

INFORME 1/2006, DE 7 DE FEBRER DE 2006

CRITERIS QUE HA DE TENIR EN COMPTE L'ADMINISTRACIÓ DE LA COMUNITAT AUTÒNOMA DE LES ILLES BALEARS A L'HORA DE FER CONTRACTES AMB LES ENTITATS QUE TINGUIN LA CONDICIÓN DE MITJÀ PROPI. CONSIDERACIÓ ESPECIAL DE L'ENTITAT "EMPRESA DE TRANSFORMACIÓ AGRÀRIA, SA (TRAGSA)"

ANTECEDENTS

La secretària general de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació ha tramès a aquesta Junta Consultiva una sol·licitud d'informe, mitjançant un escrit que diu:

"En data 9 de juny de 2005, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa va emetre un informe (5/2005) amb l'epígraf següent: Contractes que subscriuen les empreses públiques de l'Administració autonòmica de les Illes Balears amb mitjans propis instrumentals. Habilitació per a fer contractes. Abast de la contractació.

Vista la Instrucció 2/2005, de l'Advocacia General de l'Estat, sobre el règim jurídic aplicable als convenis de col·laboració i als acords d'encàrrec de gestió formalitzats per l'Administració general de l'Estat i els seus organismes autònoms, entitats públiques empresarials i la resta d'entitats públiques i privades del sector públic estatal, que incideixen sobre el règim jurídic que els és aplicable després de l'entrada en vigor del Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, de reformes urgents per a l'impuls a la productivitat i millora de la contractació pública, i vistes les darreres sentències del Tribunal de Justícia de la CE referents a l'adjudicació de contractes per part de les administracions públiques a empreses participades (en particular, la Sentència de 10 de novembre de 2005 del TJ, Sala Primera, en l'assumpte C-29/04), sol·licit a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa l'emissió d'un nou informe que incorpori l'estudi d'aquests darrers criteris".

PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT

1. L'informe és sol·licitat per la secretària general de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, la qual està legitimada per a fer-ho, conformement a allò que prescriuen els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva i dels registres de contractes i de contractistes i 15.1 del Reglament d'organització i funcionament, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de la Comunitat Autònoma, de 10 d'octubre de 1997.

2. Encara que la petició d'informe no és acompanyada del informe jurídic corresponent, tal com seria preceptiu d'acord amb el que es disposa en l'article 16.3 del Reglament esmentat, pot considerar-se com a presentat, ja que així ho va fer la Viceintervenció General de la Comunitat Autònoma en el seu moment quan es va sol·licitar l'informe d'aquesta Junta 5/05, de 9 de juny de 2005, al qual fa referència ara la peticionària d'aquest nou informe.

3. Finalment, la documentació aportada es considera suficient per a facilitar l'emissió de l'informe sol·licitat, per la qual cosa es compleixen tots els requisits previs d'admissió.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

PRIMERA. Abans de l'entrada en vigor del Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, de reformes urgents per a l'impuls de la productivitat i per a la millora de la contractació pública, quedaven exclosos de l'àmbit d'aplicació del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny (TRLCAP), d'acord amb el que s'estableix en l'article 3.1, entre d'altres, els convenis de col·laboració següents:

c) Els convenis de col·laboració que formalitzi l'Administració general de l'Estat amb la Seguretat Social, les comunitats autònomes, les entitats locals, els seus respectius organismes autònoms i la resta d'entitats públiques o qualsevol d'ells entre si...

d) Els convenis de col·laboració que, d'acord amb les normes específiques que els regulen, formalitzi l'Administració amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat, sempre que l'objecte no estigui comprès en els contractes regulats en aquesta Llei o en normes administratives especials. Quedaran així mateix exclosos d'aquesta Llei els convenis que siguin conseqüència de l'article 296 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea.

L'article 3.1 del TRLCAP no feia, tanmateix, cap referència al tractament que, a aquests efectes, pogués donar-se als encàrrecs de gestió, figura prevista per l'article 15 de la Llei 30/1992, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC), que la configura com una modalitat de col·laboració entre òrgans o entitats de la mateixa o diferent administració pública, que consisteix a dur a terme activitats de caràcter material, tècnic o de serveis, per la qual cosa, en la mesura que es faci entre entitats amb diferent personalitat jurídica pròpia i fos onerosa, podria suposar l'execució d'un contingut propi d'un contracte administratiu típic.

A aquest efecte, la mateixa Llei 30/1992, de 26 de novembre, aclaria (en l'article 15, apartats 3, 4 i 5) el següent:

3. L'encàrrec de gestió entre els òrgans administratius o entitats de dret públic pertanyents a la mateixa administració ha de formalitzar-se en els termes que estableix la normativa i, si no n'hi ha, per acord exprés dels òrgans o entitats que hi intervenen. En tot cas, l'instrument de formalització de l'encàrrec de gestió i la seva resolució ha de ser publicat, perquè sigui efectiu, en el diari oficial corresponent.

Cada administració pot regular els requisits necessaris per a la validesa d'aquests acords, que han d'incloure, almenys, esment exprés de l'activitat o activitats a les quals afectin, el termini de vigència i la naturalesa i abast de la gestió encarregada.

4. Quan l'encàrrec de gestió es faci entre òrgans i entitats de diferents administracions, s'ha de formalitzar mitjançant signatura del conveni corresponent entre elles, tret del supòsit de la gestió ordinària dels serveis de les comunitats

autònomes, per les diputacions provincials o, si n'és el cas, cabildos o consells insulars, que s'ha de regir per la legislació de règim local.

5. El règim jurídic de l'encàrrec de gestió que es regula en aquest article no és aplicable quan la realització de les activitats enumerades en l'apartat primer hagi de recaure sobre persones físiques o jurídiques subjectes a dret privat. En aquest cas, doncs, s'ha d'ajustar, en allò que calgui, a la legislació corresponent de contractes de l'Estat, sense que es puguin encarregar a persones o entitats d'aquesta naturalesa activitats que, segons la legislació vigent, s'hagin de dur a terme amb subjecció al dret administratiu.

SEGONA. La reforma del TRLCAP operada per l'article 34 del Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, ha implicat la introducció de canvis importants en el règim jurídic aplicable als convenis de col·laboració i als acords d'encàrrec de gestió que hagin de formalitzar-se per l'Administració de la Comunitat Autònoma, els seus organismes autònoms, empreses públiques i la resta d'entitats públiques o privades del sector públic. Aquests són canvis derivats, per una banda, de la modificació de la redacció de l'esmentat apartat c) de l'article 3.1, i d'una altra, de la introducció en el mateix precepte d'un nou apartat, l), referent a l'encàrrec de gestió. L'apartat d) del mateix article 3.1 no ha estat, per contra, objecte de modificació. Després de la reforma, aqueixos apartats han quedat redactats en els termes següents:

Article 3

Negocis i contractes exclosos

1. Queden fora de l'àmbit d'aquesta Llei:

(...)

c) Els convenis de col·laboració que formalitzi l'Administració general de l'Estat amb la Seguretat Social, les comunitats autònomes, les entitats locals, els seus respectius organismes autònoms i la resta d'entitats públiques o qualsevol d'ells entre si, sempre que la matèria sobre la qual versï no sigui objecte d'un contracte d'obra, o bé que sent objecte d'aquests contractes el seu import sigui inferior, respectivament, a les quanties que s'especifiquen en els articles 135.1, 177.2 i 203.2. (...)

d) Els convenis de col·laboració que, d'acord amb les normes específiques que els regulen, formalitzi l'Administració amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat, sempre que el seu objecte no estigui comprès en els contractes regulats en aquesta Llei o en les seves normes administratives especials. Quedaran, així mateix, exclosos d'aquesta Llei els convenis que siguin conseqüència de l'article 296 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea.

(...)

l) Els encàrrecs de gestió que es duguin a terme a les entitats i a les societats el capital de les quals pertanyi totalment a la mateixa administració pública.

Per tant, els efectes de les modificacions de l'article 3.1 del TRLCAP, introduïdes pel Reial decret llei 5/2005, poden sistematitzar-se així:

En primer lloc, es redueix l'àmbit territorial de l'exclusió de l'aplicació del TRLCAP derivada de l'apartat c) del seu article 3.1, ja que, mentre abans s'excloïen d'aquest àmbit tots els convenis de col·laboració formalitzats entre l'Administració general de l'Estat i la Seguretat Social, les comunitats autònomes, les entitats locals, els respectius organismes autònoms i la resta d'entitats públiques o entre qualssevol d'ells entre si, resulta que, després de la modificació del precepte, aquesta exclusió es limita ara als convenis de col·laboració subscrits entre aquestes persones jurídicopúbliques si hi concorre una de les circumstàncies següents:

- Que l'objecte no sigui el propi dels contractes d'obres, de subministraments, de consultoria i assistència o de servei regulats en el TRLCAP.
- Que, sent l'objecte el propi d'un d'aquests contractes, el seu import sigui inferior a les quanties especificades en els articles 135.1, 177.2 i 203.2 del TRLCAP.

Per tant, no es podran formalitzar convenis de col·laboració entre administracions o entitats jurídicopúbliques l'objecte de les quals sigui el propi d'algun d'aquests contractes quan l'import sigui igual o superior a aquestes quanties, quedant aquests supòsits subjectes a l'aplicació del TRLCAP. Per això, s'han d'adjudicar conformement als procediments que s'hi estableixen, tret que, al seu torn, calgui aplicar-hi l'exclusió continguda en el nou apartat l) del propi article 3.1, a la qual després es farà referència, i puguin ser objecte d'un acord d'encàrrec de gestió.

El text de la lletra d) de l'article 3.1 del TRLCAP no s'ha modificat, de manera que l'exclusió de l'aplicació del TRLCAP derivada d'aquest apartat encara afecta, en allò que interessa, únicament els convenis de col·laboració formalitzats entre l'Administració de la Comunitat Autònoma o els seus organismes i entitats públiques amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat l'objecte del qual no estigui comprès en els contractes regulats en el TRLCAP o en normes administratives especials.

En conseqüència, no es podran formalitzar convenis de col·laboració entre les administracions o entitats públiques, d'una banda, i entitats privades —encara que es tracti de societats o fundacions del sector públic— d'una altra, l'objecte del qual sigui el propi d'un contracte administratiu, sigui dels típics regulats en el TRLCAP, o sigui un contracte administratiu especial. Aquests supòsits queden subjectes a l'aplicació del TRLCAP i per això s'han d'adjudicar d'acord amb els procediments que s'hi estableixen tret que, al seu torn, hi resulti aplicable l'exclusió continguda en el nou apartat l) del propi article 3.1 i puguin ser objecte d'un acord d'encàrrec de gestió.

La introducció del nou apartat l) en l'article 3.1 del TRLCAP implica que les regles derivades de l'apartat c) —en la nova redacció— i de l'apartat d) —que en manté la redacció original— han de quedar matisades per la consideració que, no obstant el que s'estableix en aquests apartats, estaran en tot cas exclosos de l'aplicació del TRLCAP els acords d'encàrrecs de gestió fets *a les entitats i a les societats el capital de les quals pertanyi totalment a la pròpia Administració pública*.

És obvi que, si no s'hagués introduït aquesta previsió en el nou apartat l) de l'article 3.1 del TRLCAP, resultaria que aquests encàrrecs de gestió, si es verificuessin a favor de les entitats públiques enumerades en l'apartat c) i el seu objecte fos constitutiu d'algun dels contractes d'obres, de subministraments, de consultoria i assistència o de serveis regulats en el citat text legal, quedarien sotmesos a aquest, sempre que el seu import superés les quanties establertes en el citat precepte. I si es verificuessin a favor d'entitats privades del sector públic —com les societats de capital públic a què es refereix expressament— quan el seu objecte fos el propi d'algun dels contractes regulats en el TRLCAP o en normes administratives especials, també quedarien subjectes al TRLCAP, sigui quina sigui la quantia, per imperatiu de l'apartat d) del mateix article 3.1.

No obstant això, com que s'introdueix la regla continguda en el nou apartat l) de l'article 3.1 del TRLCAP, s'han d'entendre exclosos de l'àmbit d'aquesta Llei els acords d'encàrrec de gestió fets per una administració, organisme o entitat pública a favor de les entitats públiques o privades que en depenen (en els termes als quals més endavant es farà referència), i això fins i tot quan l'objecte de la gestió encarregada coincideixi amb el d'algun dels contractes als quals al·ludeixen, en cada cas, els apartats c) i d) del mateix article 3.1, o quan l'import superi, en el cas dels encàrrecs de gestió a favor d'entitats públiques, les quanties fixades en l'apartat c) del precepte reiteradament citat.

TERCERA. Aquesta interpretació de l'abast de les previsions contingudes en la nova redacció de l'apartat c) i en el nou apartat l) de l'article 3.1 del TRLCAP, es confirma plenament si s'examinen els antecedents històrics i legislatius i l'esperit i finalitat de les normes esmentades, utilitzant els criteris interpretatius a què fa referència l'article 3.1 del Codi civil.

En aquest sentit, ha de tenir-se en compte que la raó per la qual el legislador introdueix en el TRLCAP les modificacions contingudes en l'article 34 del Reial decret llei 5/2005, d'11 de març —i que justifica la utilització d'aquest excepcional instrument normatiu, l'ús del qual es troba restringit per l'article 86.1 de la Constitució espanyola als casos d'extraordinària i urgent necessitat— no és sinó donar immediat compliment a la Sentència dictada per la Sala Segona del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (TJCE) amb data 13 de gener de 2005, en l'assumpte C-84/03, tramitat com a conseqüència del recurs per incompliment interposat per la Comissió contra el regne d'Espanya. Així consta en l'apartat V de l'exposició de motius del Reial decret llei, en el qual s'assenyala el següent:

La urgència de la reforma legislativa explicitada es deriva de la recent Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, de 13 de gener de 2005, que obliga Espanya a reformar la normativa referent a l'adjudicació de contractes públics, i a més es deriva de la correcta adaptació al dret espanyol dels principis i criteris jurídics en matèria de contractació pública.

Pel que fa a allò que interessa en aquest informe, la Sentència del TJCE declara que el Regne d'Espanya ha incomplert les obligacions que li incumbeixen en virtut de la Directiva 93/36/CEE del Consell, de 14 de juny de 1993, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació de contractes públics de subministrament, i la Directiva 93/37/CEE del Consell, de 14 de juny de 1993, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, atès que no ha adaptat correctament el seu ordenament jurídic intern a les directives esmentades i, en particular: (.../...) atès que ha exclòs de forma absoluta de l'àmbit d'aplicació del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques i, en concret, en l'article 3, apartat 1, lletra c) d'aquest, els convenis de col·laboració que formalitzin les administracions públiques amb les altres entitats públiques i, per tant, també els convenis que constitueixin contractes públics a l'efecte d'aquestes directives, decisió que es fonamenta en les consideracions següents:

37. Segons les definicions contingudes en l'article 1, lletra a), de les directives 93/36 i 93/37, un contracte públic de subministrament o d'obres suposa l'existència d'un contracte a títol onerós formalitzat per escrit entre un proveïdor o un contractista, d'una banda, i una entitat adjudicatària —en el sentit de l'article 1, lletra b)—, per l'altra, d'aquestes directives i que tingui per objecte la compra de productes o l'execució de determinat tipus d'obres.

38. D'acord amb l'article 1, lletra a), de la Directiva 93/36, basta, en principi, que el contracte hagi estat formalitzat entre un ens territorial, d'una banda, i una persona jurídicament distinta, de l'altra. Només pot ser d'una altra manera en el cas que, alhora, l'ens territorial exerceixi sobre la persona que es tracti un control anàleg al que exerceix sobre els propis serveis i aquesta persona dugui a terme la part essencial de la seva activitat amb l'ens o els ens que la controlen (Sentència Teckal, abans esmentada, apartat 50).

39. Tenint en compte la identitat dels elements constitutius de la definició de contracte en les directives 93/36 i 93/37, llevat de l'objecte del contracte considerat, cal aplicar la solució adoptada així en la Sentència Teckal, abans esmentada, als acords interadministratius als quals s'aplica la Directiva 93/37.

40. En conseqüència, atès que exclou a priori de l'àmbit d'aplicació del text refós les relacions entre les administracions públiques, els seus organismes públics i, en general, les entitats de dret públic no mercantils, sigui quina sigui la naturalesa d'aquestes relacions, la normativa espanyola de què es tracti en aquest cas constitueix una adaptació incorrecta del dret intern a les directives 93/36 i 93/37.

41. En aquestes circumstàncies, cal estimar el segon motiu de la Comissió.

La Sentència Teckal —a la qual s'al·ludeix en els apartats 38 i 39 de l'anterior— és la dictada per la Sala Cinquena del TJCE amb data 18 de novembre de 1999, en l'assumpte C-107/98, tramitat com a conseqüència de la petició dirigida al TJCE pel Tribunal Administratiu Regional per la Emilia-Romagna (Itàlia), destinada a obtenir, en el litigi

pendent en aquest òrgan entre Teckal, Srl i Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) de Reggio Emilia, una decisió prejudicial sobre la interpretació de l'article 6 de la Directiva 92/50/CEE, del Consell, de 18 de juny de 1992, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics de serveis. En aquesta rellevant sentència, el TJCE va declarar:

46. El municipi de Viano, com a ens territorial, és una entitat adjudicadora en el sentit de l'article 1, lletra b) de la Directiva 93/36. Per tant, correspon al jutge nacional verificar si la relació entre aquest municipi i l'AGAC reuneix també els altres requisits exigits per la Directiva 93/36 per a constituir un contracte públic de subministrament.

47. Així serà. D'acord amb l'article 1, lletra a), de la Directiva 93/36, si es tracta d'un contracte formalitzat per escrit a títol onerós que té per objecte, en particular, la compra de productes.

48. Consta, en el cas que ens ocupa, que l'AGAC subministra productes, a saber, combustible, al municipi de Viano mitjançant pagament d'un preu.

49. Pel que fa a l'existència d'un contracte, el jutge nacional ha de verificar si ha existit un conveni entre dues persones distintes.

50. Quant a això, segons l'article 1, lletra a), de la Directiva 93/36, basta, en principi, que el contracte hagi estat formalitzat entre, d'una banda, un ens territorial i, de l'altra, una persona jurídicament distinta. Només pot ser d'una altra manera en el cas que, alhora, l'ens territorial exerceixi sobre la persona de què es tracti un control anàleg al que exerceix sobre els propis serveis i aquesta persona faci la part essencial de la seva activitat amb l'ens o els ens que la controlen.

51. Per tant, cal respondre, a la qüestió prejudicial, que la Directiva 93/63 és aplicable quan una entitat adjudicatària, com ara un ens territorial, projecta formalitzar per escrit, amb una entitat formalment distinta i autònoma respecte a ella des del punt de vista decisor, un contracte a títol onerós que té per objecte el subministrament de productes, independentment que aquesta entitat sigui o no, en si mateixa, una entitat adjudicadora.

En resum, d'acord amb la doctrina establerta pel TJCE en la Sentència Teckal —reproduïda en la Sentència de 13 de gener de 2005 (per al compliment del qual es va dictar el Reial decret llei 5/2005)—, resulta que varen quedar subjectes a la normativa comunitària tots els contractes l'objecte dels quals sigui algun dels previstos en les corresponents directives sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics, quan se formalitzin a títol onerós i per escrit, entre una entitat adjudicatària (en el sentit que les citades directives atribueixen al terme) i un contractista o proveïdor que sigui una persona jurídicament distinta d'aquella entitat i autònoma respecte d'ella des del punt de vista de l'adopció de les seves decisions.

No obstant això, i segons aquesta mateixa doctrina, no quedaran subjectes a la normativa comunitària sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics aquelles relacions de col·laboració que, encara que reuneixin aquestes característiques quant al seu objecte, caràcter onerós i forma escrita, se formalitzin entre una entitat adjudicadora i una persona que, tot i ser jurídicament diferent, es trobi sota el ple control d'aquesta entitat adjudicadora i dugui a terme respecte d'ella la part essencial de la seva activitat (com diu literalment el TJCE, *ahora, l'ens territorial exerceixi sobre la persona que es tracti un control anàleg al que exerceix sobre els propis serveis i aquesta persona faci la part essencial de la seva activitat amb l'ens o els ens que la controlen*) circumstàncies que configuren la situació econòmicojurídica denominada *in house providing*, en el marc de la qual el contractista, fins i tot quan formalment ostenta personalitat jurídica pròpia i independent de la del contractant que li encarrega l'execució de les prestacions contractuals, en realitat no és altra cosa que un mitjà instrumental del contractant, completament dependent i sense una veritable capacitat decisòria autònoma, cosa que exclou la naturalesa contractual i converteix en instrumental la relació jurídica entre aquestes parts.

QUARTA. Són aquests els pronunciaments del TJCE que el legislador nacional ha tractat d'acomplir en introduir en l'article 3.1 del TRLCAP les modificacions abans exposades, reformant l'apartat c) i incorporant un nou apartat l) al precepte, a fi que:

- Quedin sotmesos a l'aplicació del TRLCAP i no puguin instrumentar-se a través de convenis de col·laboració entre administracions i entitats públiques els contractes que, pel seu objecte i imports, s'hagin de trobar subjectes a les corresponents normes comunitàries, sempre que l'administració que actuï com a contractista o proveïdor gaudeixi d'autonomia decisòria respecte de l'administració que actuï com a entitat adjudicadora (supòsit de l'apartat c).

- I, en canvi, no queden sotmesos al TRLCAP i poden instrumentar-se a través d'acords d'encàrrecs de gestió fets entre una administració o entitat pública, d'una banda, i una entitat pública o privada del sector públic, de l'altra, encara en el cas que pel seu objecte i import hagin d'estar, en principi, subjectes a la normativa comunitària, sempre que es donin els requisits delimitats pel TJCE per a considerar que existeix un cas de *in house providing* o utilització de mitjans merament instrumentals: que l'administració o entitat pública que actua com a entitat adjudicadora exerceixi sobre l'entitat pública que actua com a contractista o proveïdor un control anàleg al que ostenta sobre els propis serveis i que, al mateix temps, aquesta entitat faci la part essencial de la seva activitat amb aquella administració o entitat pública que la controla plenament (supòsit de l'apartat l) de l'article 3.1).

S'ha de destacar que, fins i tot quan aquests dos requisits establerts per la doctrina del TJCE abans exposada no figurin recollits explícitament en la redacció del nou paràgraf l) de l'article 3.1 del TRLCAP (únicament pot considerar-se que s'al·ludeix a un d'ells, el relatiu al control anàleg a l'exercit sobre els propis serveis, en esmentar, en el cas de les

societats públiques, que el seu capital ha de ser íntegrament de titularitat de l'administració que encarrega), es considera imprescindible que concorrin en tot cas per a poder considerar que els encàrrecs de gestió a què es refereix aquest precepte queden exclosos de l'aplicació del TRLCAP, fet que no seria possible, d'acord amb aquesta doctrina jurisprudencial, en el supòsit que falti qualsevol d'aquests requisits.

CINQUENA. Atès l'àmbit legislatiu i jurisprudencial d'aplicació a la matèria que s'examina, podrien obtenir-se les conclusions específiques següents:

1 . Sobre els convenis de col·laboració

1.1 Supòsits admesos com a convenis de col·laboració i que quedarien exclosos del TRLCAP

Segons el que s'estableix en els apartats c) i d) de l'article 3.1 del TRLCAP, poden instrumentar-se a través de convenis de col·laboració i es troben exclosos de l'aplicació del TRLCAP els que a continuació es detallen, que s'han de regir per les seves normes especials i se'ls ha d'aplicar solament els principis del TRLCAP per a resoldre els dubtes i llacunes que puguin presentar-s'hi (art. 3.2 del TRLCAP):

a) Els convenis de col·laboració que formalitzi l'Administració general de l'Estat amb la Seguretat Social, les comunitats autònomes, entitats locals, els seus respectius organismes autònoms i la resta d'entitats públiques, així com els que formalitzin entre si els organismes i entitats públiques abans esmentats, sempre que hi concorri, alternativament, almenys una de les circumstàncies següents:

- Que la matèria sobre la qual versï no sigui objecte d'un contracte d'obres, de subministrament, de consultoria i assistència o de serveis.

- O que, si la matèria sobre la qual versa és objecte d'un d'aquests contractes, el seu import sigui inferior —almenys en l'actualitat— a les quanties següents:

Per als contractes d'obra, 5.278.000 €, IVA exclòs.

Per als contractes de subministrament, 137.000 €, IVA exclòs.

Per als contractes de consultoria i assistència o de serveis:

200.000 €, IVA exclòs, en els contractes de la categoria 8 (investigació i desenvolupament) de l'article 206 del TRLCAP i en els contractes de la categoria 5 (telecomunicació) del mateix precepte, quan consisteixin en serveis de difusió d'emissions de televisió i de ràdio, en serveis de connexió i en serveis integrats de telecomunicacions.

137.000 €, IVA exclòs, en la resta de contractes de les categories 1 a 16 de l'article 206 del TRLCAP, si els convenis són formalitzats per l'Administració general de l'Estat i els seus organismes autònoms.

211.000 €, IVA exclòs, en la resta de contractes de les categories 1 a 16 de l'article 206 del TRLCAP, si els convenis són formalitzats per la resta d'organismes i

entitats públiques estatals.

b) Els convenis de col·laboració que formalitzi l'Administració de la Comunitat Autònoma, els seus organismes autònoms, empreses públiques i la resta d'entitats de dret públic del sector públic autonòmic amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat, incloses les societats mercantils públiques o fundacions del sector públic, sempre que el seu objecte no estigui comprès en el dels contractes regulats en el TRLCAP o en normes administratives especials, qualsevol que en sigui la quantia.

1.2 Supòsits no admesos com a convenis de col·laboració i que queden subjectes al TRLCAP

De conformitat amb el que s'estableix en els apartats c) i d) de l'article 3.1 del TRLCAP (interpretats a *contrari sensu*) resulta que no poden instrumentar-se a través de convenis de col·laboració els supòsits que a continuació es detallen, que constitueixen veritables contractes públics i queden, per això, subjectes a l'aplicació del TRLCAP en l'extensió que calgui, depenent, lògicament, del nivell de subjecció al citat text legal de l'administració o entitat contractant de conformitat amb les previsions dels articles 1 i 2 de la disposició addicional sisena del mateix TRLCAP (aplicació íntegra; aplicació de les prescripcions relatives a la capacitat de les empreses, publicitat, procediments de licitació i formes d'adjudicació; o aplicació dels principis de publicitat i concurrència):

a) Els que formalitzi l'Administració general de l'Estat amb la Seguretat Social, les comunitats autònomes, les entitats locals, els seus respectius organismes autònoms i les restants entitats públiques, així com els que formalitzin entre si els organismes i entitats públiques abans esmentats, sempre que hi concorrin, acumulativament, les circumstàncies següents:

- Que la matèria sobre la qual versí constitueixi l'objecte d'un contracte d'obres, de subministrament, de consultoria i assistència o de serveis.

- I, a més, que l'import sigui igual o superior a les quanties recollides en l'epígraf 1.1.a) d'aquesta mateixa consideració jurídica CINQUENA d'aquest informe.

Tanmateix, els contractes als quals es refereix aquest apartat no quedaran subjectes al TRLCAP quan estiguin compresos en l'excepció descrita en l'apartat 1.3 següent, d'aquesta consideració jurídica CINQUENA. En aquest cas podran instrumentar-se a través d'un acord d'encàrrec de gestió.

b) Els que formalitzi l'Administració de la Comunitat Autònoma, els seus organismes autònoms, empreses públiques i la resta d'entitats de dret públic del sector públic autonòmic amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat, incloses les societats mercantils autonòmiques i fundacions del sector públic autonòmic, si n'hi ha, sempre que l'objecte estigui comprès en el dels contractes regulats en el TRLCAP o en normes administratives especials, sigui quina sigui la quantia.

Tanmateix, els contractes als quals es refereix aquest apartat no quedaran subjectes al TRLCAP quan estiguin compresos en l'excepció descrita en el següent apartat 1.3 d'aquesta consideració jurídica CINQUENA d'aquest informe i punt 2 següent, d'aquesta mateixa consideració jurídica CINQUENA, en aquest cas podran materialitzar-se a través del corresponent instrument d'encàrrec de gestió.

1.3 Supòsits no admesos com a convenis de col·laboració, sinó com a acords d'encàrrec de gestió, i que no queden subjectes al TRLCAP

Els supòsits prevists en els apartats a) i b) del punt 1.2 immediatament anterior, no quedaran subjectes al TRLCAP —i això encara que el seu objecte coincideixi amb el d'algun dels contractes regulats en el TRLCAP mateix o en normes administratives especials i el seu import sigui igual o superior a les quanties abans expressades— quan hi concorrin les circumstàncies previstes en l'apartat l) de l'article 3.1 del TRLCAP en els termes establerts en aquesta mateixa consideració jurídica CINQUENA d'aquest informe. En aquest cas, es podran instrumentar mitjançant acords d'encàrrec de gestió fets per l'Administració de la Comunitat Autònoma, els seus organismes o entitats públiques a favor d'una entitat pública o privada dependent de la que encarrega.

2. Sobre els encàrrecs de gestió

D'acord amb el que es preveu en l'apartat l) de l'article 3.1 del TRLCAP, estaran directament excloses de l'aplicació del TRLCAP ***els encàrrecs de gestió que es facin a les entitats i a les societats el capital de les quals pertanyi totalment a l'administració pública mateixa.***

Aquests encàrrecs de gestió s'han de regir per les seves normes especials i se'ls ha d'aplicar solament els principis del TRLCAP per a resoldre els dubtes i llacunes que puguin presentar-s'hi (article 3.2 del TRLCAP).

Vist això —i tenint en compte com a criteri interpretatiu de la previsió continguda en l'apartat l) de l'article 3.1, del TRLCAP, la doctrina sobre la figura de l'*in house providing* (en aplicació de la qual s'havia dictat la Sentència del TJCE de 13 de gener de 2005, per a l'execució del qual, com es va exposar, s'introdueixen en el TRLCAP, pel Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, les modificacions d'aqueix precepte)— **pot afirmar-se que els encàrrecs de gestió fets per l'Administració de la Comunitat Autònoma, els seus organismes o entitats públiques haurien d'entendre's emparats en l'apartat l) de l'article 3.1 del TRLCAP i, per tant, exclosos de l'aplicació del TRLCAP, encara que el seu objecte coincideixi amb el d'algun dels contractes regulats en el TRLCAP mateix o en normes administratives especials i amb independència de la seva quantia, quan hi concorrin les circumstàncies següents:**

a) Que es facin a favor d'alguna de les entitats següents:

a.1) Organismes autònoms, entitats públiques empresarials o altres entitats de dret públic del sector públic autònom (ja que totes queden compreses en la dicció entitats de l'apartat l) de l'article 3.1 del TRLCAP) sempre que hi concorrin, acumulativament, les circumstàncies següents:

. Que l'administració, organisme o entitat pública que fa l'encàrrec de gestió exerceixi sobre l'organisme o entitat pública que la rep un control anàleg al que exerceix sobre els propis serveis.

. I a més, que aquest organisme o entitat a favor de la qual s'acorda l'encàrrec de gestió faci la part essencial de la seva activitat amb l'administració, organisme o entitat pública que l'atorga.

Pel que fa a això, cal destacar que, en reduir l'àmbit de l'exclusió del TRLCAP dels convenis de col·laboració entre administracions, organismes o entitats públics mitjançant la nova redacció donada a l'apartat c) de l'article 3.1, el legislador ha modificat el criteri que l'encàrrec de gestió quedava en tot cas exclòs del TRLCAP quan es feia entre administracions o entitats públiques, que es plasmava en el contingut de l'article 15, apartats 1, 3 i 4 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJ-PAC). Aquests apartats s'han d'entendre parcialment modificats després de l'entrada en vigor de la modificació introduïda en l'article 3.1 del TRLCAP pel Reial decret llei 5/2005, que només permet aquests encàrrecs a favor d'entitats plenament controlades per l'administració pública que fa l'encàrrec a l'empara de la lletra l) de l'article 3.1 o, mitjançant conveni de col·laboració, quan quedi exclòs del TRLCAP segons la nova redacció de la lletra c) de l'article 3.1.

a.2) Societats mercantils autonòmiques, sense perjudici del que més endavant s'indicarà, el capital de les quals pertanyi totalment a l'Administració de la Comunitat Autònoma, organisme o entitat pública que fa l'encàrrec de gestió a favor seu, i fundacions del sector públic autonòmic —a les primeres s'al·ludeix expressament en l'apartat l) de l'article 3.1 del TRLCAP i les segones queden compreses en el terme entitats utilitzat pel precepte—, **sempre que hi concorrin acumulativament, les circumstàncies següents:**

. Que l'Administració, organisme o entitat pública que fa l'encàrrec de gestió exerceixi sobre la societat o fundació que la rep un control anàleg al que exerceix sobre els propis serveis.

. I a més, que aquesta societat o fundació a favor de la qual s'acorda l'encàrrec de gestió faci la part essencial de la seva activitat amb l'administració, organisme o entitat pública que l'atorga.

Pel que fa a això, ha de destacar-se que, en introduir en l'article 3.1 del TRLCAP el nou apartat l) —en el qual s'estableix expressament la possibilitat que els encàrrecs de gestió es facin a favor de les societats mercantils el capital de les quals els pertany totalment, i de la redacció de la qual es dedueix, implícitament, que també poden fer-les a favor d'altres entitats privades del sector públic—, el legislador ha modificat el criteri que l'encàrrec de gestió no podia fer-se a favor de persones sotmeses a dret privat, que es plasmava en l'article 15.5 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment

administratiu comú (LRJPAC), que ha d'entendre's parcialment modificat després de l'entrada en vigor de la modificació introduïda en l'article 3.1 del TRLCAP pel Reial decret llei 5/2005, que permet aquests encàrrecs a favor de determinades persones juridicoprivades plenament controlades per l'administració pública que encarrega.

Encara que el paràgraf l) de l'article 3.1 del TRLCAP al·ludeixi a entitats i societats el capital de les quals pertanyi totalment a l'administració pública mateixa —cosa que, d'acord amb la dicció literal del mateix precepte, ens dóna entenent, en principi, que només és possible l'encàrrec de gestió a una entitat o societat el capital de la qual pertanyi exclusivament i únicament a l'Administració (o entitat de dret públic) que fa l'encàrrec—, també podria interpretar-se com admissible que pogués fer-se l'encàrrec de gestió a una entitat o societat el capital de la qual, sempre que sigui exclusivament públic, pertanyi a diverses administracions públiques amb competències o fins concurrents (sia mitjançant participació directa d'aquestes administracions públiques en el capital de l'entitat o societat, sia mitjançant participació indirecta en aquest capital) sempre que aquesta entitat estigui sotmesa al control únic i exclusiu, per bé que conjunt, d'aquestes administracions públiques.

Aquest criteri excepcional podria fundar-se en la consideració que la jurisprudència del TJCE admet, com a supòsit de la situació denominada *in house providing* —i, per tant, com a supòsit exclòs de l'aplicació de les prescripcions del dret comunitari sobre contractació pública—, no només el cas que l'entitat instrumental sigui controlada únicament i exclusivament per un sol poder adjudicador (de la qual cosa s'infereix que el capital de l'entitat instrumental té com a únic titular el poder adjudicador) sinó també el cas que l'entitat instrumental estigui sotmesa al control únic i exclusiu, per bé que conjunt, de diversos poders adjudicadors (d'això es dedueix que el capital de l'entitat instrumental ha de tenir com a titulars diversos poders adjudicadors). Així ho reconeix l'esmentada Sentència de 18 de novembre de 1999 (C-107/98), dictada en l'assumpte Teckal, la qual, en l'apartat 50, al·ludeix que la part essencial de l'activitat de l'entitat instrumental es faci amb l'ens o els ens que la controlen. La Sentència d'11 de gener de 2005 (C-26/93), dictada en l'assumpte Stadt Trobi, es pronuncia en els mateixos termes, ja que, en l'apartat 49 al·ludeix que la part essencial de l'activitat de l'entitat instrumental es faci amb l'autoritat o autoritats públiques que la controlen, la qual cosa indubtablement suposa admetre el cas d'entitat instrumental constituïda o creada per dues o més administracions públiques i sotmesa al control exclusiu d'aquestes, que, per tant, són les cotitulars del capital de l'entitat instrumental.

Davant aquests pronunciaments del TJCE, i ja que la interpretació de les modificacions introduïdes en matèria de contractació de les administracions públiques per Reial decret llei 5/2005, d'11 de març —entre elles, la de l'article 3.1.l) del TRLCAP ha de tenir com referent necessari la doctrina assegurada per aquest Tribunal (l'esmentat Reial decret llei es va promulgar a fi de donar compliment a la sentència del TJCE mateix de 13 de gener de 2005 en la qual expressament es recull la doctrina de la sentència Teckal)—, no cal donar primacia a una interpretació literalista i restrictiva de l'article 3.1.l) del TRLCAP i, per tant, ha d'arribar-se a la conclusió que aquesta interpretació ens mena envers el criteri assegut pel Tribunal esmentat.

Pot, doncs, concloure's la possible admissibilitat de l'encàrrec de gestió a què es refereix l'article 3.1.l) del TRLCAP a una entitat el capital de la qual sigui exclusivament públic, encara que pertanyi, directament o indirectament, a dues o més administracions públiques, sempre que hi concorri la resta de condicions exigides per la mateixa jurisprudència del TJCE (que la part essencial de l'activitat que faci l'entitat que rep l'encàrrec es faci per a les administracions públiques partícips en el capital d'aquesta entitat i que, com a exigència implícita del que s'ha dit, no hi hagi participació, encara que sigui minoritària, de capital privat).

b) Que s'hi observin les exigències contingudes en relació amb els encàrrecs de gestió en l'article 15 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC):

. Que l'objecte sigui la realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis de la competència dels òrgans de l'Administració General de l'Estat, que l'encàrrec als organismes o entitats abans indicats es consideri convenient per raons d'eficàcia o per manca dels mitjans tècnics idonis per al seu acompliment (article 15.1 de la LRJ-PAC).

És perfectament possible que l'objecte de l'encàrrec de gestió, definit en aquests termes, coincideixi amb el d'algun dels contractes regulats en el TRLCAP o en normes administratives especials, i que la seva quantia excedeixi les previstes en la lletra c) de l'article 3.1 d'aquest text legal. En aquests casos, no serà aplicable el TRLCAP, atès que la regla establerta en els apartats c) i d) del seu article 3.1 ha d'entendre's, al seu torn, sotmesa a l'excepció derivada de l'aplicació de la previsió continguda en l'apartat l) del mateix precepte, d'acord amb la jurisprudència comunitària que inspira la reforma.

. Que es formalitzi per acord exprés de l'administració, organisme o entitat pública que l'atorga i de l'organisme o entitat que rebí l'encàrrec de gestió. Aquest acord d'encàrrec de gestió no ha de rebre necessàriament la denominació de conveni de col·laboració, a fi d'evitar qualsevol dubte relatiu a la possible aplicació de les previsions dels apartats c) i d) de l'article 3.1 del TRLCAP.

En l'acord d'encàrrec de gestió ha d'incloure's, almenys, l'esment exprés de l'activitat o activitats encarregades, el termini de vigència i la naturalesa i abast de la gestió encarregada (article 15.3 de la LRJ-PAC).

. Que l'acord d'encàrrec de gestió, i la seva eventual resolució, siguin publicats en el butlletí oficial de la comunitat autònoma (article 15.3 de la LRJPAC).

SISENA. L'Empresa de Transformació Agrària, SA (TRAGSA) és una entitat integrant del sector públic empresarial estatal (art. 3, Llei 47/2003, de 26 de novembre, general pressupostària) que duu a terme la prestació de serveis essencials en diverses matèries.

Aquesta empresa, d'acord amb el que es disposa en l'article 88.4 de la Llei 66/1997, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, **fou qualificada com a mitjà propi instrumental i servei tècnic de l'Administració, per la qual cosa queda "obligada a dur a terme amb caràcter exclusiu, per si mateixa o les seves filials, els treballs**

que li encarreguin l'Administració general, les comunitats autònomes i els organismes públics que en depenguin, en les matèries que constitueixen l'objecte social de l'empresa i, especialment, aquells que siguin urgents o que s'ordenin com a conseqüència de les situacions d'emergència que es declarin.”

De la mateixa manera, a escala autonòmica, la Llei 9/1997, de 22 de desembre, de mesures tributàries i administratives de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, **va dedicar l'article 24 a la regulació de les actuacions que, a títol obligatori, duguin a terme les empreses de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears** (aquelles a les quals es refereix l'article 1.b), de la Llei 3/1989, de 31 de març, d'entitats autònomes i empreses públiques i vinculades de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears) **amb la consideració de mitjà propi instrumental i servei tècnic de l'Administració autonòmica i, en el punt 5 d'aquest article 24, va disposar** —de manera expressa i indubtable— **que:**

El règim previst en els punts anteriors (la consideració com a mitjà propi instrumental i servei tècnic autonòmic) és aplicable, en els mateixos termes, a les obres, els treballs i les activitats que la societat estatal Empresa de Transformació Agrària, Societat Anònima, (TRAGSA), com a mitjà de desenvolupament rural i de conservació del medi ambient, duu a terme, a títol obligatori i per ordre de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, en territori de la comunitat autònoma.

Els precedents legals que s'acaben d'exposar varen ser aprovats pel Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (STJCE de 8 i maig de 2003, St. TRAGSA) quan aquest tribunal va declarar el següent:

Pel que fa a les conseqüències de considerar TRAGSA com a part de l'Administració pública, cal recordar que el Tribunal de Justícia ha admès una excepció a l'aplicació de les directives en matèria d'adjudicació de contractes públics, anomenada *in house providing*, relativa als contractes formalitzats per una entitat adjudicadora amb determinats organismes públics que hi estiguin vinculats. Els límits d'aquesta excepció es varen detallar, en particular, en les sentències de 18 de novembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. I-11037), apartat 50 i de 7 de desembre de 2000, ARGE Gewässerschutz (C-94/99, Rec. I-11037), apartat 40. D'aquestes sentències es desprèn que, no havent-hi cap excepció expressa, per elaborar un contracte públic basta, en principi, que el contracte hagi estat formalitzat entre un ens territorial, d'una banda, i una persona jurídicament distinta, per una altra. Només pot ser d'una altra manera en el cas que l'ens territorial exerceixi sobre la persona de què es tracti un control anàleg al que exerceix sobre els propis serveis i, alhora, aquesta persona faci la part essencial de la seva activitat amb l'ens o els ens que la controlen.

Això és el que succeeix en aquest assumpte. En efecte, en virtut de l'article 88, apartat 4, de la Llei 66/1997, de 30 de desembre de 1997, **TRAGSA (en tant que mitjà propi instrumental i servei tècnic de l'administració espanyola) és obligada a dur a terme amb caràcter exclusiu, per si mateixa o les seves filials, els treballs que li encarreguin l'Administració General de l'Estat, les comunitats autònomes i els organismes públics que en depenguin.** Segons els apartats 1 i 2 d'aquest article, TRAGSA és una societat estatal en el capital social de la qual poden participar les comunitats autònomes mitjançant l'adquisició d'accions.

Per tant, les autoritats espanyoles podien encarregar legítimament a TRAGSA els treballs relatius a la implantació del registre oleícola sense recórrer al procediment de licitació.

Conseqüentment, la societat estatal Empresa de Transformació Agrària (TRAGSA) està considerada —pel TJCE— com a mitjà propi instrumental i servei tècnic de l'Administració espanyola i obligada a dur a terme amb caràcter exclusiu els treballs que li encarreguin l'Administració general de l'Estat, les comunitats autònomes i els organismes públics que en depenguin.

Aquesta consideració jurídica ha de posar-se en relació —ara— amb la situació derivada de la translació —a l'ordenament positiu espanyol— de la Jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (Sentència de 16 d'octubre de 2003, Assumpte C.283/00 i Sentència de 13 de gener de 2005, Assumpte C-84/03) mitjançant la seva incorporació al text del Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, que, en relació amb la qüestió que s'examina, permet obtenir les següents

CONCLUSIONS

1. No hi resulta aplicable la legislació de contractació pública quan es tracta dels denominats "contractes domèstics" (*in house providing*), o sia els formalitzats entre

una administració pública i un ens instrumental que en depengui (organisme autònom, entitat pública empresarial, societat mercantil de capital íntegrament públic) quan concorrin els requisits que l'administració pública que fa l'encàrrec exerceixi un control anàleg al que exerceix sobre els propis serveis i que aquest ens instrumental faci la part essencial de la seva activitat amb l'administració que la controla (STJCE d'11 de gener de 2005).

2. Excepcionalment, aquesta característica d'ens instrumental (mitjà propi i servei tècnic de l'Administració) pot considerar-se que concorre —per així haver estat declarat legalment i jurisprudencialment— en TRAGSA, respecte de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, per tal com:

La Llei estatal 66/1997, de 30 de desembre i la Llei balear 9/1997, de 22 de desembre, en unió de la Sentència TJCE, de 8 de maig de 2003, declaren —expressament— la seva naturalesa de mitjà instrumental respecte no tan sols de l'Estat sinó també de les comunitats autònomes.

De la mateixa manera, les normes esmentades i la Sentència del TJCE proclamen l'obligatorietat —per a TRAGSA— de dur a terme els encàrrecs que li encomanin, si s'escau, les comunitats autònomes.

Finalment, no hi ha cap dubte de la titularitat pública de l'íntegre capital social de TRAGSA, per la qual cosa, encara de manera excepcional i limitat a aquest cas- pot entendre's que en l'encàrrec d'un treball a TRAGSA per una comunitat autònoma (amb força d'obligar respecte de l'empresa pública, que no podrà rebutjar l'encàrrec) concorren els requisits necessaris perquè pugui excloure's la legislació de contractes públics en els termes i condicions a què es refereix el cos d'aquest informe.