



Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 27 de noviembre de 2009

Informe 4/09, de 27 de noviembre. Posibilidad de los Consejos Insulares de hacer encargos a TRAGSA. Consideración de TRAGSA como medio propio de los Consejos Insulares

Antecedentes

1. El Presidente del Consejo Insular de Menorca ha formulado la siguiente consulta a esta Junta Consultiva:

Dada la reciente entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se plantean dudas sobre la interpretación y alcance de la disposición adicional trigésima de la Ley 30/2007, concretamente si las sociedades del Grupo TRAGSA (en lo sucesivo, TRAGSA) pueden considerarse medio propio del Consejo Insular de Menorca;

Dado que hasta la entrada en vigor de la citada Ley el Consejo Insular de Menorca ha hecho encargos a TRAGSA para la realización de trabajos en materias de competencia del CIM en virtud de la disposición adicional sexta de la Ley 8/1999, de 12 de abril, de Atribución de Competencias a los Consejos Insulares de Menorca y de Eivissa y Formentera en materia de Agricultura, Ganadería, Pesca y Artesanía;

Dada la disposición adicional segunda del Decreto 147/2000, de 10 de noviembre, sobre Contratación de la Comunidad Autónoma, en virtud de la cual los Presidentes de los Consejos Insulares pueden solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los mismos términos y condiciones que los regulados en el artículo 12 del Decreto 20/1997, y en los artículos 15, 16 y 17 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva;

De acuerdo con el artículo 16.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997, al escrito se adjunta el informe jurídico emitido por la Técnica de Administración General del Consejo Insular de Menorca;

Por ello, en uso de las competencias que tengo atribuidas, solicito informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears a propósito de la siguiente cuestión:



Si a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el Consejo Insular de Menorca puede seguir haciendo encargos a las sociedades del grupo TRAGSA en aplicación de la disposición adicional sexta de la Ley 8/1999, de 12 de abril, de Atribución de Competencias a los Consejos Insulares de Menorca y de Eivissa y Formentera en materia de Agricultura, Ganadería, Pesca y Artesanía.

2. El Presidente del Consejo Insular de Menorca está legitimado para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación, de conformidad con la disposición adicional segunda del Decreto 147/2000, de 10 de noviembre, sobre Contratación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. De acuerdo con el artículo 16.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997, al escrito se adjunta el informe jurídico emitido por la Técnica de Administración General del Consejo Insular de Menorca. Por tanto, se reúnen los requisitos previos de admisión para poder emitir el informe solicitado.

Consideraciones jurídicas

1. El escrito de consulta plantea una duda en relación con la posibilidad de que TRAGSA pueda considerarse medio propio del Consejo Insular de Menorca, y, concretamente, sobre si el Consejo puede seguir haciendo encargos de gestión a TRAGSA amparándose en la disposición adicional sexta de la Ley 8/1999, de 12 de abril, de Atribución de Competencias a los Consejos Insulares de Menorca y de Eivissa y Formentera en materia de Agricultura, Ganadería, Pesca y Artesanía, después de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP).
2. La constitución de la Empresa Pública de Transformación Agraria, SA (TRAGSA) fue autorizada mediante el Decreto 379/1977, de 22 de enero, como un instrumento del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario. Entre otras finalidades importantes, le correspondía ejecutar los trabajos en aquel momento encargados al Parque de Maquinaria del Instituto que no se podían encargar a particulares por razones de especialización, por su dispersión en el espacio y en el tiempo, por la necesidad de evitar demoras o por la nula rentabilidad en los casos de actuación en emergencias.

La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social derogó el Decreto de creación de TRAGSA, y reguló su régimen



jurídico en el artículo 88. La empresa TRAGSA se configuró como sociedad mercantil estatal de carácter público para llevar a cabo servicios esenciales en materia de desarrollo rural y conservación del medio ambiente. El apartado cuarto disponía que TRAGSA, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, estaba obligada a llevar a cabo los trabajos que le encargasen la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellos dependientes en las materias que constituyen el objeto social de la empresa, y aquellos urgentes o que se ordenaran como consecuencia de situaciones de emergencia.

Este régimen jurídico fue desarrollado mediante el Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo.

Posteriormente el artículo 88 de la Ley 66/1997 fue ampliado, en cuanto al régimen contractual de TRAGSA cuando celebra contratos con terceros y en cuanto a su objeto social, respectivamente, por las Leyes 53/2002, de 30 de diciembre, y 62/2003, de 30 de diciembre, ambas de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Actualmente el régimen jurídico de TRAGSA se regula en la disposición adicional trigésima de la LCSP, que ha sustituido al artículo 88 de la Ley 66/1997.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears se optó, como en otras comunidades autónomas, por introducir, mediante una ley, la posibilidad de hacer encargos de gestión a empresas públicas dependientes, y generalizar el régimen de ejecución directa propio de TRAGSA a cualquier empresa pública. Así, la Ley 9/1997, de 22 de diciembre, de diversas Medidas Tributarias y Administrativas, dispone en el artículo 24 lo siguiente:

1. Las empresas públicas de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares a que se refiere el artículo 1.b) de la Ley 3/1989, de 29 de marzo, de Entidades Autónomas y Empresas Públicas y Vinculadas de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, estarán obligadas a realizar, con la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, las obras, los trabajos y las actividades que les encomienden las diferentes Consejerías del Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y los organismos públicos que dependen de él, en las materias que constituyen el objeto social de las empresas y, especialmente, aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren.



Las obras, los trabajos y las actividades realizadas en estos términos se considerarán ejecutados por la propia administración y, en consecuencia, tendrán el régimen previsto con esta finalidad en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

(...)

5. El régimen previsto en los puntos anteriores se aplicará, en los mismos términos, a las obras, los trabajos y las actividades que la sociedad estatal «Empresa de Transformación Agraria, sociedad anónima», TRAGSA, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración en materia de desarrollo rural y de conservación del medio ambiente, lleve a cabo, a título obligatorio y por orden de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, en el territorio de la Comunidad Autónoma.

El contenido íntegro de este artículo, que establece el régimen jurídico de las actuaciones que, a título obligatorio, llevan a cabo las empresas públicas, se trasladó al artículo 9 del Decreto 147/2000, de 10 de noviembre, sobre Contratación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

En relación a la consideración de TRAGSA como medio propio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, esta Junta Consultiva ya se ha pronunciado sobre ello en los informes 1/06, de 7 de febrero de 2006, y 2/07, de 29 de marzo de 2007.

3. El denominado contrato interno o *in house providing* es una relación jurídica en la que un poder adjudicador encarga la prestación de una obra o de un servicio a un ente instrumental con personalidad jurídica propia sin aplicar la legislación contractual. Se trata de una manifestación de la potestad autoorganizativa de las administraciones públicas por la cual el interés público se satisface mediante una actividad interna, y que se inspira en la doctrina y práctica denominada en el mundo anglosajón *in house providing* (literalmente, ‘suministro doméstico o interno’).

Si bien se trata de una modalidad de gestión admitida por el Derecho comunitario, hacer encargos de forma directa, sin licitación pública, a entidades dotadas de personalidad jurídica propia pero controladas por los entes contratantes, ha sido, y es, fuente de conflictos, dado que puede afectar a los principios comunitarios de igualdad y de competencia.

4. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha elaborado una doctrina importante en relación con los contratos denominados *in house* o *in house*



providing. En este sentido, es obligado citar la sentencia de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, dictada en el asunto C-107/98, en la cual el Tribunal manifestó lo siguiente:

50. (...) conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36 [de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro], 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.

Por tanto, el Tribunal admite los contratos *in house* siempre que se cumplan dos requisitos acumulativos: que el encargo se formalice entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente diferente de ésta pero sobre la cual ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus servicios propios, y que la entidad encomendada lleve a cabo la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades públicas que la controlan.

Estos criterios han sido ratificados en sentencias posteriores, como por ejemplo en las sentencias *Stadt Halle, Comisión/España, Parking Brixen y Comisión/Austria*, de 2005, la sentencia *Carbotermo*, el año 2006, las sentencias *TRAGSA y Aperymco* el año 2007 y la sentencia *Coditel* el año 2008.

Analicemos los requisitos establecidos por la jurisprudencia comunitaria.

El primer requisito es que el encargo se formalice entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente diferente de ésta pero sobre la cual ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Esto supone que el ente al que se hace el encargo no tiene autonomía desde el punto de vista decisorio, por lo que no existe una verdadera autonomía contractual. El criterio del “control análogo” implica una dependencia estructural y un control efectivo, de manera que los trabajos que se encargan al ente instrumental no se gestionarían de forma diferente que si los ejecutase el ente dominante.

La sentencia *Carbotermo*, de 11 de mayo de 2006 (asunto C-340/04), interpreta este criterio en los siguientes términos:



36. 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. Debe tratarse de una influencia potencialmente determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad (véase la sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-0000, apartado 65).

37. 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, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, según los términos del apartado 50 de la sentencia Teckal, antes citada.

Así, se desprende de ello que la entidad adjudicadora debe tener un control sobre el ente instrumental que le permita influir en sus decisiones. Esta posibilidad de influencia debe ser determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes, y se traduce en la práctica en la absoluta dominación a la hora de la determinación de voluntades, de forma que no existiría un auténtico contrato.

Posteriormente el Tribunal de Justicia ha flexibilizado el requisito de la influencia dominante en la sentencia *TRAGSA*, de 19 de abril de 2007 (asunto C-295/05), y en la sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel* (asunto C-324/07), en la cual afirma que el control análogo sobre un ente instrumental puede ejercerse conjuntamente por diversas autoridades, independientemente de la participación que tengan, y que este control debe ser análogo al que la autoridad ejerce sobre sus propios servicios, pero no totalmente idéntico a éste. El Tribunal afirma que no es necesario que el ente encomendante tenga un control individual sobre el ente instrumental común.

El segundo requisito para admitir la posibilidad de acudir al contrato *in house providing* es que el ente instrumental lleve a cabo la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades públicas que la controlan. Esto tiene relación con el hecho de que el contrato *in house* es una forma de autoprovisión por parte de la entidad adjudicadora, y tiene por objeto principal evitar el falseamiento del juego de la competencia.



El Tribunal de Justicia afirma en la sentencia *Carbotermo* que puede considerarse que una empresa realiza la parte esencial de su actividad con el ente que la controla cuando la actividad de esta empresa está destinada, principalmente, a este ente, de manera que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal. Además, indica que la determinación de la actividad esencial puede realizarse en referencia a todos los poderes adjudicadores que controlen el ente instrumental cuando éste esté controlado por más de uno.

Un tercer requisito, no expresado en la sentencia *Teckal* sino posteriormente, en la sentencia *Stadt Halle*, de 11 de enero de 2005 (asunto C-26/03), es que el capital del ente instrumental debe ser de titularidad totalmente pública, ya que la participación de la entidad adjudicadora con una o diversas empresas privadas en el capital del ente determinaría que no hubiera un control análogo y no se podría entender que estos entes puedan ser medios propios, de manera que en estos casos los encargos deberían ser necesariamente objeto de un procedimiento de contratación.

Para terminar, cabe señalar que aunque es conforme con el Derecho comunitario, la técnica de los contratos *in house* constituye una excepción. En consecuencia, estos requisitos deben interpretarse de manera estricta y la carga de la prueba de que existen las circunstancias excepcionales que justifican la excepción corresponde a quien se quiera beneficiar de la misma.

5. El Tribunal de Justicia también se ha pronunciado expresamente en diversas ocasiones sobre el régimen de TRAGSA.

La sentencia de 8 de mayo de 2003, *Comisión/España* (asunto C-349/97), concluyó que las autoridades españolas podían encargar legítimamente a TRAGSA unos trabajos determinados, sin recurrir a un procedimiento de licitación, ya que se trataba de un supuesto excluido de las directivas en materia de adjudicación de contratos públicos.

Más recientemente, la sentencia de 19 de abril de 2007, *TRAGSA*, dictada en el asunto C-295/05, ha examinado si en el caso de TRAGSA se cumplen los dos requisitos principales exigidos por la jurisprudencia para considerarla medio propio, con un resultado favorable a esta interpretación.

Concretamente, en relación con el cumplimiento de los dos criterios *Teckal*, manifiesta lo siguiente:



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, antes citada, 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.

62. En cuanto al segundo requisito, conforme al cual Tragsa debe realizar lo esencial de su actividad con el ente o entes públicos a los que pertenece, de la jurisprudencia resulta que, cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, este requisito puede considerarse satisfecho 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 (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 70).



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

64. En estas circunstancias, procede considerar, a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que en el caso de autos se cumplen los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia citada en el apartado 55 de la presente sentencia.

65. Del conjunto de consideraciones expuestas resulta que procede responder a la segunda cuestión que las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a Tragsa, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por tales Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades.

En esta sentencia el Tribunal de Justicia flexibiliza el criterio del control análogo y permite una interpretación más amplia de este requisito frente a la jurisprudencia existente, ya que admite que puede haber un control análogo incluso si la participación de un sujeto es simbólica, como en el caso de algunas comunidades autónomas.

Finalmente, el Tribunal declara que las directivas comunitarias no se oponen a un régimen jurídico como el de TRAGSA, que le permite llevar a cabo operaciones sin sujetarse al régimen que establecen estas directivas, ya que reúne los requisitos para ser considerado medio propio instrumental y servicio técnico de diversas autoridades públicas.

6. La LCSP ha incorporado la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia en relación con los contratos *in house* en los artículos 4.1 *n* y 24.6.

El artículo 4.1 *n* excluye del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos los siguientes negocios jurídicos:

Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una



determinada prestación. No obstante, 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 2.ª 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.

El artículo 24.6 de la LCSP dispone que:

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.

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 dependen.

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.

El artículo 24.6 de la LCSP, además de incorporar los criterios *Teckal*, añade un criterio de carácter formal, ya que exige la condición de medio propio y servicio técnico se reconozca expresamente por la norma que cree la entidad o por sus estatutos, que deben establecer el régimen de los encargos, así como el ámbito subjetivo y objetivo de éstos.



La LCSP regula el nuevo régimen jurídico de TRAGSA en la disposición adicional trigésima, y deroga así el artículo 88 de la Ley 66/1997, en los siguientes términos:

1. El grupo de sociedades mercantiles estatales integrado por la «Empresa de Transformación Agraria Sociedad Anónima» (TRAGSA) y las sociedades cuyo capital sea íntegramente de titularidad de ésta, tiene por función la prestación de servicios esenciales en materia de desarrollo rural, conservación del medioambiente, atención a emergencias, y otros ámbitos conexos, con arreglo a lo establecido en esta disposición.

2. TRAGSA y sus filiales integradas en el grupo definido en el apartado anterior tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, estando obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que éstos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquéllos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y sus filiales podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias.

Las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encomiendas de gestión de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado.

La comunicación efectuada por uno de estos poderes adjudicadores encargando una actuación a alguna de las sociedades del grupo supondrá la orden para iniciarla.

3. El capital social de TRAGSA será íntegramente de titularidad pública. Las Comunidades Autónomas podrán participar en el capital social de TRAGSA mediante la adquisición de acciones, cuya enajenación será autorizada por el Ministerio de Economía y Hacienda, a iniciativa de los Ministerios de Agricultura, Pesca y Alimentación y de Medio Ambiente. (...)

6. Las sociedades del grupo TRAGSA no podrán participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por los poderes adjudicadores de los que sea medio propio. No obstante, cuando no concurra ningún licitador podrá encargarse a estas sociedades la ejecución de la actividad objeto de licitación pública.



(...)

El apartado segundo de esta disposición adicional dispone claramente que TRAGSA y sus filiales tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores de ellos dependientes. Así pues, este precepto no menciona a otras administraciones territoriales, como es el caso de las entidades que integran la Administración local.

Sobre la imposibilidad de las entidades locales de hacer encargos de gestión a TRAGSA se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda en el Informe 21/08, de 28 de julio.

Por tanto, teniendo en cuenta la literalidad de la disposición adicional trigésima, los artículos 4.1 *n* y 24.6 de la LCSP, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con los denominados contratos *in house providing*, parece, en principio, que TRAGSA no se podría considerar medio propio de los Consejos Insulares si éstos sólo tuvieran la consideración de Administración local.

7. No obstante todo lo expuesto hasta ahora, el Consejo Insular de Menorca manifiesta que ha hecho encargos de gestión a TRAGSA amparándose en la disposición adicional sexta de la Ley 8/1999, de 12 de abril, de Atribución de Competencias a los Consejos Insulares de Menorca y de Eivissa y Formentera en materia de Agricultura, Ganadería, Pesca y Artesanía, que dispone que:

Los Consejos Insulares de Menorca y de Eivissa y Formentera dispondrán de la facultad para encomendar a la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA) y a sus filiales la realización de trabajos en las materias que constituyen su objeto social, en los términos previstos en el artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, todo ello con las mismas circunstancias y condiciones que dispone actualmente la Conselleria de Agricultura, Comercio e Industria del Gobierno de las Illes Balears.

En el momento en que se aprobó esta Ley estaba en vigor el Estatuto de Autonomía aprobado por la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, cuyo artículo 10 establecía que correspondía a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias:



10. Agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía.

19. Pesca y actividades recreativas en aguas interiores, cría y recogida de marisco, acuicultura y caza.

(...)

En el ejercicio de estas competencias, corresponderán a la Comunidad Autónoma la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva.

En cuanto a las competencias de los Consejos Insulares, el artículo 39 del Estatuto les atribuía la función ejecutiva y la gestión de algunas materias en los siguientes términos:

Los Consejos Insulares, además de las competencias que les correspondan como corporaciones locales, tendrán la facultad de asumir en su ámbito territorial la función ejecutiva y la gestión en la medida en que la Comunidad Autónoma asuma competencias sobre las mismas, de acuerdo con el presente Estatuto, en las siguientes materias:

(...)

3. Agricultura y ganadería de acuerdo con la ordenación general de la economía.

4. Pesca en aguas interiores, marisqueo, acuicultura y caza.

Asimismo estaba en vigor la Ley 5/1989, de 13 de abril, de Consejos Insulares, cuyo artículo 12 enumeraba sus competencias propias, entre las cuales se incluían las que les atribuyeran las leyes del Parlamento de las Illes Balears en desarrollo del artículo 39 del Estatuto de Autonomía.

En este marco la Ley de atribución de competencias citada transfirió a los Consejos Insulares de Menorca y de Eivissa y Formentera, con carácter de propias, las competencias ejecutivas y de gestión asumidas por el Gobierno de las Illes Balears, en relación con las materias de agricultura, ganadería, pesca y artesanía.

En el año 1985 el Estado aprobó el Real Decreto 809/1985, de 30 de abril, de ampliación del traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario y valoración definitiva de su coste efectivo, en el que se traspasaban a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears los servicios, las instituciones y los medios personales, materiales y presupuestarios necesarios para ejercer estas competencias, y en el que se cita la posibilidad de utilizar a TRAGSA.



Recientemente se ha aprobado la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears. El artículo 61 del Estatuto dispone que los Consejos Insulares son las instituciones de gobierno de cada una de las islas y, además, son también instituciones de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Este precepto ha confirmado, a nivel estatutario, la evolución que han experimentado los Consejos Insulares, que nacieron como entes integrantes de la Administración local y, posteriormente, han visto reconocida su doble naturaleza, local y autonómica, de manera que cuando ejercen competencias autonómicas participan de la naturaleza autonómica.

El artículo 30 establece que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva, entre otras, en las siguientes materias:

- 10. Agricultura y ganadería. Calidad, trazabilidad y condiciones de los productos agrícolas y ganaderos y de los productos alimenticios que de ellos se derivan. El ejercicio de estas competencias se realizará de acuerdo con la ordenación general de la economía.
- 22. Pesca y actividades recreativas en aguas interiores, cría y recogida de marisco, acuicultura.
- 51. Pesca marítima en las aguas de las Illes Balears.

De acuerdo con el artículo 70 del Estatuto las competencias propias de los Consejos Insulares, en las cuales ejercen la potestad reglamentaria, son, entre otras, las siguientes:

- 12. Agricultura, ganadería y pesca. Calidad, trazabilidad y condiciones de los productos agrícolas y ganaderos y de los productos alimenticios que de ellos se derivan.

(...)

A la entrada en vigor del presente Estatuto de Autonomía se transferirán las competencias atribuidas como propias a los Consejos Insulares, mediante Decreto de traspaso acordado en Comisión Mixta de Transferencias.

Por tanto, dado que las competencias que se atribuyen como propias a los Consejos Insulares de Menorca y de Eivissa y Formentera mediante, inicialmente, la Ley 8/1999, y, posteriormente, ya respecto a todos los Consejos Insulares, mediante el Estatuto de Autonomía —modificado por la Ley Orgánica 1/2007—, son competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, la cual participa en el capital de TRAGSA, y, en la medida en que estas competencias son autonómicas y se refieren a materias incluidas en el ámbito de



funciones de TRAGSA, parece razonable entender que los Consejos Insulares — aunque no reúnen, estrictamente, los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria— pueden hacer encargos a TRAGSA en las mismas condiciones en que lo podría hacer la Comunidad Autónoma si ejecutase estas competencias por sí misma.

Así pues, puede considerarse que la Ley 8/1999 habilita a los Consejos Insulares de Menorca, Eivissa y Formentera a hacer encargos a TRAGSA en materia de agricultura, ganadería y pesca, mientras que, por lo que respecta al Consejo de Mallorca, si bien la modificación del Estatuto de Autonomía de 2007 atribuye a todos los Consejos Insulares estas competencias como propias, la utilización de TRAGSA requiere una norma expresa habilitante.

Conclusión

En la medida en que los Consejos Insulares tengan atribuida la competencia de ejecución y de gestión de competencias que sean de titularidad exclusiva de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y que estén incluidas en el ámbito de funciones de TRAGSA, y, además, la Comunidad Autónoma les haya facultado, mediante una norma habilitante, para utilizar a TRAGSA como medio propio y servicio técnico, puede entenderse que, sólo a este efecto, los Consejos Insulares pueden hacer encargos a TRAGSA en los mismos términos en que lo podría hacer la Comunidad Autónoma.