que haber excluido era, precisamente, los encargos realizados a un medio propio.

Y si el legislador no hubiera mencionado a las «encomiendas de gestión» en toda la LCSP, muchos problemas interpretativos se hubiesen evitado. Pero, lamentablemente, vuelve a introducir dicho término en el artículo 24.6, con lo que surgen de nuevo las dudas interpretativas. En efecto, dispone el indicado precepto:

«6. A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública».

Como se puede apreciar, en este primer párrafo se configura el medio propio por la concurrencia de los dos requisitos que menciona la sentencia *Teckal* (control y actividad). Y no se habla, para nada, de «encomiendas de gestión». Hasta aquí, todo correcto.

Y continúa el citado precepto:

---

<sup>37</sup> Y continúa dicho precepto: «No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174».

Esto es, si bien el «encargo» al medio propio está excluido de la LCSP, en cambio las «subcontrataciones» que realice el medio propio para ejecutar tal encargo sí están sujetas a las normas de la LCSP.

«En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un *control análogo* al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles *encomiendas de gestión* que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan».

En este párrafo se configura la encomienda de gestión como una *presunción*<sup>38</sup> que permite determinar cuándo un poder adjudicador ostenta sobre un ente, organismo o entidad un «control análogo» al que ejerce sobre sus propios servicios.

En efecto, según la Ley, se «entiende» que un poder adjudicador ostenta sobre un ente, organismo o entidad un «control análogo» (primer requisito *Teckal*) al que tienen sobre sus propios servicios si puede conferirle encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije mediante tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

Ahora bien, la interpretación de este párrafo plantea serios problemas: según el precepto, se entiende que se ostenta control sobre un ente si se le puede conferir encomiendas de gestión de ejecución obligatoria. Pero, ¿cómo es posible que se le pueda conferir una encomienda de gestión a un ente sin haber determinado, previamente, que el poder adjudicador tiene control sobre el mismo? ¿Cómo se van a celebrar encomiendas de gestión con un ente, sin saber antes si se trata de un medio propio, por concurrir los dos requisitos *Teckal*: control y actividad? ¿O es posible celebrar encomiendas de gestión con entes que no son medios propios?

Quizá algún autor entienda que se está refiriendo este precepto, en realidad, a que si un ente, por disposición legal, está obligado a ejecutar una encomienda de gestión para otro ente, tal circunstancia presume la existencia de control. Ahora bien, eso supondría, en principio, que cumple el primer requisito *Teckal*, pero ¿y si no cumple el segundo (la actividad)? ¿Puede celebrar encomiendas de gestión sin que cumpla los requisitos de la LCSP? Y con ellos volvemos a la misma pregunta: ¿son admisibles en-

---

<sup>38</sup> De presunción «*iuris et de iure*» se califica en la Exposición de Motivos del Real Decreto 246/2009, de 27 de febrero, por el que se modifican los Estatutos del Instituto Español de Oceanografía, del Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria, del Centro de Investigaciones Energéticas, Medio Ambientales y Tecnológicas, del Instituto Geológico y Minero de España, del Instituto de Salud Carlos III y de la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

comiendas de gestión al margen de la LCSP? ¿Se pueden seguir realizando encomiendas de gestión al amparo de la Ley 30/1992, sin tener en cuenta la LCSP? La respuesta entiendo que ha de ser afirmativa.

El último párrafo del artículo 24.6 de la LCSP contiene un requisito formal (la condición de medio propio debe figurar expresamente en la norma de creación o en los estatutos del ente), una prohibición (el medio propio no puede participar en licitaciones públicas del poder adjudicador del que es medio propio, de lo que se deduce, *a sensu contrario*, que sí podrá participar en las anunciadas por otros poderes adjudicadores) y alude a la forma habitual que adoptarán los encargos con medios propios (encomiendas de gestión)<sup>39</sup>:

«La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las *encomiendas* que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles *contratos*, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas».

En este párrafo la encomienda de gestión ya no aparece, a diferencia de lo que ocurría en el párrafo segundo del artículo 24.6 de la LCSP, como

---

<sup>39</sup> El proyecto de LCSP distinguía entre contratos (que se presentaba como la forma de realizar los encargos a las sociedades de capital público) y encomiendas de gestión (que se presentaba como la forma de realizar los encargos a las entidades públicas). En efecto, decía el citado artículo:

«Están excluidos del ámbito de la presente ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

n) Los *contratos* celebrados con entidades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública o sobre las que se ejerza un control análogo al que se ostenta sobre los propios servicios, y que realicen la parte esencial de su actividad con el ente o entes que las controlan, así como las *encomiendas de gestión* que sean de ejecución obligatoria para la entidad que las recibe de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por quien confiere la encomienda y que se retribuyan mediante la aplicación de tarifas aprobadas por el sujeto que ostenta su control...»

Comparado con el texto que después fue aprobado, el proyecto nos parece bastante superior y mucho más coherente con nuestra legislación (salvo que no recogía correctamente los dos requisitos de la sentencia *Teckal*, pues los presentaba como alternativos en vez de acumulativos).

una presunción de la que se deduce la existencia del «control análogo», sino que se configura como la forma habitual que adoptarán los encargos a un medio propio. Y con ello llegamos a otra contradicción: si sólo se puede celebrar encomiendas de gestión con entes que ostentan la condición de medio propio en su norma de creación o en sus estatutos, ¿para qué sirve la presunción del párrafo segundo del artículo 24.6 de la LCSP? ¿O estamos otra vez ante la posibilidad de celebrar encomiendas sin el previo cumplimiento de los requisitos formales de la LCSP? Y si se han celebrado esas encomiendas, ¿bajo qué amparo? La única respuesta posible sólo puede ser el artículo 15 de la Ley 30/1992.

Por otra parte, llama la atención que este párrafo hable de adjudicación de «contratos», cuando la jurisprudencia comunitaria parte de la idea de que con un medio propio, debido a su ausencia de autonomía de la voluntad, no puede haber un auténtico contrato.

Pues bien, de la lectura del artículo 24.6 de la LCSP se deducen los requisitos para que un ente, organismo o entidad del sector público pueda ser considerado «medio propio y servicio técnico» de un determinado poder adjudicador, y que se pueden clasificar en materiales, formales y teleológicos.

## 1. REQUISITOS MATERIALES

Son los siguientes:

1. Que el ente, organismo o entidad realice la *parte esencial de su actividad* para el poder adjudicador.
2. Que el poder adjudicador ostente sobre el ente, organismo o entidad un *control análogo* al que puede ejercer sobre sus propios servicios.
3. En el caso de sociedades, que la totalidad de su capital sea de titularidad pública.

El legislador español ha seguido en este punto, de forma estricta, los dos requisitos de la sentencia *Teckal* del TJCE. Asimismo, y siguiendo la jurisprudencia comunitaria posterior, exige, en el caso de sociedades, que la totalidad de su capital sea de titularidad pública, sin que sea admisible la participación privada, por muy mínima que sea.

## 2. REQUISITOS FORMALES

Según el artículo 24.6 de la LCSP, en la norma de creación o los estatutos del ente, organismo o entidad debe figurar expresamente:

- a) Su condición de medio propio y servicio técnico.
- b) Las entidades respecto de las cuales tiene esta condición.
- c) El régimen de las «encomiendas» que se les pueda conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles «contratos».

Por tanto, la LCSP parece configurar la «encomienda de gestión» como la figura jurídica a utilizar en las relaciones con un medio propio, sin perjuicio de que también se puedan celebrar «contratos» cuando una licitación haya sido declarada desierta.

Es de destacar que el TJCE en ningún caso ha exigido que en los estatutos del ente instrumental deba figurar su condición de medio propio de un poder adjudicador. Se trata de una exigencia de nuestro legislador difícil de comprender en algunos supuestos.

¿Sólo aquellos entes, organismos y entidades que ostentan en sus normas de creación o en sus estatutos la condición de medio propio pueden celebrar encomiendas de gestión con la Administración matriz?

La respuesta no parece clara debido a la contradicción entre los párrafos segundo y tercero del artículo 24.6 de la LCSP. Mientras según el párrafo segundo parece posible celebrar encomiendas de gestión con entes que no tienen reconocido en su norma de creación o en sus estatutos la condición de medio propio (pues si así constara no haría falta acudir a presunción alguna), en el párrafo tercero parece indicar justo lo contrario: que sólo se pueden celebrar encomiendas de gestión con entes que tengan reconocida la condición de medio propio en su norma de creación o en sus estatutos.

Y es que, en realidad, no cabe una solución uniforme. Entiendo que todo dependerá de la naturaleza jurídica del ente. Existen entes que podrán celebrar encomiendas de gestión, aunque su norma de creación o sus estatutos no digan nada, y existen entes que sólo podrán celebrar encomiendas de gestión si tienen reconocida la condición de medio propio en su norma de creación o en sus estatutos. Los casos más extremos son los Organismos autónomos y las sociedades estatales.

Un Organismo autónomo, a mi juicio, no es necesario que modifique sus estatutos y se declare medio propio, porque es, por naturaleza, un ente instrumental<sup>40</sup>. La Ley 6/1997, de 15 de abril, Organización y Funciona-

---

<sup>40</sup> Significativas son las palabras de Entrena Cuesta cuando dice que los organismos públicos constituyen un «mero instrumento» para la mejor satisfacción de los fines de la Administración pública de la que dependen (*Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., pág. 251). O Parada cuando afirma «no hay grandes diferencias del régimen de los Organismos autónomos del que es propio de los órganos de la Administración general, por lo que muy bien podrían transmutarse y funcionar como *Direcciones Generales de los respectivos departamentos ministeriales*» (*Derecho Administrativo*, ob. cit., pág. 252).

miento de la Administración General del Estado<sup>41</sup> es muy diáfana al expresar en su artículo 45 que los Organismos autónomos «se rigen por el Derecho Administrativo y se les *encomienda*, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos». Si por Ley (ni más ni menos) tienen tal función, ¿a qué viene a que también deba constar en sus estatutos? ¿Es que si no lo dicen los estatutos, deja de ser un ente instrumental?

¿Por qué el TJCE, en sentencia de 19 de abril de 2007, consideró a la sociedad estatal TRAGSA, medio propio del Estado y de ciertas Comunidades Autónomas, porque así se deducía de la normativa española vigente, y no se puede trasladar la misma argumentación a un Organismo autónomo, que por Ley es un ente instrumental, depende de un Ministerio al que le corresponde el control<sup>42</sup>, y cuya actividad es la propia de dicho Departamento? ¿Es que tal Organismo autónomo no está obligado a ejecutar los encargos que le encomiende su Ministerio?

Considero que la exigencia formal del artículo 24.6 de la LCSP (que la condición de medio propio figure expresamente en la norma de creación o en los estatutos) resulta apropiada en entes como las sociedades con capital íntegramente público (y siempre, claro está, que cumplan los requisitos materiales y teleológicos indicados), pues, en caso contrario, se considerarían que tienen «vocación de mercado» (como se decía en la sentencia *Parking Brixen* de 13 de octubre de 2005), y, por tanto, no podrían ser medios propios de la Administración.

Es de señalar que todos los casos examinados por el TJCE se referían a sociedades con capital público (en su totalidad o en su mayor parte), pero nunca ha analizado el tema de un Organismo que forma parte de la propia estructura de la Administración. ¿Cómo un Organismo autónomo va a dejar de ser un ente instrumental de la Administración, por el simple hecho de que no figure expresamente en sus estatutos su condición de medio propio?

Amoedo, citado por Pernas García<sup>43</sup>, al definir los contratos *in house* manifiesta que «no son sino encomiendas de trabajo que las Administraciones –y, en general, los considerados en las directivas sobre contratación

---

<sup>41</sup> En adelante, LOFAGE.

<sup>42</sup> Al Ministerio de adscripción le corresponde la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de la actividad del Organismo autónomo, así como el control de eficacia (artículos 43 y 51 LOFAGE). El principio de instrumentalidad se contempla en el artículo 44.1 LOFAGE.

<sup>43</sup> Pernas García, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, ob. cit., pág. 38.

poderes adjudicadores— imputan a servicios internos, organizaciones especializadas y segregadas en régimen de *descentralización funcional* para la realización de determinadas funciones de interés general». ¿Y eso no es, ni más ni menos, la definición de Organismo autónomo que realiza la propia LOFAGE? ¿Para qué exigir, como un añadido más, absolutamente innecesario, que en los estatutos o en las normas de creación del Organismo figure que es un medio propio de la Administración?

### 3. REQUISITO TELEOLÓGICO

Este requisito, omitido por la doctrina y la jurisprudencia del TJCE, se considera, sin embargo, de una importancia capital. Un ente, organismo o entidad sólo puede ser considerado medio propio de un poder adjudicador si, además de cumplir los requisitos materiales mencionados, ha sido creado con tal finalidad: actuar como medio propio de la Administración matriz.

Así, por ejemplo, una sociedad que fue creada para actuar en el mercado, por el simple hecho de que pueda cumplir los dos requisitos materiales (control y actividad) no se la puede declarar en sus estatutos, sin más, medio propio de la Administración, porque tal declaración sería contraria a los fines para los que fue creada.

Si no se exigiese este requisito, podrían aparecer entidades que, por el simple hecho de cumplir los requisitos materiales, se declarasen en sus estatutos medio propio de la Administración (a pesar de no ser ésa la finalidad que se perseguía con su creación), con la única intención de burlar la aplicación de la LCSP y poder recibir encargos directamente, sin publicidad ni concurrencia.

En los contratos con medios propios se pretende conseguir una mayor eficacia organizativa, pero no se pueden utilizar torticeramente con el propósito de vulnerar la normativa sobre contratación pública. No se debe atribuir, caprichosamente, la condición de medio propio a entidades que poco o nada tienen que ver con ello, con la única finalidad de no aplicar la normativa sobre contratación pública en sus relaciones con la Administración. Interesante es la crítica que hace el abogado general en la sentencia *TRAGSA* de 19 de abril de 2007, cuando afirma lo siguiente:

«La legislación española aquí examinada suscita cuestiones profundas sobre su compatibilidad con las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, ya que *incita a la Administración a sustraer los contratos públicos a los procedimientos de adjudicación pública*, aunque ello

no esté justificado por ningún interés público. Además, dicha legislación crea una posición privilegiada para los servicios instrumentales propios, que pueden ser considerados aptos para ejecutar contratos públicos *que no guarden relación alguna con las tareas que tengan atribuidas por ley o por estatuto*. Aunque de *iure* son medios propios de la Administración, *de facto* son colocados en una posición de operadores privilegiados en el mercado. Debe preguntarse si tal construcción resulta compatible con el principio consagrado en el artículo 86 CE, apartado 1, que prohíbe tales formas de desigualdad de trato».

Esperemos que pesen esas palabras, y no seamos testigos de una modificación masiva de los estatutos de todo tipo de entes, atribuyéndoles la condición de medios propios de la Administración, con la única finalidad de evitar la aplicación de la normativa sobre contratación pública.

## V. CONCLUSIONES

De lo expuesto en el presente trabajo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. Los contratos *in house providing* son aquellos en los que un poder adjudicador encarga directamente a un ente instrumental la realización de una determinada prestación al margen de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos.
2. Su configuración se debe a la jurisprudencia del TJCE.
3. Según el TJCE, para que un ente pueda ser considerado medio propio deben concurrir los requisitos de la sentencia *Teckal*:
  - Que la entidad adjudicadora ejerza sobre el ente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
  - Que el ente realice la parte esencial de su actividad para la entidad adjudicadora.
4. Una sociedad sólo puede ser considerada medio propio si, además de cumplir los dos requisitos anteriores, no tienen vocación de mercado y todo su capital es público (sin que exista la más mínima participación privada).
5. El medio propio, al cumplir el encargo, debe perseguir los mismos fines de interés público que la Administración matriz.
6. La LCSP, con una mayor precisión técnica con respecto al TRLCAP, no excluye de su ámbito las encomiendas de gestión, sino los negocios jurídicos con medios propios.

7. La LCSP ha recogido los requisitos de la sentencia *Teckal*, y, además, ha incluido un requisito formal no exigido por la jurisprudencia comunitaria (que la condición de medio propio figure en la norma de creación o en los estatutos). Se considera que el requisito formal debería admitir excepciones, dependiendo de la naturaleza jurídica del ente en cuestión.
8. Además de los requisitos anteriores, se debería exigir un requisito teleológico (que el ente haya sido creado con la finalidad de ser utilizado como medio propio de la Administración).
9. Los encargos con medios propios adoptarán normalmente la forma de encomiendas de gestión.
10. Las encomiendas de gestión que menciona la LCSP presentan grandes diferencias con las encomiendas de gestión reguladas en la Ley 30/1992, por lo que parece que el legislador ha designado con el mismo nombre dos figuras jurídicas distintas.