

¿PUEDEN LOS CONTRATOS QUEDARSE EN CASA? (LA POLÉMICA EUROPEA SOBRE LA CONTRATACIÓN “IN HOUSE”)

Francisco SOSA WAGNER

Rasgo distintivo de la Administración contemporánea es el de su pluralidad. Junto al incremento de Administraciones territoriales, que se desperezaron y fortalecieron con la Constitución, se ha generalizado de manera incontestada una tendencia a la creación de nuevas personificaciones públicas. Se conciben y procrean muchos organismos, entes, agencias, asociaciones, sociedades y fundaciones públicas, que se presentan en sociedad con su propia personalidad y denominación¹. Esta multiplicación de entidades públicas así como de sociedades públicas y fundaciones de iniciativa también pública ha hecho aparecer singulares problemas. Muchos derivados de la necesidad de armonizar los fines

¹ Hay lógicamente algunas ventajas para esta fructífera reproducción: la aparición de una nueva personificación pública permite delimitar una gestión autónoma y separar un patrimonio afectándolo a un concreto fin. A partir de ahí, se podrá advertir que los responsables prestan su total atención y energías a la consecución de esa función o servicio, tendrán un adecuado conocimiento de los recursos con los que cuentan y podrán evaluar de manera más rigurosa los resultados y objetivos conseguidos. Sin embargo, son otros los argumentos que se utilizan de manera preferente y reiterada para anticipar la creación de un nuevo organismo o sociedad pública. Como cansina cláusula de estilo se invoca siempre la búsqueda de una mayor “eficacia y rapidez” en la gestión para disimular la interna obsesión de “huir del Derecho administrativo”, lo que demuestra una manifiesta ignorancia. No es que no se pueda “huir” del Derecho administrativo, no es que no se puedan eludir en determinados casos las normas procedimentales o de control presupuestario. En eso no radica la eficacia y rapidez. Esas falaces obsesiones merecen un fuerte reproche porque ignoran o confunden las razones de la eficacia y éxito de las organizaciones, ya adopten una forma jurídica pública o privada, a saber: el adecuado hacer de sus responsables. Son los funcionarios o los profesionales que dirigen esos organismos o sociedades los hacedores del aplauso o reproche que puede suscitar los resultados de la gestión.

públicos, que persiguen en todo caso estas personificaciones, con las relaciones ad extra que, sin embargo, se enmarcan en el tradicional derecho privado².

Pero no son esas cuestiones a las que queríamos atender en este estudio porque han sido exhaustivamente tratadas por la doctrina. Por el contrario, pretendemos dar un giro de ciento ochenta grados en el anteojo del lector y llamar la atención sobre otros problemas nuevos, asuntos calientes que están en el epicentro de un debate europeo que nos afecta sobremanera. No sobre los conflictos que pueden surgir entre esas personificaciones y los sujetos privados, sino sobre los que se han planteado en las necesarias relaciones que existen entre esas personificaciones y las Administraciones públicas matrices. Es decir, lo que conoce la doctrina como contratos “domésticos”, contratos “in house”, por usar la terminología del Tribunal de Luxemburgo y de uso común entre los juristas europeos.

El asunto, resumidamente, es el siguiente: las Administraciones, que disponen desde antiguo -como acaba de señalarse- de sociedades y demás instrumentos personificados a

² Ejemplo paradigmático y de sobra conocido ha sido la evolución que ha dirigido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre el concepto de “organismo adjudicador” sometido a las Directivas de contratación pública. De la literal concepción de “organismo público” se ha desarrollado un completo concepto que trata de acoger a cualquier personificación, pública o privada, que satisfaga intereses generales, aunque también actúe en el tráfico mercantil. Sentencias esenciales han sido la de 20 de septiembre de 1988 (Gebrolders Beentjes/Países Bajos), la de 11 de julio de 1991 sobre la empresa pública portuguesa de Aeropuertos y Navegación aérea; de 26 de abril de 1994 sobre la administración de los Monopolios de Italia, la de 15 de enero de 1998, relativa a la imprenta estatal austriaca y una sociedad filial de la misma; también la de 17 de diciembre de 1998, sobre una sociedad mercantil dedicada al cuidado de los bosques nacionales; la de 27 de febrero de 2003 sobre varias empresas del Ayuntamiento de Viena; en fin, también se recoge esta delimitación en varias sentencias que condenaron al Reino de España como las de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003 o la de 13 de enero de 2005. Son conocidos los principales hitos de esta progresiva reinterpretación, pues son muchos los trabajos que la han comentado, de ahí que resulte ocioso su resumen. En todo caso, sirva el mero recordatorio de los siguientes: J.Mª Baño León, “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones públicas”, RAP núm. 151, págs. 26 y sgs.; M. López Benítez, “Los poderes adjudicadores en el derecho comunitario y en la Ley de contratos de las Administraciones públicas” *Noticias de la Unión Europea*, núm. 136 págs. 60 y sgs.; J.A. Moreno Molina, “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos”, RAP núm. 151, págs. 319 y sgs.; E. Montoya Martín, “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del concepto de ‘poder adjudicador’ en las Directivas de contratación pública”, *RanAP* núm. 41, págs. 121 y sgs.; J.M. Gimeno Feliú “La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública” RAP núm. 151 págs. 425 y ss. y “Las Directivas europeas sobre contratación pública: ámbito subjetivo y objetivo y sus relaciones con la Ley de contratos de las Administraciones públicas”, *Noticias de la Unión Europea* núm. 205 págs. 61 y sgs., también del mismo autor Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación, Madrid, 2003, en especial, págs.43 y sgs.

su servicio, han dispuesto de ellos según las decisiones pertinentes adoptadas en cada momento sin mayores problemas. Ocurre, sin embargo, que paralelamente ha crecido de forma desmesurada el derecho de la competencia, es decir, el conjunto de reglas que tratan de garantizarla en el mercado libre. Lo que se ha visto con normalidad a lo largo de muchos años, ahora se contempla bajo la lupa de esa nueva rama del ordenamiento. Lupa que es de gran aumento. Por ello la interrogación que se impone y se trata de desvelar en las próximas líneas es: ¿pueden las Administraciones echar mano sin más de sus entes instrumentales o han de someterse como cualquier particular a los dictados y a los múltiples recovecos del derecho de la competencia?

A la vista de esta pregunta, procede adelantar que ya algunos trabajos han analizado el régimen jurídico que debería presidir las relaciones entre la Administraciones y sus organismos y sociedades públicas³. Sin embargo, parece oportuno insistir en este momento en estas relaciones por dos poderosos motivos. El primero, porque conviene conocer la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que se está pronunciando de manera directa sobre las relaciones “domésticas” y no siempre adoptando el mismo criterio. El segundo, porque se está tramitando una nueva Ley en España que regulará la contratación del sector público y la propuesta que contiene no parece del todo adecuada para facilitar lo que serían las lógicas relaciones entre las Administraciones y sus organismos y sociedades.

Y ¿por qué han florecido estos conflictos con los contratos domésticos de las Administraciones? La legislación española de contratos siempre ha admitido que la propia Administración realizará las obras, suministros o servicios cuando contara con fábricas, arsenales..., en fin, siempre que tuviera medios propios suficientes. Es lo que la legislación del siglo XIX denominaba la ejecución “por administración”, frente a “la contrata” realizada por un empresario privado⁴. Regulación que persiste, aunque algo

³ Sobre los contratos domésticos resultan recomendables los trabajos de F. Sosa Wagner, “El empleo de recursos propios por las Administraciones locales”, *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al prof. S. Martín Retortillo*, Madrid, 2003, págs. 1309 y ss. y *La gestión de los servicios públicos locales*, cit. en especial págs. 167 y ss.; M. Rebollo Puig, “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *RAP* núm. 163, págs. 245 y ss.; A. Huergo, “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas”, *RAP* núm. 154, págs.; J. Ortiz Mallol, “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración pública: algunas notas”, *RAP* núm. 163, págs. 245 y ss.

⁴ Recuerda esta clásica legislación del siglo XIX, F. Sosa Wagner, *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, 6^a ed. Madrid, 2004, págs 159 y ss.

anquilosada, en la vigente Ley de contratos⁵. Sin embargo, ante la generalizada imposición de que los contratos “públicos”, a los que atienden las Directivas comunitarias, se sometieran a una pública concurrencia competitiva para seleccionar al contratista, empresarios privados han empezado a discutir y recurrir ante los Tribunales los negocios, encargos, encomiendas o adjudicaciones a favor de los organismos o sociedades públicas que acordaba su Administración matriz. Entienden esos empresarios que esos negocios, que implican cuantiosas prestaciones económicas, deberían satisfacer los procedimientos de selección pública y competitiva y, en consecuencia, que se debería abrir la puerta para que los empresarios privados pudieran optar a su adjudicación.

Así empezó a conocer el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de estos conflictos. En los primeros pronunciamientos, este Tribunal admitió que podía excluirse la aplicación de las Directivas de contratación pública en aquellos negocios que relacionaban directamente a las Administraciones públicas con sus sociedades. Sin embargo, al exigirse más precisiones, en posteriores y recientes sentencias, las afirmaciones de este Tribunal comunitario se han matizado e, incluso, ha introducido nuevos rigores que modulan esas lógicas relaciones de las Administraciones con sus organismos y sociedades. ¡Qué razón tenía Ihering al sostener que no se debía insistir sobre asuntos ya tratados! Pues, como en los sucesivos prensados de la uva, poco tiene que ver el primer zumo con los posteriores que, al final, pueden quedar ciertamente aguados⁶. Así, frente a las primeras afirmaciones del Tribunal, parecen algo arriesgadas las posteriores profundizaciones que pueden conducir a contradicciones o incoherencias.

Tampoco ha contribuido a aportar claridad la última reforma normativa. Me refiero a la nueva redacción de las Directivas de contratación pública⁷. Y eso a pesar de que durante la tramitación del procedimiento para su elaboración y aprobación, algunas instituciones y organismos reclamaron una mayor claridad de las definiciones y la necesidad de precisar el régimen de los contratos domésticos⁸. Es cierto que las

⁵ Me refiero a los artículos 152, 194 del Texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, de 16 de junio de 2002; y 174 a 179, 194 del Reglamento estatal de contratos

⁶ R. von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1891.

⁷ Directiva 18/2004, de 31 de marzo, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, suministros y servicios (que ha unificado y reformado las Directivas anteriores), así como a la Directiva 17/2004, de 31 de marzo, de coordinación de los contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

⁸ En este sentido puede verse, por ejemplo, el Dictamen emitido por el Consejo Económico y Social, publicado en el Diario Oficial 2001/C 193, de 10 de julio de 2001, págs. 7 y ss. Aunque más ilustrativo resulta el Dictamen del Comité de Regiones (publicado en el Diario Oficial 2001/C 144, de 16 de mayo de

enmiendas introducidas en la Directiva de contratos “públicos” permiten interpretar que existe alguna exclusión a la aplicación de las reglas de contratación pública. Enredado tras una compleja redacción que se acerca a un trabalenguas, se excluyen los contratos con un derecho exclusivo que realicen “poderes adjudicadores” con poderes adjudicadores o con agrupaciones de poderes adjudicadores (art. 18).

Mantiene pues esta Directiva la estricta exigencia de imponer el régimen de pública concurrencia en los contratos que celebren las Administraciones, sus organismos y sociedades, con la única excepción de que se trate de servicios que incluyan derechos exclusivos. Frente a esta única excepción relativa a las Administraciones, organismos y sociedades públicas, la Directiva permite a las sociedades privadas, que en ocasiones deben seguir sus dictados, excepcionarlo cuando se encuentran en un grupo de sociedades.

Adviértase la incoherencia pues, al regular el régimen jurídico al que quedan sujetos los empresarios privados, que son beneficiados por la adjudicación de una concesión de obra pública, la Directiva establece que deben cumplir las normas de publicidad cuando pretendan contratar obras cuya cuantía alcance los umbrales previstos. Sin embargo, se excluye si contratan con “empresas vinculadas”, entendiendo por tales aquellas que pertenecen al mismo grupo de sociedades. En concreto, se delimitan estas empresas vinculadas como aquellas sobre las que, bien se ejerce una influencia dominante, bien ejercen una influencia dominante sobre el concesionario, o bien están ambas bajo la misma influencia dominante de otra empresa privada (art. 63). Es decir, se permite a las sociedades de un grupo privado excluir la aplicación de la Directiva, justo lo que se impide a las sociedades de un grupo público.

Mayor discriminación se percibe al examinar la Directiva que regula los procedimientos de contratación en determinados sectores económicos esenciales (agua, energía, transportes y servicios postales). La misma atiende a los contratos de los grupos

2001, págs. 23 y ss.). Más conocedores y sensibles al régimen de los derechos concesionales y los modos de prestar los servicios públicos, reclamaron una mejor regulación, máxime cuando existían documentos de trabajo elaborados por la propia Comisión europea con interpretaciones y reinterpretaciones sobre estos importantes aspectos. Los miembros de este Comité reiteraron la necesidad de excluir del ámbito de las Directivas “la contratación realizada por las entidades regionales y locales con sus propias entidades independientes”, esto es, los contratos domésticos, así como los que surgen de la cooperación intermunicipal. Aspectos cuya posibilidad se había empezado a introducir tras importantes pronunciamientos del Tribunal de Justicia. En concreto, citaba de manera explícita este Dictamen las sentencias recaídas los asuntos Arnhem (C - 360/96) y Teckal (C - 107/98).

societarios en el artículo 23, distinguiendo dos supuestos⁹. El primero, el que realizan las sociedades “asociadas” (“vinculadas” sería la traducción de las expresiones que aparece en los textos en otros idiomas)¹⁰. No se aplica tal Directiva a los contratos que celebre una entidad adjudicadora con sus asociadas, entendiendo por tales aquellas con las que consolida las cuentas o, si no tiene esa obligación, sobre las que ejerce de manera directa o indirecta una influencia dominante o están sometidas ambas a la influencia dominante de otras. Es decir, los contratos entre sociedades del mismo grupo, ya sea los que realice la matriz con una filial u otra descendiente, la filial o descendiente con la matriz o los que se realicen entre varias filiales u otras descendientes. En la última versión de los considerandos de la Directiva se anuncia la conveniencia de excluir los contratos que realiza una sociedad con otras de su grupo, al entender que se había constituido como instrumental, para facilitar los servicios, suministros y obras a las empresas del grupo y no comercializarlos en el mercado. Como criterio para advertir esa “instrumentalidad” ha precisado la norma la necesidad de que realmente la actividad de esa sociedad “asociada” se proyecte sobre el grupo. Se mantiene el criterio de que, al menos, el ochenta por ciento de su volumen de negocios en los tres últimos años proceda de contratos con las sociedades del grupo. Y, en caso de que no hayan transcurrido tres años desde su constitución para acreditar este porcentaje, se ofrezca una “verosímil” proyección de actividades¹¹.

El segundo supuesto al que atiende esta Directiva resulta igualmente interesante. Excluye su aplicación a muchos contratos que suscriba una empresa “conjunta”, definiendo ésta como aquella que está constituida exclusivamente por entidades adjudicadoras. Tres son las situaciones que permiten pues inaplicarla: 1) los contratos que adjudique la llamada empresa conjunta a las entidades que la integran; 2) los contratos que adjudique a la llamada empresa conjunta cualquiera de las entidades que la integran, siempre que la empresa conjunta se haya constituido por un periodo mínimo de tres años y la adjudicataria forme parte de la empresa conjunta durante ese mínimo tiempo; y 3) los contratos que adjudique la empresa conjunta a las empresas asociadas a

⁹ Ya la redacción anterior contenida en el artículo 13 de la Directiva 93/38 de servicios esenciales incluía estos dos supuestos, aunque sin tantas delimitaciones que ahora parece se intentan precisar.

¹⁰ En concreto, las expresiones utilizadas en otros idiomas son: “Verbundenes Unternehmen”, “affiliated undertaking”, “entreprise liée” o “empresa collegata”.

¹¹ Esta es la misma expresión que se utiliza en el texto en francés. Más suave resulta la interpretación italiana: que con base a sus proyectos “probablemente” realizará esa actividad. Y en inglés y alemán se utiliza la expresión que “sea creíble”.

las entidades adjudicadoras que integran la empresa conjunta, siempre que el volumen de negocio de esa empresa asociada alcance la citada cifra del 80% en los últimos tres años dentro del grupo al que pertenece o si no han transcurrido tres años, que sea “verosímil” según la proyección de actividad.

Esta redacción final fue objeto de cierta discusión y negociación. En el proyecto inicial sólo se admitía esta excepción en los contratos de servicios, considerando la Comisión que ampliarla a los contratos de obras y suministros era “inaceptable” y “pondría en entredicho el acervo comunitario” (sic)¹². Sí se aceptó atender a las situaciones en las que no habían transcurrido los tres años para advertir el volumen de negocio y no se admitió reducir la trascendencia del volumen a sólo el 50%. Quizá porque ese porcentaje más reducido no permite advertir la “instrumentalidad de la sociedad”.

Pues bien, estas excepciones no están en la Directiva de contratos. Benefician, por tanto, sólo a los grupos de sociedades privadas y no a los públicos estableciendo un régimen distinto en esta materia que pretende presentarse como general para todas las contrataciones, porque las instituciones comunitarias han afirmado que “hay que velar por que no se atente contra la igualdad de trato entre las entidades adjudicadoras del sector público y del sector privado” (considerando 10 de la Directiva 17/2004).

Sorprende este resultado final, de tanta diferencia de régimen entre dos regulaciones que atienden a materias tan relacionadas y que se tramitaron de manera simultánea. La Directiva de contratación pública no acoge aspectos tan importantes para la adecuada interpretación y aplicación de la misma, y que están regulados en la otra Directiva de sectores económicos, como la definición de empresa pública o una más adecuada atención a los contratos domésticos de las Administraciones y sus organismos y sociedades. La Directiva de contratos sólo admite la excepción cuando se trate de contratos entre poderes adjudicadores o agrupaciones de éstos (supuesto similar a la empresa conjunta) si se trata de contratos de servicios con derechos exclusivos. Quizá se trate de esperar y, así, dentro de diez años, la futura Directiva de contratación aluda sin mayor conflicto a los contratos entre las sociedades pertenecientes al mismo grupo. Aunque no parece que apelar a la paciencia sea una opción razonable.

Mientras tanto, el Tribunal de Justicia está precisando qué ha de entenderse por contrato doméstico y, en consecuencia, cuando no rigen las previsiones de publicidad y

¹² Pueden leerse estas expresiones en la propuesta de Directiva que se publicó en el Diario oficial 2002 / 203 E, de 27 de agosto de 2002.

conurrencia. Lo que no ha solucionado la Directiva, se pretende paliar con las sucesivas precisiones que realiza conflicto a conflicto, sentencia a sentencia, el Tribunal de Justicia. A través de la cuña que supone la configuración de los contratos domésticos puede romperse la monolítica interpretación que impone la rigurosa aplicación de las reglas de publicidad y competencia a los contratos que pretenda realizar cualquier organismo público. Mediante la consideración de ese trabalenguas (excluir cuando exista un derecho exclusivo los contratos de un poder adjudicador con otro poder adjudicador o con una agrupación de poderes adjudicadores) será posible admitir que los negocios que celebren las Administraciones con sus organismos y sociedades públicas no hayan de enfrentarse a un procedimiento de pública concurrencia en competencia. Atendamos a sus últimas decisiones.

La doctrina del Tribunal comunitario.

Los negocios entre las Administraciones y sus organismos o sociedades habían aparecido en varias ocasiones como protagonistas en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia. Sin embargo, en pocas se ha afrontado de manera directa la pregunta del régimen jurídico de las relaciones internas entre las sociedades públicas. La preocupación preferente del Tribunal y de las partes, que formularon alegaciones, estaba centrada entonces en determinar si esos organismos o las sociedades filiales estaban sujetas a los dictados de las Directivas de contratación; si esas sociedades tenían el carácter de “organismos públicos”, porque su ámbito de negocio perseguía fines de interés general o se trataba de actividades mercantiles o industriales¹³. Es a partir de dos relevantes sentencias, que se han asentado como determinantes hitos, cuando se pone sobre la mesa el problema de los contratos domésticos: la sentencia de 10 de noviembre de 1998 (c 360-96, también conocida como BFI Holding), cuyo origen versó sobre los contratos que varios Ayuntamientos (Arnhem y Rheden) habían asignado a sociedades conjuntas. En este caso, el Tribunal respondió en términos generales y abstractos sobre la calificación de las sociedades conjuntas como “poderes adjudicadores”, sin incidir en la posibilidad de estas adjudicaciones directas a las sociedades que se consideraban medios propios, aunque puede interpretarse que esta sentencia lo admitió de manera tácita; por otro, la sentencia de 18 de noviembre de 1999 (c 107-98) conocida

¹³ Así, por ejemplo, la sentencia de 15 de enero de 1998 (C 44/96), sobre el régimen aplicable a la Imprenta estatal austriaca, constituida como sociedad anónima, y a una sociedad filial de la misma; o la de 27 de febrero de 2003 (C-373/00), relativa a las relaciones y contratos de un holding de empresas del Ayuntamiento de Viena con una de sus sociedades dedicada a los servicios funerarios.

comúnmente como sentencia “Teckal”. Ante la impugnación que una empresa privada realizó del contrato entre un Ayuntamiento y una *Azienda consorziale*, el Tribunal admitió que es posible excluir la aplicación de las directivas de contratos públicos cuando se contrata con una entidad: “*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*”.

Sin embargo, en recientes pronunciamientos se han incorporado precisiones que hacen tambalearse esta doctrina. Sobre las mismas queremos llamar la atención.

Empecemos por resumir la más próxima. Se trata de la sentencia de 11 de mayo de 2006 (asunto C- 340/04). La semilla del conflicto había sido lanzada con la convocatoria pública realizada por el Ayuntamiento de Bustio Arsizio para adjudicar un contrato de suministro de combustible, así como el mantenimiento de las instalaciones de calefacción de los edificios municipales. Varias empresas habían presentado sus ofertas, pero el procedimiento se suspendió por el Ayuntamiento al conocer una sentencia del Consejo de Estado italiano en la que se reiteraba la jurisprudencia comunitaria conocida como “doctrina Teckal”.

Amparado en esa doctrina, el Ayuntamiento decidió adjudicar de manera directa el mismo contrato a una sociedad holding (AGESP) en la que participa de manera casi absoluta (aproximadamente con el 98% de las acciones), perteneciendo el 2% restante a otros Ayuntamientos. Esta sociedad adjudicó el contrato a su filial, de la que poseía el cien por cien de las acciones, que a su vez adjudicó parte de esos contratos a distintas empresas privadas mediante procedimientos de urgencia. Ninguna de las que habían presentado ofertas en el procedimiento inicial.

Ante esta situación, las dos empresas que habían presentado sendas ofertas a ese concurso inicial, recurrieron ante los tribunales contenciosos la suspensión del procedimiento de licitación, así como la directa adjudicación del contrato por parte del Ayuntamiento a su sociedad holding. El Tribunal planteó una cuestión de prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad europea que ha sido resuelta en esta sentencia de 11 de mayo de 2006.

Se preguntó al Tribunal comunitario si podía admitirse que un Ayuntamiento adjudicara de manera directa un contrato, sin cumplir por tanto con las previsiones de las directivas comunitarias, a una sociedad en la que participaba mayoritariamente, es

decir, si concurrían en estos casos los requisitos que permiten no seguir los dictados de las Directivas.

El Tribunal analizó por separado las dos exigencias. Con relación a la primera, el ejercicio de un control análogo al existente con los propios organismos, era obligado constatar que los estatutos de esa sociedad holding permitían la entrada de capital privado; pero este hecho, ni se había producido, ni se anunciaba. Por tanto, la sociedad holding era controlada totalmente por Administraciones públicas y su filial también. Sin embargo, el Tribunal comunitario no entendió que se cumpliera esta primera circunstancia de su jurisprudencia “Teckal” por dos razones. La primera, por las amplias facultades que se atribuían al consejo de administración, sin que existieran visos de un control o de una influencia dominante; la segunda, que ese control se diluía al descender otro escalón con la existencia de una filial. No parece por consiguiente admitirse el control en la relación que podríamos calificar familiarmente como de abuela a nieta.

También se explayó la sentencia en la interpretación del segundo requisito de la jurisprudencia “Teckal”: la necesidad de que la mayor parte del volumen de negocio se realizara con la entidad dominante. Rechazó el Tribunal que pudieran aplicarse de manera analógica los criterios utilizados en la directiva de sectores económicos esenciales. A su juicio, al constituir una excepción la inaplicación de las Directivas de contratación no debía admitirse la analogía y, además, afirmó que el mismo legislador comunitario había “optado” por no incluir estos criterios en la Directiva de contratación.

A pesar de estas declaraciones, interesa saber que la sentencia afronta los parámetros que pueden tenerse en cuenta para valorar cuándo se realiza “una parte esencial” de la actividad con la Administración. En este sentido, destaca que han de valorarse las relaciones con todos los poderes adjudicadores, es decir, en estas sociedades en las que participan varios Ayuntamientos, con todos, no sólo con el que pretende la adjudicación de un contrato. Aspecto importante en las sociedades públicas de varias Administraciones porque la “instrumentalidad” de la misma debe considerarse en conjunto, no sólo con relación a la Administración u organismo que sea mayoritario o que realice un mayor número de encargos y contratos¹⁴. Además, subrayó el Tribunal

¹⁴ Han defendido una opinión distinta J.M. Gimeno Feliú, Contratos públicos..., cit., pág. 81 y M.A. Bernal Blay, “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de contratos de las

que deben computarse también en ese “volumen de negocio” las relaciones que se traben con los usuarios de los servicios que derivan de estos contratos administrativos.

No obstante últimas precisiones discrepanos del resultado final de la sentencia que declaró que la directiva prohibía la adjudicación directa a una sociedad “nieta”, al poseer los consejos de administración de la filial y la nieta amplias facultades de gestión autónoma y ello porque los Ayuntamientos pueden adjudicar directamente la gestión de sus servicios a sociedades íntegramente públicas y a sus nietas y demás descendientes del mismo modo que los holdings pueden encargar a sus filiales y demás descendientes, siempre que sean al cien por cien, prestaciones, obligaciones y contratos. La autonomía que se predica de la gestión del consejo de administración de estas sociedades forma parte del régimen general derivado de la normativa mercantil, donde no es del todo adecuado afirmar que el consejo de administración debe seguir los mandatos e instrucciones del accionista, pues las competencias de las juntas y consejos están delimitadas.

En lo que debe insistirse, sin embargo, para evitar los fraudes de ley, es que esas filiales y demás sociedades descendientes apliquen las directivas de contratación. No entra el Tribunal comunitario en esta cuestión porque no fue formulada ni tampoco parece que en el recurso inicial ante el tribunal italiano se discutieran esos contratos urgentes que celebró la “nieta” con empresas privadas. Pero esa es la cuestión capital si se quiere preservar la eficacia de las Directivas. No debe admitirse que se utilicen las sociedades públicas ni sus descendientes como pantallas para luego eludir la aplicación de las directivas, siendo éstas las que eluden la publicidad y concurrencia troceando los contratos o declarando urgencias espurias.

La segunda sentencia a recordar tiene fecha de 11 de enero de 2005 (asunto c-26/03). Resuelve las cuestiones prejudiciales que se suscitan en un proceso que tiene como protagonista al Ayuntamiento alemán de Halle y a una de sus sociedades mixtas. El conflicto surgió porque este Ayuntamiento encargó a la mercantil Lochau la elaboración de un estudio para modificar el tratamiento y eliminación de los residuos urbanos y, tras el mismo, inició negociaciones para contratar con esta misma sociedad, sin realizar ningún procedimiento de competencia, un servicio público, en concreto, la eliminación de residuos. Lochau es una sociedad mixta, en la que un empresario privado tiene el 24,9% de las participaciones y el resto pertenecen a una sociedad municipal de

Administraciones públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1 letra l) TRLCAP”, REDA núm. 129, pág. 87.

responsabilidad limitada, cuyas participaciones son en su integridad de otra sociedad municipal, que a su vez pertenece también íntegramente al Ayuntamiento. En los asequibles términos familiares podría decirse que Lochau es una sociedad mixta “bisnieta” del Ayuntamiento, siendo tanto la sociedad “nieta”, como la “filial” íntegramente municipales.

Pues bien, el Ayuntamiento pretendía contratar directamente con su bisnieta y, además, conseguir que otros Ayuntamientos se mancomunaran en el servicio de eliminación de residuos concentrando esta prestación en la bisnieta.

Estos proyectos se vieron interrumpidos porque una empresa privada recurrió ante los Tribunales esta negociación. La sentencia estimó el recurso al entender que no podía hablarse de una “operación interna” municipal, al existir una participación privada y porque la sociedad Lochau ejercía también actividades de mercado. El Tribunal, que conoció del recurso de apelación planteado por el Ayuntamiento de Halle, formuló varias cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia comunitario, algunas relacionadas con la posibilidad de admitir recursos sin existir ningún procedimiento de licitación y otras sobre la contratación directa del Ayuntamiento con esta sociedad mixta.

Dejando a un lado las precisiones sobre la tutela efectiva, aún sin existir procedimiento formal alguno de contratación, debemos adentrarnos en lo que es motivo ahora de comentario: la posible contratación doméstica, “in house”.

El Tribunal comunitario declaró que debían aplicarse los procedimientos de contratación pública cuando una Administración pretendía negociar con una sociedad mixta en la que también participaba el capital privado. Centró la razón la sentencia en que la participación privada excluía que la Administración pudiera ejercer sobre esa sociedad un control análogo al que ejercía sobre sus propios servicios y organismos. La participación privada en la sociedad mixta suponía, además, la incorporación a los objetivos de la actividad empresarial de intereses privados, intereses muy distintos de los fines de interés general que persigue toda Administración.

Es decir, que en las relaciones que se traben entre las sociedades de una Administración pública hay que tener en cuenta, en primer lugar, como regla general, la aplicación de la Directiva comunitarias de contratación y, en segundo lugar, sólo si concurren entre las sociedades las dos circunstancias que inició la jurisprudencia de los contratos domésticos, podrán dejarse de lado los rigores del Derecho comunitario.

Junto a estos dos pronunciamientos, otras recientes sentencias, a pesar de las completas y acertadas consideraciones que se contienen en muchos escritos de conclusiones de la Abogacía general del Tribunal europeo, no están marcando un trayecto uniforme, sino que se advierten algunas sorprendentes oscilaciones. Conviene conocerlas por su gran trascendencia.

En concreto, con relación a la exigencia de que se ejerza sobre la sociedad “un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios” hay que conocer lo siguiente.

En principio, las sentencias del Tribunal comunitario no han reconocido -lo acabamos de ver- la existencia de ese control en las sociedades mixtas en las que participan empresarios privados. Así, la sentencia “Halle”, pero también se ha insistido en esta afirmación en la sentencia de 10 de noviembre de 2005 (asunto c 29/04). Esta última resuelve el conflicto que se planteó contra diversas actuaciones que había realizado el Ayuntamiento austriaco de Mödling. Este Ayuntamiento había constituido una sociedad íntegramente pública a la que “cedió” la gestión del servicio de eliminación de residuos del Municipio y con la que firmó contratos de arrendamiento de varias instalaciones municipales. Pocos días después, el Ayuntamiento decidió transmitir el 49% por ciento de la participación a una sociedad privada y se modificaron los estatutos sociales para fijar las reglas sobre las mayorías necesarias para la adopción de algunos acuerdos y el régimen de administración, que recaería en dos gerentes, nombrados cada uno por cada accionista (el Ayuntamiento y el empresario privado) con poderes mancomunados. Otra empresa privada recurrió estas actuaciones municipales y en el proceso se plantearon varias cuestiones prejudiciales dirigidas al Tribunal Comunitario. Este órgano judicial, en su sentencia de 10 de noviembre de 2005, resolvió el recurso en el que declaró el incumplimiento de las Directivas de contratación. El hecho de que se hubieran cedido inicialmente los servicios públicos a la sociedad, cuando era íntegramente pública, no debía impedir que se considerara el incumplimiento del Derecho comunitario, porque la sucesión de acontecimientos revelaba ya la intención de incorporar a esa sociedad capital privado (las fechas de constitución de la sociedad, cesión del contrato, transmisión de las participaciones y modificaciones estatutarias eran prácticamente seguidas en el tiempo). Y eso es lo que no admiten las Directivas.

En la caracterización de cómo ha de manifestarse ese “control análogo al ejercido sobre los propios servicios” es donde el Tribunal, a mi juicio, ha oscilado. Ilustrativas consideraciones se pueden leer en algunos escritos de conclusiones de los Abogados

generales¹⁵, que aluden a las diferencias entre el control sobre los servicios y la “influencia dominante y control” que existe en otros sectores, como el de la competencia, donde es suficiente la posesión de la mayoría de las participaciones o de los votos en los órganos sociales para admitir ese control. Para calificar una relación como “doméstica”, como “operación interna” del grupo societario, se exige un mayor “control”.

Un control que ha de ser, según esta jurisprudencia “análogo”, es decir “no idéntico” al de los servicios que están insertos en la organización administrativa y responden, por ello, a las exigencias de una organización jerarquizada. La personificación en un organismo o sociedad introduce este matiz en el control. No existirán manifestaciones de jerarquía, pero sí de dirección de la gestión de la entidad, la posibilidad de encauzar su planificación, su estrategia empresarial, aprobar sus presupuestos, designar a sus consejeros, etc... Estos serán ejemplos significativos para admitir ese “control análogo”. De ahí que no se comparta la decisión del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, en el asunto Brixen (c 458/03).

Los hechos se pueden deducir de los siguientes datos: el Ayuntamiento italiano de Brixen transformó una empresa “especial” (categoría del derecho italiano para determinadas sociedades municipales), que se dedicaba a la realización de distintas obras y servicios municipales, en una sociedad anónima. Entre las relaciones que mantenía el Ayuntamiento con esta sociedad, íntegramente municipal, dos dieron lugar a un conflicto que llegó a las instancias europeas. Se trataba de unos convenios en virtud de los cuales la sociedad explotaba unos aparcamientos municipales. El primero, estaba inmerso en la cesión de los derechos de uso del suelo y subsuelo, el encargo de una piscina municipal y la gestión del aparcamiento y, el segundo, la cesión de la explotación del aparcamiento a cambio de un canon durante los nueve años en que se permitía ese uso. Canon que estaba en relación con las tarifas que debían pagar los usuarios. Una empresa privada dedicada también al negocio de los aparcamientos impugnó estas relaciones y el Tribunal que conoció el asunto suscitó varias cuestiones prejudiciales. Junto al equívoco acerca de la naturaleza del convenio, si se trataba de un contrato de servicios o de una concesión de servicios, se preguntaba también si se había incumplido el derecho comunitario al cederse la explotación del aparcamiento sin haber realizado ninguna licitación pública.

¹⁵ Son especialmente ilustrativas las conclusiones que firma la abogado general Dra. Kokott en el asunto Brixen, C- 458/03.

El Tribunal comunitario, tras declarar que se trataba de una concesión de servicio de aparcamiento, afirmó que se había incumplido el derecho comunitario. No porque se infringieran las directivas de contratación, ya que estos contratos no estaban incluidos en su ámbito de aplicación, sino porque se quebrantaban principios de derecho comunitario, en concreto, las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios, la igualdad de trato y no discriminación, así como los principios de libre mercado y competencia. Además, según el Tribunal, no podía aplicarse la jurisprudencia de los contratos domésticos porque no podía entenderse que sobre la sociedad anónima municipal el Ayuntamiento ejerciera un “control análogo” al que ejercía sobre sus propios servicios. Para el Tribunal, el hecho de tratarse de una sociedad anónima, a la que se reconocía autonomía en la gestión, que podía en el futuro incorporar capital privado y extender su ámbito de actividad fuera del término municipal, eran circunstancias relevantes para negar ese “control análogo”.

Sin embargo, como había explicado la Abogado general, estas circunstancias no eran suficientemente expresivas de la falta de control por la Administración. La sociedad era íntegramente pública, la alegación de que podía entrar capital privado era un hecho discutido entre las partes que participaron en el proceso, que, además, no se había producido¹⁶. Y, los poderes “autónomos” que se reconocían al órgano de administración había que entenderlo dentro de la propia lógica y estructura tradicional del régimen societario. Bien razona la Abogado general al explicar que implicaría unas tremendas consecuencias para la Administración pública interpretar, como ha hecho el Tribunal, que el reconocimiento de esa “gestión autónoma” a los órganos de la sociedad impide aplicar la jurisprudencia de los contratos domésticos. Eso supondría la imposibilidad de reorganizar internamente los servicios administrativos, sabiendo las consecuencias de la personificación de los mismos; a la vez que se impondría la privatización de esos servicios públicos sin la necesaria reforma legal¹⁷.

¹⁶ En la actualidad sigue esta sociedad, según la información que he podido allegar a través de Internet, siendo íntegramente municipal.

¹⁷ En términos del escrito de Conclusiones: “...si se exigiera que el titular de participaciones de Derecho público tenga frente a su contraparte las mismas posibilidades jurídicas de ejercer influencia que con respecto a sus propios servicios, casi nunca podría cumplirse el primer criterio Teckal en relación con las sociedades de capital organizadas conforme al Derecho privado. Así pues, antes de celebrar contratos con sus filiales organizadas como sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada, aun siendo su único socio, las entidades adjudicadoras deberían observar siempre las exigencias de la normativa en materia de contratos públicos y adjudicar el cumplimiento de sus funciones, en la medida de lo posible, a los mejores postores privados. En estas circunstancias, la mera cesión de funciones a tales

Sorprende que el Tribunal rechazara la existencia de un “control análogo” siendo la Administración el único accionista de la sociedad. Y como único accionista es el Ayuntamiento el que tiene en su mano decidir los destinos, estrategias, planes y actuaciones de la sociedad. Eso es lo determinante y no que se le exija un control equivalente al de los servicios jerárquicamente dispuestos, bajo sus órdenes e instrucciones, con la posibilidad de revocar sus decisiones o resolver los recursos contra las mismas. El hecho de tratarse de servicios travestidos con el atuendo de una forma jurídica de derecho privado obliga a analizar cuáles son los mecanismos de “dirección” y “control” característicos en el ámbito mercantil. Y resulta paradójico afirmar que un accionista único no controla la sociedad.

En fin, como bien resumió la Abogado general “sólo cuando una empresa es realmente tan independiente (autónoma) que la entidad adjudicadora ya no esté en condiciones de desarrollar plenamente en ella sus objetivos de interés público, no cabe hablar de un control análogo al ejercicio sobre los servicios propios” .

Conflicto muy parecido en el que, sin embargo, el Tribunal comunitario adopta otro criterio es el que resuelve la sentencia de 6 de abril de 2006. En resumen, el Ayuntamiento de Bari desistió de continuar con una licitación pública para adjudicar el servicio de transporte en el municipio, al conocer la reforma legislativa italiana que introducía en la ley de organización de los entes locales, la posibilidad de adjudicar los servicios locales a sociedades íntegramente públicas si concurrían las circunstancias para aplicar la jurisprudencia de los contratos domésticos. Esta reforma legislativa hizo que el Ayuntamiento desistiera de la licitación y adjudicara el servicio a su sociedad municipal AMTAB Servicio SpA. Una asociación de empresarios del transporte impugnó la actuación municipal y, al conocer de las cuestiones prejudiciales suscitadas, el Tribunal comunitario no declaró el directo incumplimiento de las Directivas, como hizo en la anterior sentencia citada. Por el contrario, declaró que las libertades

sociedades, y ello en ámbitos tan sensibles como por ejemplo el suministro de agua, supondría en última instancia el inicio forzoso de la privatización de estas funciones... Si se aplicasen las exigencias de la normativa en materia de contratos públicos a negocios jurídicos entre entidades adjudicadoras y sus filiales al 100 %, la forma jurídica de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada ya no podría seguir utilizándose al objeto de proceder a una reorganización puramente interna. A la entidad afectada sólo le quedaría, en esencia, elegir entre la privatización de sus funciones (54) y la ejecución interna de éstas a través de los servicios de la administración o de sociedades municipales incluidas en la estructura jerárquica administrativa y carentes de una autonomía digna de mención. En algunos casos, las filiales existentes podrían transformarse de nuevo, en un movimiento de retroceso, en empresas municipales” (apartados núms. 68 y 70).

comunitarias y los principios del Tratado no impedían que un Ayuntamiento contratara directamente con una sociedad municipal íntegramente pública siempre que se dieran los criterios de los contratos domésticos, que debían ser analizados por el juez nacional.

Acerca de la segunda circunstancia que ha de concurrir para aplicar la jurisprudencia sobre los contratos “in house” también se han realizado algunas recientes precisiones. Recordemos que se exige que la sociedad tenga la mayor parte de volumen de negocio con la entidad contratante. Es decir, que la sociedad pública del grupo, la filial u otra descendiente, desarrolle su actividad dentro del propio grupo y de la entidad pública que domina el mismo.

Este es un requisito elemental. Para que el contrato sea doméstico, la actividad ha de quedar en casa. Si la sociedad interviene en el mercado, mantiene fructíferas relaciones económicas en el tráfico mercantil, está revelando su condición de empresaria y, por tanto, ha de reconocerse ese papel comercial y tratarla como al resto de las entidades. O mejor dicho, que el resto de las empresas comerciales puedan exigir el mismo trato que esa sociedad “pública” de clara vocación empresarial.

El problema está en determinar cuándo ha de entenderse que “gran parte de la actividad” o que “la mayor parte del volumen” se realiza con las Administraciones públicas¹⁸. El Tribunal de Justicia comunitario ha rechazado de manera contundente la aplicación analógica de los criterios establecidos en la Directiva que regula la contratación en los sectores económicos esenciales. Recordemos: que se acreditará que en los tres últimos años al menos el ochenta por ciento del volumen del negocio provenía del mismo grupo societario. A pesar de que aportaría cierta seguridad jurídica y, sobre todo, facilitaría la prueba, como ya he recordado supra, esa analogía ha sido rechazada con absoluta contundencia por el Tribunal de Justicia.

¹⁸ En algunos escritos de Conclusiones de los abogados generales en estos procesos se destaca la distinta traducción de este criterio. Así, por ejemplo, en las Conclusiones de la Abogado General Sra. Christine Stix-Hall, en el asunto Halle, c-26/03, recuerda las siguientes expresiones“ las conclusiones del Abogado General Sr. Léger ofrecen la siguiente imagen: por un lado, el Abogado General se basa en la «quasi-exclusivité» de los servicios prestados, lo que en la versión alemana se tradujo como «sämtliche Dienstleistungen» (la totalidad de los servicios; traducido en la versión española como «cuasi exclusividad [...] de los servicios que presta»). (22) Por otro lado, se remite a la versión de la excepción establecida en la sentencia Teckal en la lengua de procedimiento, el italiano, y habla de «en grande partie», lo que en la versión alemana se ha traducido como «im Wesentlichen» (la parte fundamental; traducido en la versión española como «en gran parte»), (23) o de «la plus grande partie de leur activité» (en alemán, «den grössten Teil ihrer Tätigkeit», la mayor parte de su actividad; traducido en la versión española como «la mayor parte de su actividad»). (24) (apartado 91)

En todo caso, en la sentencia de mayo de 2006, que resolvió las cuestiones sobre los contratos adjudicados directamente por el Ayuntamiento de Busto Arsizio a su sociedad holding AGESP, en la que había una pequeña participación de otros Ayuntamientos, el Tribunal declaró que habían de tenerse en cuenta circunstancias tanto cuantitativas como cualitativas; que era procedente computar todos los negocios con todos los poderes adjudicadores, así como los negocios con los usuarios de los servicios que derivaban de contratos con los poderes adjudicadores. Precisiones importantes porque de lo que se trata es de acreditar el carácter “instrumental” de la sociedad pública, no de que realice más o menos negocios con una de las Administraciones y organismos asociados.

También en la sentencia que resolvió los recursos contra la concesión del Ayuntamiento de Brixen realizada a su sociedad instrumental, el Tribunal declaró que no incidía en este criterio el hecho de que, según los estatutos sociales, pudiera la mercantil realizar actividades fuera del territorio municipal. Lo importante era la actividad efectivamente realizada.

La legislación española

La vigente normativa española no atiende de manera explícita a los negocios y contratos que suscriben las sociedades públicas vinculadas, asociadas o agrupadas. Todavía no se han incorporado las nuevas previsiones de las Directivas de contratación. Sin embargo, no puede albergarse ninguna duda de que las mismas son directamente aplicables. Desde el vencimiento del plazo otorgado a los Estados miembros para la introducción de las Directivas, éstas son, como se sabe, derecho aplicable y eficaz, y pueden invocarse en los procedimientos judiciales y generar derechos de responsabilidad y obligaciones de indemnización. No obstante, a la espera de la incorporación de la reforma comunitaria conviene advertir cuál es el vigente derecho escrito español.

Es cierto que la Ley de contratos no se refiere de manera literal ni explícita a los contratos domésticos. Sin embargo, desde las primeras redacciones se ha excluido su aplicación y, en consecuencia la aplicación de las Directivas, en varios supuestos. La obsesiva “huida” de las normas administrativas invocando, como si de irresistible canto de sirenas se tratara, la rapidez y eficacia de los modos de comportamiento privados, sin someterse a los quizá cansinos procedimientos administrativos, ha justificado, desde la redacción originaria de la Ley, la formulación de un listado de negocios y contratos excluidos. Algunos de los cuales pueden permitir subsumir la figura de los contratos domésticos, así como las relaciones entre las sociedades de las Administraciones públicas.

Y es que, además de mantenerse la clásica posibilidad de la ejecución de obras por la propia Administración con medios propios (arts. 152 y 153 LCAP)¹⁹, así como la fabricación de bienes muebles también por la propia Administración (art. 194 LCAP), se mencionan otras posibilidades de negocios entre las Administraciones y sus organismos y sociedades.

Por un lado, los convenios de colaboración²⁰. La redacción originaria de la Ley de contratos de 1995, manteniendo un criterio lógico que ya se recogía en la anterior Ley de 1963, estableció la exclusión de aquellos convenios de colaboración que celebraran entre sí las Administraciones públicas o se suscribieran con entidades públicas, así como los que se concertaran con personas sometidas al Derecho privado. En este último caso sí se precisaba que el objeto no estuviera comprendido en los contratos regulados por la Ley (letras *c*) y *d*) del art. 3.1). Esta misma redacción es la que se recogió inicialmente en el Texto refundido hasta su modificación por el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, que introdujo en la letra *c*) relativa a los convenios interadministrativos y con las entidades públicas, la misma precisión de que no debían encubrir estos convenios los contratos regulados por las Directivas comunitarias. Y es que, tras reiteradas denuncias de la Comisión europea por entender esta Institución que estos convenios podían suponer una cómoda inaplicación de las Directivas, se sustanció el correspondiente recurso ante el Tribunal de Justicia que, en su sentencia de 13 de enero de 2005 (asunto c-84/03), confirmó el criterio de la Comisión y condenó al Reino de España por incumplimiento de las Directivas comunitarias.

En consecuencia, se podrán suscribir convenios de colaboración entre las Administraciones, organismos públicos o sociedades públicas siempre que el objeto del convenio no se integre por las características prestaciones que describen los contratos administrativos sujetos a las Directivas. Solo en estos casos podrán celebrarse negocios sin atender a los criterios de publicidad y concurrencia que inspiran la contratación pública.

Por otro lado, las encomiendas de gestión. La obligada reforma de la legislación de contratos tras la citada sentencia condenatoria de 2005 se aprovechó para incorporar una nueva excepción a la sujeción a la Ley. Una nueva vía que permitiría inaplicar la Ley

¹⁹ T. de la Quadra Salcedo, "La ejecución de obras por la Administración", *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, Madrid, 1996, págs. 708 y ss.

²⁰ Realiza un análisis de los mismos J.L. Ávila Orive, *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, Madrid, 2002.

a las relaciones que suscribieran las Administraciones con sus organismos y sociedades. Se incluyó, así, la nueva letra *I*) al artículo 3.1 que establece la exclusión del régimen de contratación pública a “las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública”.

Varias consideraciones suscita este precepto. En primer lugar, el obsesivo interés del legislador por encontrar un “atajo” que permita eludir el régimen de contratación pública. No convencido de los dúctiles contornos de los convenios, que por su esencial maleabilidad pueden acoger muchos contenidos y prestaciones, invoca la figura de las “encomiendas de gestión” que, inicialmente, ha respondido a satisfacer otros fines: el encargo de actividades materiales y técnicas (art. 15 LPA)²¹.

En segundo lugar, sólo se atiende a las encomiendas que se dirijan a entidades y sociedades de la propia Administración. Es decir, en principio, esta previsión sólo ampara las relaciones con organismos y sociedades propias, no las que dependan de otras Administraciones públicas. Además, y en tercer lugar, estos organismos y sociedades deben estar íntegramente controlados por la Administración. Ha de tratarse de entidades creadas y vinculadas exclusivamente a esa Administración pública o sociedades en las que participe de manera exclusiva una Administración, admitiendo que la íntegra participación puede ser directa o indirecta a través de otros organismos públicos.

La interpretación literal impide su utilización cuando una Administración quiera encomendar o encargar un negocio a una sociedad íntegramente pública, pero de la que sólo posee un porcentaje de acciones. Las sociedades públicas de varios socios son un instrumento de coordinación y gestión de competencias públicas cada vez más utilizado y en el que debería tener cabida la figura de los contratos “domésticos”. Recuérdese la jurisprudencia comunitaria que hemos citado supra, en especial la sentencia de 11 de mayo de 2006 que surgió por los contratos adjudicados por el Ayuntamiento italiano de Bustio Arsizio.

En fin, y en cuarto lugar, será imprescindible que cuando una Administración utilice este instrumento de las encomiendas de gestión, el objeto de la encomienda no pueda subsumirse con claridad en ninguno de los objetos que caracterizan los contratos

²¹ Sirva el recordatorio de los comentarios que realizan a esta figura J. González Pérez y F. González Navarro, *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, 3^a ed. 2003, pág. 761; y A.J. Sánchez Sáez, “La encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas”, *RanAP* núm. 53, págs. 230 y ss.

públicos sujetos a las Directivas, pues encontraría el mismo reproche por las instituciones comunitarias, como se explicó en la citada sentencia de 2005 que condenó a España por incumplimiento del Derecho comunitario. Existiría un nuevo fraude de las directivas denominar como encomienda de gestión un contrato de obra, suministro, servicios o asistencia, pues el *nomen iuris* que otorguen las partes al negocio no puede desplazar la auténtica causa jurídica del mismo, que atraerá el adecuado régimen aplicable y que no debe eludir la Administración. Por tanto, salvo que a través de esa encomienda de gestión se acumulen prestaciones de varios contratos, que permita su calificación como negocio complejo, debería la Administración cuidar de que la encomienda no encubriera típicos contratos como el mandato o el arrendamiento de servicios.

En conclusión, puede afirmarse que la vigente redacción de la Ley española no incorpora la figura de los contratos domésticos que es la que debe encauzar las relaciones negociales entre las Administraciones y sus sociedades. Esta carencia es lo que ha generalizado el hecho de que a través de leyes o convenios se hayan declarado como “medio propio e instrumental” a sociedades públicas. Desde las primeras leyes que recogen estas declaraciones (es cita obligada la Ley de las Islas Baleares de Hacienda pública y la Ley estatal de acompañamiento de 30 de diciembre de 1997 con relación a “Transformaciones Agrarias, S.A”, TRAGSA, y sus filiales), muchas han sido las declaraciones que califican de medio propio e instrumental a las sociedades públicas²². Y

²² Así, la Sociedad Estatal para las Enseñanzas Aeronáuticas Civiles, SA., SENASA (Ley de política económica de 27 de diciembre de 2001); la sociedad estatal Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, Sociedad Anónima, SEGIPSA (disposición adicional décima de la Ley del patrimonio de las Administraciones públicas), o la Agencia del Boletín oficial del Estado (Ley 28/2006, de 10 de julio, de Agencias públicas);,. También han sido declaradas “medio propio e instrumental” todas las empresas públicas de las Islas Baleares (Ley de Hacienda pública de 22 de diciembre de 1997) o las sociedades públicas de Extremadura (Ley de Extremadura de sociedades públicas de 8 de julio de 2005). Existen, además, múltiples declaraciones singulares como: la Empresa cántabra para el desarrollo de las nuevas tecnologías en la Administración, S.L., “EMCANTA, SL” (art. 10 de la Ley de Cantabria de ordenación económica de 26 de diciembre de 2005); la sociedad Riegos del Canal de Navarra, S.A. (Ley foral de regadíos de 22 de noviembre de 2005); la sociedad Aramon, Montañas de Aragón, SA (Ley de Aragón que autoriza la disposición de valores de varias sociedades públicas aragonesas, de 16 de octubre de 2002), la Sociedad de Servicios del Principado de Asturias, SA (Ley del Principado que autorizó su creación, de 24 de junio de 2002); la Sociedad de gestión pública de Extremadura, así como sus filiales (Ley de Extremadura de sociedades públicas de 8 de julio de 2005); la sociedad Valenciana de aprovechamiento energético de residuos , S.A, “VAERSA” o el Instituto valenciano de la vivienda, S.A., “INVISA” (Ley de la Comunidad Valenciana de ordenación económica de 27 de diciembre de 2004); los Servicios de Información Territorial de las Islas Baleares, S.A. (Ley de las Islas Baleares de ordenación

lo que es más importante: incluso aunque la sociedad estuviera controlada por otra Administración, como ocurre con TRAGSA²³.

Para que sean “medio propio” las sociedades deben ser públicas. No interesa tanto el porcentaje de participación, si lo posee en su integridad una Administración o participan varios organismos públicos. En ambos casos puede declararse que esa sociedad es un medio propio y que la relación es doméstica. Lo que no se admite es que sociedades mixtas sean declaradas medio propio de la Administración. Si existe capital privado, aunque sea una pequeña participación, desaparecen las razones que han justificado el régimen especial de los contratos domésticos. Esa sociedad mixta sí es ya algo distinto, un tercero. Aunque esté controlada por una Administración u organismo público, aunque esté en la órbita de un grupo público, la participación privada introduce un elemento que genera una personificación híbrida, mestiza, por lo que no puede decirse que sea de “pura raza pública”. Esa mezcolanza es la que impone que las relaciones comerciales con la misma puedan perjudicar la libre competencia y deban someterse al tamiz de superar un procedimiento en concurrencia.

¿Y qué novedades introduce el nuevo proyecto de Ley de contratación del sector público?

El texto que se está tramitando en la actualidad mantiene la exclusión de su ámbito de las “encomiendas de gestión”. Aunque se ha dibujado su delimitación con los trazos impuestos por la jurisprudencia de los contratos domésticos, esto es, el criterio de la naturaleza íntegramente pública de la entidad, sociedad o fundación que reciba la

económica de 23 de diciembre de 2004); la sociedad de La Rioja denominada Entidad de Control, Certificación y Servicios Agroalimentarios, SA -ECCYSA (Ley de La Rioja de ordenación económica de 19 de diciembre de 2003); en Andalucía, la sociedad “Empresa de Gestión Medioambiental, SA, EGMASA” (Ley de Andalucía de ordenación económica de 28 de diciembre de 1999); en Madrid, la empresa pública «GEDESMA, Gestión y Desarrollo del Medio Ambiente de Madrid, SA» (Ley de medidas fiscales y administrativas de 28 de diciembre de 1998), etc...

²³ Fue la Ley de las Islas Baleares que reguló su Hacienda pública, de 22 de diciembre de 1997, la que primero declaró a TRAGSA y a sus filiales medio propio e instrumental; declaración que repiten la Ley de Cantabria de medidas fiscales y administrativas de 27 de diciembre de 1999 y la Ley de Extremadura que aprobó los presupuestos de esta Comunidad Autónoma en 2005 (disposición adicional novena de la Ley de 27 de diciembre de 2005). Pero en otras ocasiones se ha utilizado el más modesto instrumento del convenio interadministrativo para adoptar esta importante declaración, así puede verse el “Convenio de colaboración entre el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para regular el marco de utilización de medio propio instrumental empresa de Transformación Agraria, SA” que se publicó como Resolución de 31 de mayo de 1999 en el Boletín oficial de la Región de Murcia el 14 de junio de 1999.

encomienda y, en segundo lugar, que se realice la “parte esencial” de la actividad con el ente o entes que la controlan. Además, se recuerda que los contratos que con posterioridad se realicen para materializar el objeto de la encomienda deberán satisfacer las exigencias legales (letra *n* del art. 4 del proyecto).

Con relación al régimen jurídico que deben seguir las entidades del sector público se incorpora la distinción derivada de la Directiva: los creados para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil, y sean financiados, controlados o dirigidos por entidades públicas, deberán satisfacer las exigencias de la normativa comunitaria. Cuando estos requisitos no concurren, bastará con que cumplan los principios de “publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad y no discriminación”, sigan las instrucciones de procedimiento y actuación remitidas por la Administración y realicen una mínima publicidad si la cuantía del contrato alcanza los cincuenta mil euros (arts. 173 y ss. del anteproyecto).

Algunos conflictos de interés.

La jurisprudencia española ha conocido algunos conflictos en cuyo seno existían relaciones incipientes y similares a los contratos domésticos y cuyo recordatorio no puede faltar en este estudio.

Muy importante es la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio 2003 (ponente magistrado González Rivas). El origen del conflicto fue el convenio que suscribieron varias entidades públicas catalanas y sociedades íntegramente públicas: el Consejo Metropolitano de la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y del Tratamiento de Residuos, la Entidad Metropolitana de Transporte, la Mancomunidad de Municipios del Área Metropolitana de Barcelona, el Consejo Comarcal del Barcelonés, la mercantil Sociedad Urbanística de Rehabilitación y Gestión, cuyo único accionista es el Consejo Comarcal del Barcelonés, la Sociedad Municipal de Aparcamientos y Servicios, cuyo único accionista es el Ayuntamiento de Barcelona, la sociedad Transportes de Barcelona, cuyo único accionista es la Entidad Metropolitana del Transporte, el Patronato Municipal de la Vivienda de Barcelona, Fundación del Ayuntamiento de Barcelona y Barcelona Regional Agencia Metropolitana de Desarrollo Urbanístico e Infraestructuras, sociedad cuyos accionistas son varias Administraciones y entidades públicas²⁴. El convenio tenía por objeto establecer un “marco de referencia” para

²⁴ En concreto, son accionistas de Barcelona Regional el Ayuntamiento de Barcelona (17,65%), el Consejo Comarcal Barcelonés (11,76%), la Entidad Metropolitana de Transportes (11,76%), la Empresa

colaborar en el análisis y realización de estudios y proyectos técnicos dentro del ámbito de la planificación y construcción de infraestructuras supramunicipales en el territorio metropolitano y ello con apoyo en los principios de coordinación y asistencia entre las distintas Administraciones públicas para la mejor consecución del interés público.

La Generalidad de Cataluña impugnó el convenio al entender que se trataba en realidad de un contrato de asistencia y que no se había sometido a la regulación entonces vigente. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña así lo calificó. Sin embargo, el Tribunal Supremo casó esa sentencia de instancia en este interesante pronunciamiento.

Tras recordar en primer término, la jurisprudencia sobre los convenios administrativos, el Tribunal declaró que el convenio de la discordia era “un negocio bilateral formalizado entre las Administraciones locales, de una parte y de otra, por sociedades gestoras de determinados servicios que tienen atribuidos por las Administraciones que las han creado y que son entidades pertenecientes a su propia organización, para ejercer sus competencias o prestar los servicios de manera conjunta, formando una sociedad común de gestión en la que participan todos ellos como accionistas.” Su naturaleza era, a juicio del Tribunal, no la de un contrato de asistencia, sino la de un contrato de gestión de servicios públicos. Gestión de servicios que podía instrumentarse de manera concertada por varias Administraciones públicas y organismos o sociedades íntegramente públicas para conseguir una mayor coordinación y eficacia en la satisfacción y realización de intereses públicos comunes.

La razonada fundamentación del Tribunal va desmenuzando de manera sucesiva aspectos de notable interés: la práctica convencional entre las Administraciones y organismos públicos, más adecuada y versátil que la formalización de propios negocios contractuales; la relevante capacidad de organización de las Administraciones locales para ordenar su administración interna y atender los intereses locales; las técnicas de los consorcios y convenios cooperativos; las potestades locales para crear, organizar o modificar la gestión de sus servicios públicos; el régimen de las empresas públicas; la naturaleza y causa de los contratos de asistencia, frente a la naturaleza y causa del convenio suscrito; la inaplicación de la legislación de contratos a los convenios interadministrativos o con sociedades íntegramente públicas como permitía la entonces vigente ley de contratos ... Y se desgranan estos razonamientos atendiendo de manera adecuada a todos los preceptos que incidían en estas complejas cuestiones: la Carta

Metropolitana de Sanejament (11,76%), el Consorcio de la Zona Franca (11,76%), el Puerto de Barcelona (11,76%), AENA (11,76%), RENFE (5,88%) y MERCABARNA (5,88%).

europea de autonomía local, la legislación básica española, la ley de régimen municipal catalana, la normativa europea sobre la transparencia de las relaciones financieras de las empresas públicas; el estatuto de la empresa pública catalana, un conjunto abigarrado de normas, preceptos y disposiciones, que regulan las actuaciones de las Administraciones, organismos y sociedades públicas y que la sentencia encaja de manera armónica.

Muy ilustrativa es esta relevante sentencia. A destacar son algunas de sus afirmaciones. En concreto, se afirma que: “frente a la tesis de la sentencia recurrida, estamos ante un convenio de cooperación interadministrativa de carácter económico, técnico o administrativo entre entidades locales, incluso en términos amplios, sin otros límites que los derivados el interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración ... Pero no cabe, mediante la técnica del convenio, la transferencia de competencias de las entidades locales que resultan indisponibles.” De ahí que resulte perfectamente legítimo acudir a una fórmula cooperativa y asociativa para gestionar intereses comunes. En palabras de la sentencia: “Por tanto, no cabe duda de que para «la gestión conjunta de medios instrumentales de los servicios» de las entidades locales caben las diversas fórmulas asociativas” que tiene, como continúa explicando la misma sentencia, dos palmarias justificaciones: una, la concurrencia de los intereses y competencias públicas, difícilmente separables en muchos ámbitos que hacen necesarias técnicas de cooperación y coordinación y, otra, la cada vez más compleja atención y gravosa prestación de los servicios públicos.”

En fin, califica la sentencia a la sociedad Barcelona Regional y a otras sociedades públicas como un “medio instrumental” de esas Administraciones locales y declara que el convenio “tiene por finalidad unificar una parte de la gestión, investigación técnica y realización de proyectos y estudios por razón de los aspectos comunes existentes entre los servicios que las sociedades fundadoras tienen encargadas por las Administraciones.”

Otras sentencias resultan también llamativas. Así, las que han resuelto los conflictos suscitados por la utilización por un Ayuntamiento de la sociedad mixta de otro para la prestación de servicios públicos. No se estaba en presencia en estos casos de una auténtica relación doméstica, pero su conocimiento permite considerar otras opciones ante los problemas que suscitan los Ayuntamientos y, lo que es más importante, no desconocer que existen disimuladas tensiones en la expansión y toma de posiciones significativas en las prestación de servicios públicos de grandes grupos empresariales. Sobre este último aspecto volveremos.

Los hechos que dan origen a los procesos tienen el mismo comienzo. El Ayuntamiento de Torrent constituyó, tras la celebración del adecuado concurso para elegir un socio privado, una sociedad mixta con el fin de prestar el servicio de abastecimiento de agua y alcantarillado. Así surgió Aigües de L'Horta, SA. La participación municipal era mayoritaria (el 51% de las acciones), correspondiendo el resto de las acciones al gran Grupo Agbar²⁵. Con posterioridad, y con apoyo en distintos convenios que suscribieron con el Ayuntamiento de Torrent otras Corporaciones municipales, se pretendió que la citada sociedad mixta prestara en esos municipios también el servicio de gestión integral del agua.

Los acuerdos plenarios y los convenios fueron impugnados por la sociedad Aguas de Valencia²⁶. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana declaró la nulidad de esas actuaciones en varias sentencias, que han sido confirmadas por el Tribunal Supremo al rechazar los recursos de casación interpuestos²⁷. En resumen, los razonados fundamentos de las sentencias destacaron que, a través de esos convenios interadministrativos, los Ayuntamientos establecían realmente una gestión indirecta del servicio público de abastecimiento de agua y se facilitaba a una sociedad mixta, en la que ni participaban ni habían tenido intervención alguna estos Ayuntamientos, que prestara el servicio público, y ello sin haber tramitado ningún procedimiento público de competencia ni concurrencia.

Es cierto que, en el momento de suscribirse esos convenios, la redacción literal de la Ley de contratos de las Administraciones públicas había introducido cierta confusión sobre el régimen jurídico de las sociedades en las que la participación pública era mayoritaria, pues se citaban en el artículo 155 de la Ley para excluirlas del régimen de contratación de la gestión de servicios públicos. Pero ésto no significaba que su constitución o su negociación estuviera al margen de los principios de contratación pública, ni del

²⁵ Como es conocido, este importante Grupo empresarial está controlado por el Grupo Suez y La Caixa y dirige más de doscientas empresas, dedicadas a la gestión integral del agua, recaudación de tributos, salud, transporte, inspección y certificaciones, etc...

²⁶ El Grupo Aguas de Valencia es otro gran grupo empresarial de este sector, que participa en las sociedades mixtas con las Administraciones públicas para atender la gestión del ciclo integral del agua.

²⁷ En concreto, se trata de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad de Valencia de 3 de julio y 18 de septiembre de 2002 y 19 de mayo de 2004. Las fechas de las sentencias del Supremo son 22 de abril de 2005 y 27 de abril de 2006.

régimen de prestación de los servicios locales que establecía el clásico Reglamento de servicios²⁸.

Detallados son los análisis que realizan las sentencias citadas para delimitar de manera separada las complejas relaciones jurídicas que confluyen: la distinción entre la gestión directa e indirecta de los servicios locales (pues los Ayuntamientos defendían que a través del convenio ellos gestionaban de manera directa el servicio); la diferente condición de la sociedad mixta cuando actúa en el término municipal del Ayuntamiento que tiene participaciones accionariales y cuando lo hace fuera de ese término municipal, donde esa sociedad mixta tiene ya la misma condición que un tercero empresario; el régimen de la contratación de las Administraciones públicas, con ilustrativas explicaciones sobre la aplicación de los principios de derecho comunitario, el régimen de las directivas y los principios de transparencia y concurrencia. Todo ello configura una sólida fundamentación para concluir en la ilegalidad de los convenios intermunicipales, pues a través de los mismos se quebrantaban los principios más básicos de la contratación administrativa y del régimen de prestación de servicios municipales. Se facilitaba que fuera un tercero (empresa mixta de otro ayuntamiento con capital privado) el que prestara un servicio público sin haber superado ningún procedimiento de pública concurrencia.

De la ilustrativa fundamentación de las sentencias quisiera resaltar dos ideas, pues ponen de manifiesto cómo las aparentes situaciones que se presentan pueden tener tras de sí otras realidades que no deben ignorarse.

Y es que, al analizar la sociedad mixta, calificada como sociedad mayoritaria del Ayuntamiento de Torrent para así invocar la exclusión de esta sociedad del régimen de contratación y defender que se trataba de un modo de gestión directa de servicios públicos, la magistrada desvela cómo no existe un control real del Ayuntamiento sobre esa sociedad. Que su mayoritaria participación del 51% de las acciones no implica una auténtica dirección de la sociedad y ello, por la sencilla razón de que, según los estatutos sociales, muchos e importantes acuerdos necesitaban mayorías cualificadas. Acertada consideración que tiene importantes consecuencias jurídicas.

Además, aún no siendo un problema directo en el proceso, la magistrada sugiere otra interesante idea. La sociedad mixta había modificado su objeto social y sus estatutos

²⁸ Estos aspectos fueron explicados por F. Sosa Wagner, *La gestión de los servicios públicos locales* en la tercera edición, 1997, págs. 189 y ss..

para poder prestar los servicios de abastecimiento de agua fuera del término municipal de Torrent, lo que podría suponer que se habían modificado las cláusulas administrativas que habían servido de base al concurso público para elegir al accionista privado²⁹. Es cierto. No se discutía este asunto, pero es digna de mención esta modificación del objeto negocial de una sociedad mixta que supone una gran alteración del concurso inicial y, en consecuencia, de las condiciones en las que habían participado otros licitadores.

Otra atinada consideración que formula la juez, se refiere a las distintas posibilidades que tienen los Ayuntamientos para acodar la gestión conjunta de servicios públicos. Posibilidades que no conculcan el Ordenamiento como esos convenios que facilitan a una sociedad mercantil, no sólo con capital privado, sino que no está absolutamente controlada por el poder municipal, la prestación de un servicio público sin superar ningún procedimiento público en competencia. Nada hubiera impedido que los Ayuntamientos hubieran firmado un convenio para la gestión conjunta y directa del servicio de abastecimiento de aguas a través de un consorcio público o una mancomunidad. Pero hay más posibilidades porque el muestrario de figuras administrativas es variado como sabemos: podía haberse creado una sociedad íntegramente pública entre los Ayuntamientos o haber ampliado el capital en Aigües L'Horta para dar entrada en ese capital a nuevos Ayuntamientos y que éstos y pudieran encargar esos servicios en virtud de la doctrina de los contratos “in house”. Muchas eran, pues, las distintas opciones. Claro que las mismas no admiten la existencia de capital privado dedicado a los negocios de la gestión del agua. Cuando hay

²⁹ “Cuestión ésta última absolutamente primordial para clarificar la interpretación que debe darse al art. 155.2 LCAP a los puros efectos litigiosos. Resulta absurdo e ilógico que unas Directivas dictadas para garantizar la transparencia administrativa como uno de los valores inherentes a la libertad de concurrencia pueda ser invocada justamente para eludirla así como que se pretenda una interpretación irracional del conjunto de normas locales expuestas en los párrafos precedentes. La ampliación del objeto societario de la empresa mixta como paso previo a la suscripción del Convenio interadministrativo para prestar el servicio de agua potable y alcantarillado en otro municipio, comporta una auténtica desnaturalización del objeto inicial de la empresa para la que, recordemos de nuevo, se llevó a cabo un concurso público para seleccionar al socio privado que, en unión del Ayuntamiento de Torrente, constituirá una empresa mixta para gestionar el servicio público del agua en el término municipal de Torrente. Si la publicidad y la concurrencia fueron garantizadas al constituirse la empresa mixta, dichos principios deben ser también respetados en cualquier modificación ulterior encaminada a la ampliación de la gestión de un servicio público. Se trata de evitar el establecimiento de facto de una posición de dominio en la actividad a favor de la empresa adjudicataria inicial mediante la publicidad y concurrencia exigida por el ordenamiento.” (STS de 22 de abril de 2005, ponente Sra. Pico Lorenzo)

participación privada siempre hay que garantizar un procedimiento público en competencia.

Una última consideración sugiere este conflicto. No está en el debate, ni en las argumentaciones de las partes, ni en las fundamentaciones de los Tribunales, pero es frecuente que detrás del escenario visible en el que actúan los aparentes actores, hay otros protagonistas y directores con más influencia en el desarrollo de la trama. Y lo que hay detrás de este conflicto es la toma de posición y expansión de los grandes grupos internacionales de un sector tan sensible como es el del suministro de agua. Quienes ofrecen el capital para constituir sociedades mixtas, aparentemente con participación mayoritaria pública, quienes quieren luego utilizar cómodos y flexibles convenios administrativos, son grandes grupos empresariales. Hay que saber identificar los intereses que se esconden tras estos litigios y estas disputas jurídicas. Pues bien, constatada la presencia de tales poderosos intereses privados es importante proclamar la importancia del respeto a los formales instrumentos de la publicidad y concurrencia para que la atención a servicios indispensables para los ciudadanos se realice de manera transparente (ya que de agua hablamos).

En fin, son estas relaciones “domésticas” entre las Administraciones y sus sociedades un núcleo de problemas y cuestiones todavía abiertas. Estamos, en el momento de concluir este trabajo, en un momento emocionante pues está a punto de fallarse por el Tribunal de Luxemburgo el conflicto que tiene como epicentro a TRAGSA y que, por tanto, de manera tan determinante afectará a España. Se cuenta incluso ya con las conclusiones del Abogado general pero es preferible dejar el asunto en el “suspense” propio de las cintas cinematográficas, a la espera del desenlace final.

Pero no queremos concluir sin anotar que, detrás de una cuestión aparentemente técnica, nos topamos con otra de auténtica dimensión política, al esconder nada menos que la comprensión misma de la Administración contemporánea, ámbito donde se enfrentan dos concepciones en buena medida antitéticas: o bien se patrocina una Administración que sea capaz de dotarse de instrumentos con los que satisfacer necesidades colectivas en ámbitos diversos y trascendentes o, por el contrario, se patrocina una Administración que se ha de limitar prácticamente a fijar, a través de sus normas, las reglas del juego económico y social y a garantizar la libertad de los empresarios y el respeto de la competencia entre ellos.

Es decir, una Administración manca. Pero que, de forma milagrosa, conservaría un muñón, a estirar y encoger según conveniencia, destinado a falsear esas mismas reglas

cuando la ocasión propicia se presentara, ante la complacencia de todos. Si en el altar de las más puras esencias liberales sacrificamos esos “recursos propios” de que las actuales Administraciones disponen como consecuencia de un proceso histórico conocido ¿hasta dónde llegamos? ¿cuál es el límite? ¿sacrificamos también a los ingenieros y a los abogados o a los economistas que están al servicio de las Administraciones porque hay muchos profesionales en el mercado dispuestos a prestar estos servicios? ¿suprimimos los institutos especializados de investigación y alta tecnología o los laboratorios de análisis de productos para el consumo humano...? ¿dónde se pone el hito en relación con las obras? ¿aventamos hasta la última brigada de obreros de que dispongan los Ayuntamientos? ¿dónde nos paramos cuando se trata de la atención a las grandes e idénticas necesidades colectivas en una sociedad de desiguales? Obsérvese que todas las citadas (y otras que podrían venir a cuento) son actividades perfectamente atendibles por los particulares al hallarse fuera de lo que la doctrina clásica francesa llamó “funciones” asociadas a la soberanía.

Se verá que tan disparatado es entronizar con beatería al mercado como a un servicio público ajeno a sus reglas, tan absurdo es adorar a una Administración avasalladora y tentacular como a una Administración macilenta, porque todo ello, mercado, libertad, servicio, Administración fuerte, son componentes imprescindibles de una única organización social que, por lo mismo, han de convivir en adecuada armonía y mutuo aliento. Lo contrario es dogmatismo de converso a una nueva revelación y de los dogmáticos, como de las Academias y de las epidemias, ¡líbranos, Señor!