

Informe 2/07, de 29 de marzo de 2007

Naturaleza de las relaciones jurídicas entre TRAGSA y la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, a raíz de la modificación del artículo 3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, mediante la Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 26 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

Antecedentes

El Viceinterventor General de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears solicita un informe a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el asunto de referencia, en escrito de fecha 19 de febrero de 2007, del siguiente tenor:

“Por ley de Cortes Generales 42/2006, de Presupuestos Generales del Estado para el 2007, se ha modificado el párrafo l) del apartado 1 del artículo 3 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que queda redactado de la manera siguiente.

1. *Quedan fuera del ámbito de la presente Ley:*

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

En esta nueva redacción se concretan los requisitos de control y actividad que deben concurrir las entidades por considerar que las actuaciones que se hayan de llevar a término mediante encomiendas quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley de contratos.

El pasado 7 de febrero de 2006, a instancia de la Secretaría General de la Consejería de Economía, Hacienda e Innovación, la Junta Consultiva emitió el informe 1/2006, sobre los criterios que debe tener en cuenta la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears a la hora de hacer contratos con las entidades que tengan la condición de medios propios, consideración especial a TRAGSA, SA. En el apartado 2 de las conclusiones del mencionado informe se manifiesta lo siguiente:

Excepcionalmente, esta característica de ente instrumental (medios propios y servicio técnico de la Administración) por considerarse que concurre (por así haber sido declarado legalmente y jurisprudencialmente) en TRAGSA, respecto de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, como quiera que:

La Ley estatal 66/1997, de 30 de diciembre y la Ley balear 9/1997, de 22 de diciembre, en unión de la sentencia del TJCE, de 8 de mayo de 2003, declaran expresamente su naturaleza de medio instrumental no tan sólo del Estado sino también de las comunidades autónomas.

A la vista de la nueva redacción dada al párrafo l) del artículo 3.1 de la Ley de Contratos y con el objeto de conocer la interpretación que al respecto le merece, y en virtud de lo que se establece en los artículos 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de la Junta Consultiva, y del artículo 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, se solicita informe sobre la cuestión que a continuación se plantea:

¿Se ha alterado la posibilidad de utilizar a TRAGSA, SA. como medio propio de la Administración Autonómica con la entrada en vigor de la Ley de Cortes Generales 42/2006, de 26 de diciembre, que modifica el párrafo l) del apartado 1 del artículo 3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas?

Se acompaña informe de los Servicios Jurídicos de la Consejería de Economía, Hacienda e Innovación, de acuerdo con lo dispone el apartado 3 del artículo 16 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva.”

Presupuestos de admisibilidad

1. La solicitud del informe la presenta el Viceinterventor General de la comunidad autónoma de las Illes Balears quien, según el artículo 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, y el artículo 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997, está legitimado para ello.
2. A la petición se adjunta el informe jurídico a que se refiere el artículo 16 del Reglamento citado.
3. Se han cumplimentado todos los requisitos formales para la emisión de este informe.

Consideraciones jurídicas

Primera. La solicitud de este informe es consecuencia de las modificaciones introducidas por la Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 26 de diciembre, por la que se aprueban los presupuestos generales del Estado para el año 2007, en el artículo 3º del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, (LCAP) con la introducción de la letra l) por el Real Decreto Ley 5/2005 de 11 de marzo, lo que dio lugar a la emisión del informe 1/2006 de esta Junta Consultiva, sobre los criterios que se tienen que tener en cuenta por la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en sus relaciones contractuales con entidades que tengan la condición de medios propios y en consideración especial a Tragsa.

Se solicita por la Viceintervención General, saber si con la modificación legal antes aludida se han alterado las posibilidades de utilizar a Tragsa S.A. como medio propio de la Administración Autonómica, tal y como establecía el mencionado informe de esta Junta Consultiva 1/06.

Segunda. Para dar respuesta a esta pregunta es necesario pormenorizar cuáles han sido realmente las modificaciones introducidas así como conocer cuáles han sido las razones que han ocasionado tal variación.

La letra l) del artículo 3º de la LCAP introducida por el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo establecía como negocios y contratos excluidos de la misma:

“Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública.”

(el subrayado es nuestro).

La letra l) del artículo 3º de la LCAP, con las modificaciones introducidas por la Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 26 de diciembre, por la que se aprueban los presupuestos generales del Estado para el año 2007, queda redactado de la siguiente manera:

“Las encomiendas de gestión que se confieran a entidades o 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 la controlan.”

(el subrayado es nuestro).

De la lectura de estas dos redacciones dadas a la norma, se desprende con toda claridad que lo que ha pretendido el legislador con esta nueva redacción es dar pleno cumplimiento a los requisitos que en su día exigió la doctrina del TJCE (sentencias de 11 de enero de 2005, de 13 enero de 2005, sentencia Tékal, las cuales motivaron la modificación de la LCAP de 2005), para poder hablar de las relaciones jurídico-contractuales denominadas “in house providing” y aclarar la duda sobre el requisito de la titularidad del capital social de las entidades encomendadas que ocasionaba la redacción anterior. Todo ello desarrollado con amplitud en el informe de esta Junta Consultiva 1/06 y que damos aquí por reproducidos.

Las recientes modificaciones introducidas en la letra l) del apartado 1) del artículo 3 de la LCAP no hacen, como hemos expuesto, sino transcribir al Derecho español la doctrina jurisprudencial del TJCE, estableciendo unos requisitos acumulativos necesarios para que se pueda hablar de encomienda de gestión como uno de los supuestos de exclusión del ámbito de aplicación de la LCAP, requisitos que ya exponíamos como necesarios al dar una interpretación del contenido anterior de la letra l) del artículo 3.1 de la LCAP en el informe de esta Junta Consultiva 1/06.

De la lectura de la modificación introducida en el contenido de la letra l) del artículo 3.1 de la LCAP por la Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006 se desprende que los requisitos necesarios, todos ellos, para poder hablar de encomienda de gestión como supuesto de exclusión del ámbito de aplicación de la LCAP son:

1. Que el capital de la entidad encomendada sea en su totalidad de titularidad pública.
2. Que la Administración encomendante ostente sobre la entidad encomendada un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
3. Que la entidad encomendada realice la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades públicas que la controlan.

O sea, la modificación introducida coincide con la interpretación que esta Junta Consultiva hizo en su informe 1/06, sobre el contenido de la letra l) del artículo 3.1 de la LCAP. Pero, desarrollemos cada uno de estos requisitos con la finalidad de dar respuesta a la solicitud de informe de la Viceintervención General de la CAIB.

Tercera. Primer requisito: Que el capital de la entidad encomendada sea en su totalidad de titularidad pública.

Antes de la reforma actual, el legislador consideraba que para poder hablar de encomienda de gestión como uno de los supuestos de exclusión de la aplicación de la LCAP era suficiente con que concurriera el requisito de que el capital social de la entidad contratante pertenezca totalmente a la propia Administración pública. Esta expresión causó cierta confusión a los interpretadores de la norma en el sentido de que para hablar de la encomienda de gestión, para unos, se requería que la Administración que confería la encomienda fuese la única titular de la entidad encomendada, en cambio para otros era suficiente que el capital de la entidad encomendada perteneciera íntegramente a la Administración pública con independencia de cuál o cuáles fuesen las Administraciones participantes en el capital. Este último era el parecer de la Abogacía del Estado en su Instrucción 2/2006 y el de esta Junta Consultiva en su informe 1/06.

Pues bien, con esta modificación al precepto que comentamos no hace otra cosa que admitir las encomiendas de gestión no solamente a aquellas entidades cuyo capital pertenezca totalmente a la Administración contratante sino también a entidades siempre que su capital sea exclusivamente público aunque pertenezca a varias Administraciones. De esta manera se acaba con la incertidumbre a que llevaba la anterior redacción dada a la norma y que nosotros ya habíamos interpretado en el sentido de la redacción actual al haber hecho una interpretación de la doctrina jurisprudencial del TJCE en el informe tantas veces aludido.

En relación con la empresa pública TRAGSA, hay que decir que el capital social de la misma es en su totalidad, perteneciente a la Administración Pública, por tanto concurre en

ella el primero de los requisitos que establece la Ley para poder afirmar que a las relaciones contractuales de aquélla con la Administración entre la que incluimos las CC.AA. no se les aplica la LCAP.

Cuarta. Segundo requisito: Que la Administración encomendante ostente sobre la entidad encomendada un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

Saber si concurre este requisito en las relaciones contractuales que lleva a cabo la Administración Pública con TRAGSA, nos obliga a tener que examinar y transcribir algunos de los preceptos de su normativa reguladora que es básicamente el artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y el Real Decreto 371/1999, de 6 de marzo.

El artículo 88.4. de la Ley 66/1997 dice: “TRAGSA, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes, en las materias que constituyan el objeto social de la empresa...” (el subrayado es nuestro).

El artículo 88.5. de la Ley 66/1997, dice: “Ni TRAGSA ni sus filiales podrán participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por las Administraciones Públicas de las que sea medio propio...”

El artículo 3.1 del Real Decreto 371/1999 señala: “TRAGSA y sus filiales son medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, de la de cada Comunidad Autónoma que así lo disponga y de los organismos dependientes de aquélla y de éstos.

Los diferentes Departamentos o Consejerías de la citadas Administraciones Públicas, así como sus organismos dependientes y las entidades de cualquier naturaleza vinculadas a aquéllas para la realización de sus planes de actuación, podrán encomendar a TRAGSA o a sus filiales los trabajos y actividades que precisen para el ejercicio de sus competencias y funciones, así como las que resulten complementarias o accesorias, de acuerdo con el régimen establecido en este Real Decreto.

2. TRAGSA y sus filiales están obligadas a realizar los trabajos y actividades que le sean encomendadas por la Administración. Dicha obligación se refiere, con carácter exclusivo, a los encargos que les formule como medio propio instrumental y servicio técnico, en las materias que constituyan su objeto social”.

De la lectura de estos preceptos, se concluye que TRAGSA se identifica como un medio propio instrumental no tan sólo de la Administración General del Estado, sino también de aquellas Comunidades Autónomas que así lo hayan acordado, estando obligada con éstas

a llevar a cabo las tareas que le encomienden de manera obligada como si de un propio servicio de la Comunidad Autónoma se tratara.

De la misma manera, a escala autonómica, como ya se expuso en el informe de esta Junta Consultiva 1/06, la Ley 9/1997, de 22 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, dedicó el artículo 24 a la regulación de las actuaciones que, a título obligatorio, lleven a cabo las empresas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración autonómica y, en el punto 5 del mismo artículo establecía que:

“El règim previst en els articles anteriors (la consideració com a mitjà propi instrumental i servei tènic 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”.

De igual manera fueron considerados los preceptos anteriores por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE de 8 de mayo de 2003, sentencia TRAGSA), al declarar:

“En efecto en virtud del artículo 88, apartado cuarto de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, TRAGSA (como medio propio instrumental y de servicio técnico de la Administración española) está obligada a llevar a cabo con carácter de exclusividad, los trabajos que le encargue la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes.”

Quinta. Y, tercer requisito: Que la entidad encomendada realice la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades públicas que la controlan.

En consecuencia, entendemos que la nueva redacción dada a la letra l) del apartado 1) del artículo 3 de la LCAP, en nada altera el régimen jurídico de las relaciones jurídicas aplicable a las encomiendas de gestión que se encarguen a TRAGSA por la Comunidad Autónoma de las Illes Balears al considerar a TRAGSA como medio instrumental de ésta; al contrario, la modificación lo que hace es dar una mayor claridad a los criterios a seguir para la aplicación de las relaciones jurídicas del “In house providing”, asumiendo la legislación de contratos española los requisitos que la jurisprudencia del TSJCE ha ido exigiendo a los largo de sus fallos.

Conclusión

La nueva redacción de la letra l) del artículo 3.1 del TRLCAP en nada altera las conclusiones del Informe de esta Junta Consultiva 1/06 ya que aquella no hace sino recoger con mayor claridad los requisitos que la jurisprudencia del TSJCE venía exigiendo para

admitir la figura de la encomienda de gestión a Tragsa como supuesto de inaplicación de la legislación de contratos administrativos, requisitos que sirvieron de base a esta Junta Consultiva para realizar las conclusiones del informe 1/06 que se ratifican plenamente con éste.