

Introducción

El presente trabajo, que tiene su origen en nuestra participación en el Seminario de la Fundación Democracia y Gobierno local sobre las consecuencias jurídicas de la polémica sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) de 19 de abril de 2007, asunto TRAGSA-ASEMFO, tiene por objeto el estudio de los medios propios o servicios técnicos de la Administración en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP). Pues, a nuestro juicio, la LCSP en los artículos 4.1.n) y 24.6 ha positivizado la jurisprudencia del caso TRAGSA con carácter general al delimitar los negocios domésticos excluidos de su ámbito de aplicación.

Asimismo, nos proponemos analizar la incidencia de la LCSP en el ámbito local, esto es, la noción de medio propio o servicio técnico en el marco de los modos de gestión de los servicios públicos locales. Y ello porque, por una parte, la concesión de servicios públicos, institución jurídica de larga tradición en nuestro ordenamiento y en los demás con regímenes de Derecho Administrativo de inspiración continental o francesa, siempre ha quedado excluida de la normativa comunitaria de la contratación pública, lo que ha provocado dificultades a la hora de averiguar en qué medida les afecta el Derecho comunitario; y por otra parte, porque la disposición final primera de la LCSP ha modificado el artículo 85.2.A de la LBRL, dedicado a los denominados modos directos de gestión de los servicios públicos, en su apartado d), "Sociedad mercantil local". Por consiguiente, se trata de examinar la conformidad con el Derecho comunitario de las formas directas de gestión de los servicios públicos locales, en particular entre las fórmulas sujetas a Derecho privado, la sociedad mercantil pública participada por una o varias administraciones públicas, así como los medios propios personificados de control conjunto por varias administraciones.

Respecto a las relaciones entre la Administración pública y sus entidades instrumentales, la cuestión que hay que resolver es si en este caso la adjudicación ha de someterse a los procedimientos públicos de licita-

ción. Este asunto hace referencia pues a las relaciones *ad intra*, cuestión que remite a la delimitación de la noción de medio propio o instrumental o servicio técnico de la Administración y a la definición de los límites de los impropiamente denominados “contratos”¹ domésticos o *in house providing*. El fundamento de los encargos domésticos se encuentra en la inexistencia de relación contractual entre ambos entes, en la medida en que no existe el elemento esencial del contrato, como es la libre confluencia de dos voluntades diferenciadas que persiguen la satisfacción de intereses jurídicos y económicos distintos, pues en la práctica supone que no hay contrato. Y ello se justifica entendiendo que en tales casos nos encontramos ante una fórmula de organización o gestión, al modo de la encomienda de gestión administrativa, en la que las entidades adjudicadoras utilizan medios propios, aunque dotados de personalidad jurídica propia para satisfacer sus necesidades, en lugar de acudir al mercado. Se trata de una opción de naturaleza organizativa en la que el ente instrumental no puede negarse a aceptar el encargo, ya que el reconocimiento de personalidad jurídica lo es sólo a efectos auxiliares o instrumentales, sin que en modo alguno ostenten la condición de tercero.

Este plano interno viene a completar el ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP, pues se trata de aplicar convenientemente la exclusión del Derecho comunitario de los contratos públicos, fundada en la adecuada delimitación de la noción de medio propio de la Administración. Este ámbito de las relaciones calificadas de internas o domésticas está adquiriendo una importancia creciente en todos los países de la Unión Europea, en particular por lo que se refiere a su compatibilidad con los principios generales del Derecho comunitario originario: igualdad y no-discriminación, salvaguarda de las libertades de prestación de servicios, de establecimiento, transparencia y realización efectiva del mercado único. Por lo demás, este asunto presenta perfiles propios en el ámbito local. No se nos escapa que en la

1. Se denominan impropiamente “contratos” toda vez que el fundamento de la excepción de los encargos domésticos es que cuando el negocio jurídico se celebra entre una administración y su medio propio o servicio técnico no hay contrato, pues no se celebra entre dos partes dotadas de autonomía de voluntad propia. Los medios propios o servicios técnicos constituyen una manifestación del ejercicio de la potestad organizatoria de las administraciones públicas. Por ello, el fundamento del medio propio o servicio técnico es el de realizar, en calidad de servicio instrumental, los encargos que la Administración le encomiende, careciendo de capacidad decisoria propia, al estar dominado por la Administración.

mayoría de las sentencias del TJCE sobre los negocios *in house* están implicados entes locales en uso de los diferentes modos de gestión de sus actividades y servicios, así como de fórmulas de relación interadministrativa entre municipios, que es preciso abordar.

En otro orden de cosas, la delimitación de la noción de medio propio o servicio técnico de la Administración subraya en nuestra opinión la necesidad de elaborar con rigor desde el plano doctrinal el concepto de ente o entidad instrumental que hasta ahora se ha manejado con total falta de precisión.² En efecto, entiendo que se trata de un concepto que conlleva consecuencias jurídicas muy precisas desde el ámbito de la contratación, del patrimonio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, entre otros. Baste apuntar ahora que la relación que media entre la Administración territorial matriz y su ente instrumental se caracteriza por tratarse de una relación de subordinación, tiene como esencial la dependencia, por lo que sería una contradicción admitir que pueda existir una relación jurídica en la que la matriz y la instrumental ocupen posiciones de igual rango, premisa que define el negocio convencional o contractual. Por consiguiente, entre la matriz y la instrumental sólo caben relaciones de subordinación a través de la potestad de dirección, como forma de articular el cumplimiento de los fines de la matriz a través de la instrumental.

2. Sin embargo, en el plano del Derecho positivo se trata de un concepto jurídico que se está acuñando en nuestro ordenamiento. Baste citar, como ejemplo, el artículo 158 de la Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía, que bajo la rúbrica "Entes instrumentales" dispone:

"La comunidad autónoma podrá constituir empresas públicas y otros entes instrumentales, con personalidad jurídica propia, para la ejecución de funciones de su competencia."

Asimismo, la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, dedica el título III a las "Entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía". No obstante, no se establecen las consecuencias jurídicas precisas que en todos los planos se derivan de dicha instrumentalidad. Ésta es una labor cuya construcción corresponde enfrentar a la doctrina administrativista. Véase en este sentido el trabajo pionero de ORTIZ MALLOL, J. "La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración pública: algunas notas", RAP, 163, 2004, p. 245-278.

