

Análisis de las novedades en el ámbito de aplicación de la normativa contractual

Silvia Díez Sastre

RESUMEN

El Derecho de la contratación pública está experimentando un proceso progresivo de europeización en las últimas décadas. Uno de los cambios más relevantes que se ha introducido en los Derechos nacionales es la redefinición del ámbito de aplicación de estas normas, tanto desde un punto de vista subjetivo como objetivo. En concreto, la nueva Directiva 2014/24/UE contribuye a perfilar el ámbito subjetivo de aplicación de las reglas europeas de contratación pública. Además, introduce importantes novedades en torno a las exclusiones de su ámbito objetivo de aplicación, bien por considerar que hay actuaciones al margen de la contratación pública o por entender que hay contratos públicos que deben excluirse de las exigencias europeas. Este trabajo contribuye al análisis de esta nueva normativa teniendo en cuenta la jurisprudencia europea y nacional sobre la materia.

ABSTRACT

Public Procurement Law has experienced an ongoing Europeanisation process in the last decades. The redefinition of the objective and subjective scope of application of the Public Procurement Directives has represented one of the main changes undergone by national legal systems. The new Directive 2014/24 nuances the provisions on the subjective scope of application of European public procurement regulations. It also includes new rules regarding the objective scope of application. Accordingly, it provides for cases outside

the scope of application as well as for exceptions thereof. This study proposes an analysis of these new rules considering the European and national case law issued on this matter.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO INICIAL. II. LA EVOLUCIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS PÚBLICOS. III. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS PÚBLICOS. 1. Concepto de poder adjudicador. 2. La definición de «organismo de Derecho público». A. Necesidades de interés general. B. Personalidad jurídica propia. C. Influencia dominante de un poder adjudicador. a) Financiación mayoritaria de un poder adjudicador. b) Control de la gestión por un poder adjudicador. 3. El concepto de operador económico. IV. EL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS PÚBLICOS. 1. La expansión del concepto de contrato público y el Derecho de la organización administrativa. 2. Las exclusiones del ámbito de aplicación: contratos y colaboración público-pública. A. Capacidad de autoorganización de la Administración: los medios propios. a) Adjudicación descendente. b) Adjudicación ascendente y horizontal. c) Encargos a medios propios y encomienda de gestión. B. Relaciones intersubjetivas. a) Relaciones horizontales o no institucionalizadas. b) Relaciones verticales o institucionalizadas. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO INICIAL

En las últimas décadas el derecho de los contratos públicos ha estado sometido a un intenso proceso de europeización. Tanto la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea (en adelante, TJUE) como la regulación contenida principalmente en las Directivas de contratación han contribuido a crear un nuevo derecho de los contratos públicos que, en muchos casos, se superpone a las tradiciones nacionales que todavía subsisten en esta materia. *Una de las herramientas fundamentales para transformar este sector del Derecho administrativo ha sido la redefinición de su ámbito de aplicación.* La extensión de los sujetos que deben someterse a las reglas europeas, así como la redefinición de las relaciones jurídicas que conducen a la celebración de un contrato público sujeto a las Directivas, han convertido al derecho de los contratos públicos en un eje fundamental para determinar la posición de los poderes públicos como demandantes de obras, servicios y suministros en el mercado.

En la evolución de las normas europeas de contratos públicos hay un claro interés en trazar una línea divisoria entre el sector público y el mercado. Con esa

finalidad, *qué es lo público se define por oposición al mercado*¹. Algunos ejemplos que muestran el afianzamiento de esta tendencia son los siguientes: a) el interés general se define por oposición al mercantil e industrial; b) el ánimo de lucro se vincula a la actividad de operadores privados, mientras que el sector público se define por la inexistencia de ánimo de lucro; c) la onerosidad se concibe como un elemento típico de las relaciones en el mercado, frente a las relaciones jurídico-públicas; d) por último, se habla de contrato para referirse a un negocio jurídico típico del mercado frente a otro tipo de actuaciones, como la transferencia de competencias o los convenios de colaboración que se encuentran en el ámbito de lo público. El derecho europeo hace pivotar sus conceptos y la regulación de las relaciones jurídicas en torno a un binomio mercado-sector público. En ocasiones esta regulación puede no cohesionar bien con las legislaciones nacionales ni con la realidad del funcionamiento de los Estados y los operadores económicos privados. El resultado es el afloramiento de tensiones entre las instancias europeas y los Estados miembros.

Uno de los principales puntos de fricción se localiza en la diferenciación entre el derecho de los contratos públicos y el derecho de la organización administrativa. La legislación europea conceptúa como «contrato» cualquier relación entre la Administración y operadores económicos, pero también entre Administraciones y entidades de la propia Administración. En estos dos últimos casos, *la idea de relación contractual se opone a la de relación meramente administrativa*. De forma que cuando la relación sea contractual debe someterse a las reglas europeas de contratación pública, a no ser que concurra una exclusión prevista en estas mismas reglas. El problema radica en que, como se pone de manifiesto en este trabajo, la definición europea de relación administrativa es incompleta. Únicamente se ofrecen algunas pistas: hay relación administrativa y no contractual cuando una de las partes carece de margen de decisión para cumplir las instrucciones de la contraparte o para determinar la cuantía de su retribución².

En este contexto, a lo largo del estudio se analiza el ámbito de aplicación de las normas de contratos públicos teniendo en cuenta los principales cambios o precisiones que ha introducido la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por

.....

- 1 DíEZ SASTRE, S.: «Formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos en el mercado interior europeo», *Observatorio de los Contratos Públicos 2014* (2015), p. 62.
- 2 Considerando 34 Directiva 2014/24/UE. En este sentido, VILALTA REIXACH, M.: *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Cizur Menor, Thomson Reuters / Aranzadi, 2012, pp. 275 y ss.; DíEZ SASTRE, S.: «Formas y...», cit., p. 68.

la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, Directiva 2014/24/UE). En primer lugar, se hace un planteamiento general de la evolución del ámbito de aplicación (II); a continuación se exponen las novedades en el ámbito subjetivo de aplicación (III); seguidamente, se examinan las nuevas disposiciones en torno al ámbito objetivo de aplicación (IV). En concreto, se analiza cómo de forma progresiva *el derecho europeo de los contratos públicos va ganando terreno a las legislaciones nacionales al definir qué debe formar parte del mercado y cuál es el margen que queda a los poderes públicos para la autoorganización administrativa, las formas de gestión de los servicios públicos y de ejercicio de las competencias legalmente atribuidas.*

II. LA EVOLUCIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS PÚBLICOS

Como acaba de señalarse, el ámbito de aplicación de las normas europeas de contratos públicos se ha expandido progresivamente. En primer lugar, las sucesivas Directivas han ampliado el rango de objetos contractuales que caen bajo su ámbito de aplicación: servicios, obras, suministros y, en la actualidad, también los contratos de concesiones de servicios y de obras (Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión)³. Los umbrales económicos de los distintos contratos se han ido ajustando. Para las autoridades estatales se establecen ciertos umbrales que, sin embargo, se elevan para los poderes subcentrales (autoridades regionales y locales) que no están en las mismas condiciones para hacer frente a las complejidades derivadas de los procedimientos europeos de adjudicación de contratos públicos (art. 4 Directiva 2014/24/UE). Además, el Derecho europeo se expande a través de sus principios de contratación pública a todos los contratos que puedan tener interés para el mercado interior, con independencia de su cuantía. En ese sentido, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos, o solo parcialmente cubiertos, por las Directivas de contratación pública consolida la jurisprudencia que había elaborado el TJUE⁴. Pero con independencia de estos cambios, el factor determinante para aplicar las reglas de

.....

3 La jurisprudencia del TJUE ya había interpretado que estos contratos debían adjudicarse conforme a los principios europeos: Sentencia *Consorzio Aziende Metano (Coname) y Comune die Cingia de' Botti*, C-231/03, EU:C:2005:487.

4 Por todas, Sentencia *Telaustria Verlags GmbH y Telefonadress GmbH y Telekom Austria AG*, C- 324/98, EU:C:2000:669; Sentencia *Consorzio Aziende Metano (Coname) y Comune die Cin-*

contratos públicos es el tipo de sujeto. *Solo las entidades que pueden considerarse poder adjudicador según las Directivas deben regirse por las reglas europeas de contratos*, con independencia de su grado de sometimiento a las mismas: regulación de las Directivas o simplemente sujeción a los principios generales de la contratación pública.

Más allá de la evolución del sujeto, objeto y cuantía de los contratos públicos se han producido otros cambios relevantes. Uno de ellos es la ampliación del concepto de contrato público, que supera la distinción tradicional entre contrato administrativo y contrato privado que se había implantado en algunos Estados miembros, como España. Más adelante, se volverá sobre esta cuestión. Otro fenómeno importante ha sido *la extensión de las reglas europeas de contratos públicos a lo largo de la vida del contrato*. Los primeros pasos en esta dirección se dieron de la mano de la jurisprudencia del TJUE en materia de modificación de contratos⁵. También por la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Esta norma obligó a los Estados miembros a regular un recurso contra los contratos que incurren en ciertas causas de ineficacia. A pesar de ello, hay que tener en cuenta que el art. 1 Directiva 2014/24/UE, relativo a su objeto y ámbito de aplicación, establece que la Directiva regula los procedimientos de contratación por poderes adjudicadores con respecto a contratos públicos y concursos de proyectos por encima de ciertos umbrales. La finalidad fundamental sigue siendo garantizar la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa. Además, los títulos competenciales y las finalidades fundamentales perseguidas por las Directivas siguen siendo las mismas: garantizar el buen funcionamiento del Mercado Interior.

Por último, hay que añadir una breve reflexión sobre las distintas perspectivas de interpretación del Derecho de los contratos públicos, que están contribuyendo a su evolución en distintas direcciones. A nivel regulatorio, académico y judicial *se extiende la idea de que el Derecho de los contratos públicos ha de interpretarse de manera procompetitiva*, esto es, promoviendo la mayor competencia

.....

gia de Botti, C-231/03, EU:C:2005:487; Sentencia *Parking Brixen GmbH y Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG*, C-458/03, EU:C:2005:605.

- 5 Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y CAS Succhi di Frutta SpA*, C-496/99, EU:C:2004:236; Sentencia *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH y Republik Österreich*, C-454/06, EU:C:2008:351; Sentencia *Wall AG c. Municipio de Fráncfort del Meno*, C-91/08, EU:C:2010:182.

posible en el mercado, dentro de los márgenes que ofrece la legislación europea⁶. Parece asumirse la mayor eficacia económica del mercado en la prestación de bienes y servicios –aunque los estudios científicos al respecto no corroboren necesariamente esas tesis⁷–. Esta visión procompetitiva se enfrenta a una visión de la contratación pública como política pública. La previsión de cláusulas sociales o medioambientales en la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios (en adelante, Directiva 2004/18/CE) permitió vislumbrar una tendencia que va a más allá de los criterios economicistas que se habían atribuido tradicionalmente a las Directivas⁸. El futuro del Derecho de los contratos públicos parece pasar necesariamente por la búsqueda del equilibrio entre estas dos tendencias.

III. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS PÚBLICOS

La aplicación del derecho de los contratos públicos tiene como presupuesto fundamental la identificación de las entidades que están sometidas a sus normas. Por esta razón, la jurisprudencia y la legislación europeas han dedicado un importante esfuerzo a la delimitación del concepto de poder adjudicador. Este concepto determina la sujeción a los mandatos de las Directivas (art. 1.1 Directiva 2014/24/UE) e incluso a los principios de la contratación pública, en el caso de los contratos que no han sido objeto de armonización⁹. Por su parte, el legislador español ha tratado de adaptarse a las exigencias europeas desde la aprobación de

- 6 Por todos, SÁNCHEZ GRAELLS, A.: *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, Oregon (2011), p. 15, y «Competition and the Public Buyer Towards a More Competition-oriented Procurement: The Principle of Competition Embedded in EC Public Procurement Directives», Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1928724>, (2009), p. 4; y ESTEVAN DE QUESADA, C.: «Competition and Transparency in public procurement markets», *Public Procurement Law Review*, 5, (2014), p. 231.
- 7 Por todos, BEL I QUERALT, G. / ESTRUCH MANJÓN, A.: «La gestión de los servicios públicos locales: ¿por qué se privatizan los servicios públicos locales y qué efectos tiene la privatización?», *Anuario de Derecho Municipal*, 5 (2012), pp. 193-205.
- 8 GIMENO FELIÚ, J.M^a.: «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», *Revista de Administración Pública*, 176 (2008), p. 10.
- 9 Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos, o solo parcialmente cubiertos, por las Directivas de contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006).

la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público¹⁰, redefiniendo su ámbito de aplicación (art. 3). En la actualidad se regula en el Real Decreto 3/2001, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP)¹¹. De hecho, ha ampliado el ámbito subjetivo de aplicación de las normas de contratos públicos a todos los entes del sector público, lo que supone ir más allá del concepto de poder adjudicador establecido en las normas europeas¹². *La aprobación de la Directiva 2014/24/UE no ha introducido ningún cambio relevante en los conceptos empleados en relación con el ámbito subjetivo de aplicación de las normas de contratos*. Simplemente ha introducido algunas precisiones y aclaraciones que, en su mayoría, suponen la consagración normativa de los criterios que el TJUE había elaborado a través de su jurisprudencia. A continuación se exponen y analizan brevemente.

1. CONCEPTO DE PODER ADJUDICADOR

El concepto de poder adjudicador establecido en las sucesivas Directivas de contratos ha sido objeto de una interpretación funcional impuesta por el TJUE para garantizar el efecto útil del derecho europeo¹³. De acuerdo con esta perspectiva, *los sujetos que deben aplicar las reglas de adjudicación de contratos públicos no se definen por su naturaleza jurídica, sino por las actividades que realizan y por sus vínculos con el interés general*¹⁴. El concepto funcional de poder adjudicador ha determinado el sometimiento a las reglas de contratación pública de sujetos que previamente contrataban libremente en el mercado conforme a los derechos nacionales. Una de las consecuencias de este cambio ha sido la redefinición del concepto de Administración pública en el ordenamiento de los Estados miembros. Como se ha visto anteriormente, lo público se identifica ahora en oposición al mercado. En la medida en que una entidad esté estrechamente vinculada con el poder público, independientemente de su forma jurídica, pública o priva-

.....

10 Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-18874>.

11 Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-17887>.

12 Al respecto, CHINCHILLA MARÍN, C.: «La nueva ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas», *Revista Vasca de Administración Pública*, 79 (2007), pp. 47 y ss.

13 Sentencia *Gebroeders Beentjes BV y Estado de los Países Bajos*, C-31/87, EU:C:1988:422. DÍEZ SASTRE, S.: *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 37.

14 Con respecto al carácter funcional del concepto de poder adjudicador, *ex multis*: Sentencia *Universale Bau AG y Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, C-470/99, EU:C:2002:746; Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y Reino de España*, C-214/00, EU:C:2003:276.

da, se considera parte de la Administración a efectos de aplicar las reglas de contratos públicos. Se entiende que su intervención en el mercado puede producir distorsiones, ya que su conducta no está regida por criterios de mercado. En la legislación española el impacto de esta interpretación funcional del concepto de Administración se muestra de forma muy evidente en la denominación de los textos legales. Ya no se hace referencia a la Administración, sino al sector público. Basten como ejemplo el propio TRLCSP o la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP)¹⁵.

La aprobación de la Directiva 2014/24/UE no ha introducido ningún cambio en esta aproximación. Como afirma el Considerando 10 de la Directiva 2014/24/UE, la nueva regulación no modifica el ámbito subjetivo de aplicación con respecto a la Directiva 2014/18/UE. *Se mantienen las definiciones tal y como se habían interpretado por el TJUE y se incorporan las aclaraciones fijadas a través de su jurisprudencia.* No obstante, se introducen algunas precisiones en la dicción literal de la Directiva. Así, en la definición de poder adjudicador, la Directiva 2004/18/CE se refería al «Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o dichos organismos de Derecho público» (art. 1.2.9). Mientras que el art. 2.1.1 Directiva 2014/24/UE habla de «autoridades regionales o locales» donde antes se refería a «entes territoriales». Más allá de las precisiones terminológicas, el concepto más problemático de la definición de poder adjudicador ha sido habitualmente el de «organismo de Derecho público». Por esa razón, las principales novedades en la regulación del ámbito subjetivo de aplicación se centran en aclarar este concepto, que ha de interpretarse en clave europea y no nacional. La Directiva 2014/24/UE, sin embargo, no introduce ninguna innovación. Se limita a positivizar los criterios que ya había aplicado y establecido el TJUE a través de su jurisprudencia. La Directiva contiene, además, un listado en el Anexo I con los poderes adjudicadores de cada Estado miembro. La Comisión es competente para modificar este listado (art. 6.7 Directiva 2014/24/UE), al que en ningún caso se le puede atribuir carácter exhaustivo¹⁶.

2. LA DEFINICIÓN DE «ORGANISMO DE DERECHO PÚBLICO»

La Directiva 2014/24/UE (art. 2.4) mantiene la misma definición de organismo de Derecho público, que contenía la Directiva 2014/18/UE (1.2.9, 2º párrafo). No obstante, introduce algunas precisiones. Señala que el organismo debe re-

.....

15 Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10566.

16 Sentencia *Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH*, C-373/00, EU:C:2003:110.

unir todas las características siguientes que tienen, por tanto, carácter acumulativo:

- a) Haber sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial.
- b) Estar dotado de personalidad jurídica propia –en la Directiva 2004/18/CE solo se decía «personalidad jurídica»–.
- c) Estar financiado mayoritariamente por un poder adjudicador (el Estado, las autoridades regionales o locales, otros organismos de derecho público o agrupaciones de los mismos); o que la gestión esté supervisado por él; o tener un órgano de administración, dirección o supervisión en el que más de la mitad de miembros sean nombrados por un poder adjudicador. Con respecto a este requisito, hay que tener en cuenta que la Directiva 2004/18/CE señalaba que «la actividad de la entidad» debía estar financiada por un poder adjudicador y ahora se refiere a la entidad en sí. También se hacía referencia a entes territoriales, en lugar de autoridades regionales o locales. Se aludía a la existencia de «control» de la gestión, en lugar de «supervisión» sobre ella. Y se hablaba de órgano de vigilancia en lugar de órgano de supervisión.

Las novedades introducidas aluden a matices terminológicos y no alteran la interpretación que ya se hacía de estos requisitos. La dificultad que planteaba su aplicación práctica se ha sumado a la manifestación de una cierta resistencia por parte de los Estados miembros a ampliar el ámbito subjetivo de las normas de contratos públicos. Por esa razón, en numerosos supuestos se han planteado cuestiones prejudiciales orientadas a clarificar su aplicación en casos concretos, así como recursos de incumplimiento promovidos por la Comisión. *El TJUE ha establecido de este modo una consolidada doctrina sobre la interpretación de cada uno de estos requisitos. A continuación se hace un repaso de los principales criterios de interpretación, introduciendo algunas aclaraciones contenidas en la Directiva 2014/24/UE.*

A. Necesidades de interés general

La interpretación del requisito relativo a que la entidad haya sido creada para satisfacer «necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial» ha creado numerosos problemas a nivel europeo. *En España se interpretó, en principio, que, cuando una entidad realiza actividad mercantil, queda excluida del concepto de organismo de derecho público, con independencia de que también lleve a cabo actividades de interés general*¹⁷. Es más, se llegó a estable-

.....

17 Sentencia Comisión de las Comunidades Europeas y Reino de España, C-283/00, EU:C:2003:544.

cer la presunción de que una sociedad mercantil ejercía actividad de interés general de carácter mercantil e industrial y, por tanto, no cumplía este requisito de los organismos de derecho público¹⁸. El TJUE ha establecido una interpretación opuesta que impide que la caracterización de una entidad como de derecho privado en el ordenamiento jurídico nacional obstaculice la aplicación de las normas europeas. El concepto de organismo de derecho público ha de interpretarse en clave funcional¹⁹.

La *realización de actividades de interés general* –por ejemplo, mediante el cumplimiento de obligaciones de servicio público–, supone el cumplimiento del primer requisito de los organismos de derecho público, aunque la actividad tenga vertientes mercantiles e industriales. Es más, si la entidad lleva a cabo de forma simultánea actividades de interés general y otras actividades de carácter mercantil e industrial, y las primeras representan una parte menor de su actividad, se produce una *vis atractiva* por parte de las actividades de interés general a efectos del cumplimiento de la Directiva. Da igual que las actividades de interés general representen una «parte relativamente poco importante» de su actividad²⁰. De modo que cuando una entidad presta servicios públicos o tiene que cumplir obligaciones de servicio público hay que entender que se da el primer requisito establecido en la Directiva para los organismos de derecho público²¹.

Además, para valorar cuándo se está ante una actividad de interés general que no tiene carácter mercantil o industrial, el TJUE invita a *analizar las circunstancias de creación de la entidad y las condiciones en las que ejerce su actividad*²². En este sentido, la Directiva contribuye a precisar el concepto mediante una serie de indicios que configuran una suerte de definición en negativo, que ya habían aparecido en la jurisprudencia del Tribunal. El Considerando 10 de la Directiva 2014/24/UE menciona varios criterios que, de concurrir, determinan que el órgano no se someta a la normativa de contratos públicos. Esos

.....

18 Al respecto, de forma crítica, GIMENO FELIÚ, J.M^a: «El nuevo...», cit, p. 21.

19 Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y Reino de España*, C-283/00, EU:C:2003:544.

20 Sentencia *Mannesmann Anlagenbau Austria AG y Strohal Rotationsdruck GesmbH*, C-44/96, EU:C:1998:4; Sentencia *Gemeente Arnhem y Gemeente Rheden y BFI Holding BV*, C-360/96, EU:C:1998:525; Sentencia *Universale-Bau AG y otros y Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, C-470/99, EU:C:2002:746; Sentencia *Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH*, C-373/00, EU:C:2003:110; Sentencia *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen y otros y Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa y otros*, C-18/01, EU:C:2003:300.

21 GIMENO FELIÚ, J.M^a: «El nuevo...», cit, p. 22.

22 Sentencia *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen y otros y Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa y otros*, C-18/01, EU:C:2003:300.

requisitos, que parece que deben concurrir de forma cumulativa, son los siguientes:

- a) Que la entidad opere en condiciones normales de mercado.
- b) Que tenga ánimo de lucro.
- c) Y que soporte las pérdidas que pueda sufrir con ocasión del ejercicio de su actividad.

Si se cumplen esas condiciones, se establece una presunción de que la entidad satisface necesidades de carácter mercantil e industrial y, por tanto, no es un organismo de derecho público. Solo con ese tipo de finalidad tiene sentido que una entidad creada en el ámbito del sector público o vinculada con el mismo sufra los avatares del mercado como cualquier otro operador económico. Con esta precisión el legislador europeo introduce un criterio más en la identificación de los organismos de derecho público. *Si se opera en condiciones de mercado, hay que presumir que la entidad queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva.* Ahora bien, hay que señalar que la jurisprudencia europea había afirmado que, cuando se lleva a cabo una actividad de interés general, aunque se haga en competencia en el mercado, se entiende cumplido el primer requisito de los organismos de derecho público²³. Pero la realización de la actividad en competencia ya se consideraba un indicio de que la actividad es de carácter mercantil o industrial²⁴. Hay que combinar, por tanto, estos criterios, y dar prioridad al cumplimiento de los requisitos expresados en el art. 2.4 Directiva 2014/24/UE.

En cualquier caso, la lógica de esta exclusión del concepto de organismo de derecho público se explica por el interés de las autoridades europeas en el funcionamiento del mercado. *Si una entidad opera en el mercado sin privilegios ni beneficios derivados del sector público, se presume que va a guiar su actuación por criterios de mercado.* Esto significa que, al adjudicar sus contratos, vaya a hacerlo con criterios objetivos y económicos, porque de otro modo no podrá subsistir²⁵. Esa es la razón por la que las entidades del sector público que operan como uno más en el mercado no constituyen un problema desde la perspectiva de los contratos públicos, aunque sí podrán plantear, en su caso, otros problemas desde el punto de vista del derecho de la competencia.

.....

23 Sentencia *Gemeente Arnhem y Gemeente Rheden y BFI Holding BV*, C-360/96, EU:C:1998:525; Sentencia *Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH*, C-373/00, EU:C:2003:110.

24 Sentencia *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen y otros y Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa y otros*, C-18/01, EU:C:2003:300.

25 Sentencia *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen y otros y Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa y otros*, C-18/01, EU:C:2003:300.

B. Personalidad jurídica propia

En relación con el requisito de la personalidad jurídica, la jurisprudencia lleva a cabo una interpretación funcional y amplia²⁶. Para el derecho europeo no es relevante el tipo de personalidad jurídica, pública o privada. En ambos casos se considera satisfecho el requisito de la Directiva. Por esa razón, es indiferente, por ejemplo, que una entidad tenga la forma de sociedad mercantil; si cumple los demás requisitos establecidos para los organismos de derecho público, ha de someterse a las Directivas. Como se ha apuntado más arriba, en España se produjo cierta resistencia a esta interpretación, ya que se entendía que las entidades jurídico-privadas no estaban dentro del ámbito de aplicación de las normas de contratos públicos. Sin embargo, la condena del TJUE por incumplimiento obligó a un ajuste en la línea del derecho europeo que se produjo a través de la redefinición del ámbito de aplicación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público²⁷.

C. Influencia dominante de un poder adjudicador

El último de los requisitos que ha de cumplir un organismo de derecho público es estar sometido al control de un poder adjudicador. Debe existir una dependencia estrecha de Estado, las autoridades regionales o locales u otros organismos de derecho público²⁸. Ese control puede tener carácter financiero, cuando el ente está financiado mayoritariamente por un poder adjudicador; puede referirse a la capacidad de control de la gestión de la entidad o de los órganos de administración, dirección o supervisión. A continuación se analizan las dos primeras modalidades de control, que han exigido un mayor esfuerzo interpretativo por la jurisprudencia.

a) *Financiación mayoritaria de un poder adjudicador*

La jurisprudencia del TJUE se ha pronunciado específicamente sobre la interpretación de este requisito, en concreto, qué debe entenderse por «mayoritaria» y qué debe considerarse «financiación de un poder adjudicador». Así, al analizar el posible carácter de organismo de Derecho público de la Universidad de Cam-

.....

26 Sentencia *Mannesmann Anlagenbau Austria AG y Strohal Rotationsdruck GesmbH*, C-44/96, EU:C:1998:4; Sentencia *Gemeente Arnhem y Gemeente Rheden y BFI Holding BV*, C-360/96, EU:C:1998:525.

27 Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y Reino de España*, C-214/00, EU:C:2003:276.

28 Sentencia *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen y otros y Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa y otros*, C-18/01, EU:C:2003:300.

bridge, señala que formarían parte de esta financiación las becas y subvenciones concedidas por poderes adjudicadores para llevar a cabo tareas investigadoras o para cubrir los gastos académicos de ciertos estudiantes. Sin embargo, los pagos por la ejecución de contratos de servicios o por la realización de colaboraciones no formarían parte de la financiación que determina el control por un poder adjudicador. Además, señala que la referencia a «en su mayor parte» debe interpretarse como más de la mitad. *Para calcular esa proporción hay que atender a todos los ingresos del organismo analizado*, aunque resulten de una actividad de tipo mercantil²⁹. En un pronunciamiento posterior, el Tribunal consideró, además, que el cobro de un canon a los consumidores forma parte de la financiación pública de una empresa, si su imposición se realiza por el Estado³⁰. De modo que la financiación relevante para analizar el control de un poder adjudicador puede incluir pagos procedentes de los usuarios que sean impuestos, calculados y recaudados conforme a las normas de derecho público.

A la luz de esta jurisprudencia, el Considerando 10 de la Directiva 2014/24/UE *in fine*, precisa que la remisión a «en su mayor parte» se refiere a más de la mitad de la financiación. En España, la inexistencia de financiación mayoritaria por un poder adjudicador se ha constatado, por ejemplo, en el caso de las juntas de compensación urbanísticas. En la medida en que la financiación procede de los propietarios privados, se entiende que no se cumple este requisito, ni ninguno vinculado al control, de modo que no tienen el carácter de poder adjudicador³¹.

b) *Control de la gestión por un poder adjudicador*

La segunda de las circunstancias que puede determinar la existencia de influencia por un poder adjudicador se refiere al control de la gestión del organismo. Esta condición se satisface cuando un poder adjudicador tiene el control final en la toma de decisiones de la entidad. No basta con la existencia de un control *a posteriori* de la actividad realizada por el organismo. *El poder adjudicador debe poder influir en la toma de decisiones*. Ahora bien, se entiende que existe esa influencia cuando el poder público controla la gestión corriente con criterios de legalidad, eficiencia, rentabilidad o racionalidad, así como cuando los poderes

.....

29 Sentencia *The Queen c. H.M. Treasury –ex parte: the University of Cambridge*, C-380-98, EU:C:2000:529.

30 Sentencia *Bayerischer Rundfunk y otros y Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, C-337/06, EU:C:2007:786.

31 Informe 44/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

adjudicadores pueden visitar los locales e instalaciones del organismo e informar de los resultados de sus controles a la entidad territorial que posee el capital de dicha entidad³².

3. EL CONCEPTO DE OPERADOR ECONÓMICO

Junto a los conceptos de poder adjudicador y de organismo de derecho público, es relevante tener en cuenta la precisión del concepto de «operador económico». El derecho de los contratos públicos europeos tiene como finalidad fundamental ordenar la adjudicación de los contratos por poderes adjudicadores a operadores económicos que actúan en el Mercado Interior. *La definición de qué es un operador económico es determinante, por tanto, para definir a las partes de la relación jurídica establecida a través de los contratos públicos.* De ese modo, puede profundizarse, además, en la naturaleza jurídica de la relación contractual, que es crucial para identificar los supuestos de exclusión del ámbito objetivo de aplicación de la normativa de contratos públicos que se examinan más adelante.

La Directiva 2004/18/CE (art. 1.2.8, 2º párrafo) no fijó una definición de operador económico. Únicamente precisaba que operador económico era un concepto que simplificaba el texto y que podía referirse al contratista, proveedor o prestador de servicios. A su vez, un contratista, proveedor o prestador de servicios era una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de las mismas que ofrece la realización de obras, servicios o suministros. El art. 2.1.10 Directiva 2014/24/UE sí que *establece, sin embargo, una definición específica para el concepto de operador económico*: «una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas, las entidades públicas, o a las agrupaciones de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezcan en el mercado la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios». Se trata de la misma definición que se establecía previamente para los contratistas, proveedores o prestadores de servicios.

Lo relevante a los efectos que aquí interesan es que *tanto personas privadas como entidades públicas pueden ser consideradas operadores económicos* y, por tanto, parte de un procedimiento de adjudicación de un contrato público y, en su caso, adjudicatarios del mismo. Un contrato podrá ser así, de carácter público-privado (en la mayoría de los casos) o público-público (en los supuestos en que se verá más adelante al tratar el ámbito objetivo de aplicación de las normas de contratos públicos). Lo que importa es que el poder adjudicador contrate con

.....

32 Sentencia *Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH*, C-373/00, EU:C:2003:110.

una persona jurídica distinta, que podrá tener naturaleza jurídico-pública o jurídico-privada³³. En este sentido, hay que precisar que el concepto de operador económico no exige que la finalidad principal de la entidad sea la obtención de lucro, como sucede con las universidades o los centros de investigación³⁴.

IV. EL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS PÚBLICOS

1. LA EXPANSIÓN DEL CONCEPTO DE CONTRATO PÚBLICO Y EL DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

La Directiva 2014/24/UE contiene distintas alusiones al concepto de contrato público. En la definición que ofrece en el art. 2.1.5 se dan algunas claves: son contratos públicos «los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios». El concepto de contrato público está compuesto, así, de varios elementos:

- a) Un elemento subjetivo: el contrato debe estar celebrado por uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos. Esas entidades deben estar jurídicamente diferenciadas y ser independientes entre sí a la hora de tomar decisiones³⁵. Además, deben tener libertad para decidir si quieren aceptar o no el vínculo contractual³⁶.
- b) Un elemento objetivo: el contrato debe tener algunos de los tres objetos regulados por el derecho europeo: obras, suministro o prestación de servicios.
- c) Un elemento teleológico: el carácter oneroso del contrato. Los contratos realizados de forma gratuita no son relevantes para las normas europeas y

33 Al respecto, Sentencia *Teckal Srl y Comune di Viano y otro*, C-107/98, U:C:1999:562.

34 Sentencia *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CONISMA) / Regione Marche*, C-305/08, EU:C:2009:807; Sentencia *Azienda Sanitaria Local di Lecce y Università del Salento y Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*, C-159/11, EU:C:2012:817; Sentencia *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze y Data Medical Service Srl*, EU:C:2014:2466. VILALTA REIXACH, M.: «Los llamados contratos de auto-provisión (o 'contratos *in-house providing*')», Mariano Yzquierdo Tolsada (dir.), *Tratado de Contratos*, Tomo XIV, Aranzadi, Cizur Menor, (2014), p. 973.

35 Sentencia *Teckal Srl y Comune di Viano y otro*, C-107/98, U:C:1999:562.

36 Sentencia *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/Transformación Agraria SA (Tragsa) y Administración del Estado*, C-295/05, EU:C:2007:227; y Sentencia *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia y Administración General del Estado*, C-220/06, EU:C:2007:815.

no se consideran contratos públicos. Ahora bien, eso no implica que las partes involucradas en el contrato tengan necesariamente ánimo de lucro. Puede existir un contrato público en el que el operador económico no tenga ánimo de lucro³⁷. De hecho, no se exige que el contratista obtenga necesariamente un beneficio económico, basta con que el poder adjudicador sí lo haga³⁸. De modo que es posible que la contraprestación de un contrato consista únicamente en el reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado³⁹.

d) Un criterio formal: el contrato debe formalizarse necesariamente por escrito. No caben los contratos públicos que no se hayan formalizado por este medio.

e) La finalidad del contrato, esto es, que sirva o no a un fin público, no es relevante para definir qué es un contrato público. La propia Directiva 2014/24/UE lo señala expresamente en su art. 1.2.

La concurrencia de los elementos descritos determina la existencia de un contrato público. Cuando se está ante relaciones público-privadas no suele haber problemas para aplicarlos, sin perjuicio de algunos casos excepcionales (como los convenios de colaboración con entidades sin ánimo de lucro, por ejemplo). En esos casos se atiende a un concepto de contrato tendencialmente compatible con las tradiciones nacionales de los Estados miembros. Sin embargo, cuando se trata de relaciones público-públicas surgen numerosos problemas. *El concepto de contrato público utilizado por el derecho europeo se ha expandido de tal manera que penetra en ámbitos de los derechos nacionales que no se explicaban en clave contractual*. De acuerdo con el Considerando 31 de la Directiva 2014/24/UE, el hecho de que las dos partes de una relación jurídica sean poderes públicos no excluye automáticamente la aplicación de las reglas de contratos públicos. La jurisprudencia del TJUE ya había consolidado este criterio, así como otros instrumentos europeos de *soft law*⁴⁰. Sin embargo, es lógico que se deje un margen

.....

37 VILALTA REIXACH, M.: «Los llamados...», cit., p. 975. Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y República Italiana*, C-119/06, EU:C:2007:729; Sentencia *Azienda Sanitaria Local di Lecce y Università del Salento y Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*, C-159/11, EU:C:2012:817.

38 Sentencia *Helmut Müller GbmH y Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, C-451/08, EU:C:2010:168.

39 Sentencia *Azienda Sanitaria Local di Lecce y Università del Salento y Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*, C-159/11, EU:C:2012:817.

40 Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y Reino de España*, C-84/03, EU:C:2005:14; y *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa*

amplio para la articulación de relaciones administrativas y para el ejercicio de la potestad de autoorganización de las Administraciones de los Estados miembros. Se produce, de este modo, un punto de contacto claro entre el derecho de los contratos públicos y el derecho de la organización administrativa.

En la práctica, una de las consecuencias de la ampliación del concepto de contrato público es que el derecho europeo empuja indirectamente al mercado a las Administraciones nacionales. En la medida en que extiende el concepto de contrato a las fórmulas de organización interna de la Administración y somete a estas últimas a un severo test de compatibilidad con el mercado interior, *la Administración solo puede dejar los contratos «en casa» cuando se cumplan las exigencias que al efecto establece el derecho europeo*. En el resto de casos, está obligada a acudir al mercado. Esta conclusión se ve reforzada, además, por el hecho de que las excepciones a la aplicación del derecho de los contratos públicos se hayan construido en origen a través de la jurisprudencia del TJUE. La determinación *ad casum* y, por definición, incompleta, de estas excepciones, han generado la suficiente inseguridad jurídica como para constituir un incentivo para acudir al mercado y evitar posibles violaciones del derecho de la UE. El propio legislador europeo reconoce esa situación de inseguridad jurídica y los problemas derivados de las divergencias en la interpretación de la jurisprudencia del TJUE, tanto por los Estados miembros como por los distintos poderes adjudicadores⁴¹. Estos factores se suman, además, al auge de visiones procompetitivas de la contratación pública que consideran que una prestación de servicios por el mercado es más eficiente que la llevada a cabo en el seno de la Administración.

Para paliar los efectos negativos derivados de la expansión del concepto de contrato público a las relaciones público-públicas, *la Directiva 2014/24/UE ha ampliado las exclusiones de su ámbito de aplicación para este tipo de supuestos de contratos y colaboración público-pública*. Asimismo ha densificado la regulación que ya existía o que se había definido progresivamente por la jurisprudencia del TJUE en este tipo de situaciones. El problema fundamental radica en que la nueva regulación no establece un criterio claro sobre qué define una relación de tipo contractual, más allá de los requisitos señalados de tipo subjetivo, objetivo, teleológico y formal que se han apuntado⁴². Y, como se argumentará a

.....

de contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores, de 4 de octubre de 2011, [SEC(2011) 1169 final], p. 3.

41 DÍEZ SASTRE, S.: «Formas y...», cit., p. 69. Considerando 31 Directiva 2014/24/UE; Considerando. 45 Directiva 2014/23/UE; Considerando. 38 Directiva 2014/25/UE.

42 Al respecto, el análisis en detalle de la evolución del concepto de contrato público en las diferentes Directivas europeas en SANTIAGO IGLESIAS, D.: «Las relaciones de colaboración

continuación, la clave no está en el objeto de la prestación a realizar en común, sino en la concurrencia de una serie de circunstancias que, en última instancia, sitúan la barrera que separa las actuaciones de interés público de las actividades de mercado.

2. LAS EXCLUSIONES DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN: CONTRATOS Y COLABORACIÓN PÚBLICO-PÚBLICA

Una parte importante de las novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE se refiere a las exclusiones de su ámbito de aplicación. De todas las exclusiones que prevé la Directiva, ahora importan las nuevas exclusiones que no se refieren al objeto del contrato (servicios, suministros, obras, concesiones) o al ámbito en el que se desarrollan –por ejemplo, la organización de los sistemas de seguridad social (art. 1.5 Directiva 2014/24/UE)–, sino que se apoyan en que *no hay contrato público o que, habiéndolo, se está dentro del ámbito de la organización y colaboración administrativas*. Estas exclusiones se recogen en los arts. 1.6 y 12 Directiva 2014/24/UE y se refieren a supuestos en que se lleva a cabo una colaboración entre entidades del sector público. No hay, por tanto, un operador económico privado involucrado en este tipo de contratos. Conforme a la lógica subyacente en la regulación de las exclusiones pueden hacerse dos grupos de casos: por un lado, las exclusiones que dejan cierto margen a la potestad de autoorganización de la Administración de los Estados miembros; y, por otro lado, las que están orientadas a delimitar la frontera entre las relaciones intersubjetivas puramente administrativas y los contratos públicos.

A. Capacidad de autoorganización de la Administración: los medios propios

a) *Adjudicación descendente*

El primer grupo de exclusiones se centra en la relación existente entre el poder adjudicador y la entidad a la que se encomienda la realización de la prestación que es objeto del contrato –si la encomienda se realiza a un órgano administrativo no se da la alteridad propia de una posible relación contractual, por lo que ese supuesto queda al margen de las preocupaciones del Derecho europeo de los contratos⁴³–. Esta exclusión se refiere a los denominados «medios propios»,

.....

entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de contratación al ordenamiento español», *Revista General de Derecho Administrativo*, 38 (2015), pp. 5-8.

43 VILALTA REIXACH, M.: «Los llamados...», cit., p. 947.

contratos domésticos, contratos internos o de autoprovisión o contratos *in-house providing*. En estos casos se parte de que existen contratos públicos que, en principio, estarían dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. El hecho de que un poder adjudicador contrate con otra entidad del sector público, que puede ser considerada a su vez poder adjudicador, no implica automáticamente una exclusión de las reglas europeas de contratación pública⁴⁴. Sin embargo, este tipo de contratos se excluyen del ámbito de aplicación de las Directivas, constituyendo una excepción. *La razón para esta exclusión consiste en dejar un cierto margen de autoorganización a las Administraciones públicas*⁴⁵. Podría decirse que sobre estas actuaciones recae la sospecha del derecho europeo. Se considera que a través de su potestad de autoorganización los poderes adjudicadores pueden pretender sustraerse a las reglas de licitación en el mercado de los contratos públicos. Por esa razón, la jurisprudencia del TJUE y el legislador europeo se preocupan de fijar con detalle las condiciones en las que, a pesar de existir un contrato público, no se aplican las normas de contratación pública. De esta forma se permite que los poderes adjudicadores tengan un margen para decidir si quieren actuar a través de recursos externos o acudir a su propia organización para cumplir con sus obligaciones⁴⁶.

La exclusión de este tipo de «contratos públicos» se produjo a partir de la denominada jurisprudencia Teckal, que fijó los requisitos que han de concurrir en esos casos⁴⁷. En concreto, *la entidad adjudicataria no debe tener capital privado y debe depender económica y organizativamente del poder adjudicador*. Estas condiciones prueban que, aunque aparentemente el poder adjudicador contrata con una entidad independiente, en realidad no lo es y forma parte de su organización⁴⁸. Con estas bases, el legislador positivizó la exclusión de los denominados «medios propios» en las Directivas. El art. 12.1 Directiva 2014/24/UE recoge esta exclusión en su modalidad tradicional, pero introduce algunas precisiones

44 SANTIAGO IGLESIAS, D.: «Las relaciones...», cit., p. 7.

45 VILALTA REIXACH, M.: «Los llamados...», cit., p. 945; GIMENO FELIÚ, J.M^a: «La contratación conjunta y las fórmulas de cooperación como mecanismo de gestión eficiente de la organización en el modelo local», *Observatorio de los Contratos Públicos 2012* (2013), pp. 45 ss.

46 Sentencia *Stadt Halle RPL Recyclingpark Lochau GMBH y Arbeitsgemeinschaft Termische Restabfall-und Enegieverwertungsanlage*, C-26/03, EU:C:2005:5.

47 Sentencia *Teckal Srl y Comune di Viano y otro*, C-107/98, U:C:1999:562.

48 *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa de contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores, de 4 de octubre de 2011, [SEC(2011) 1169 final]*, p. 7.

y aclaraciones que se habían ido decantando a través de la jurisprudencia del TJUE. Así, conforme a la nueva regulación, un contrato que adjudica un poder adjudicador a otra persona jurídica de derecho público o privado se excluye del ámbito de aplicación de la Directiva cuando concurren los siguientes requisitos de forma cumulativa:

- a) El poder adjudicador *ejerce sobre la entidad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios*. Este control exige que el poder adjudicador tenga una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada. Y es posible que ese control se ejerza por el poder adjudicador de forma directa o a través de una persona jurídica que, a su vez, esté bajo un control de este tipo.
- b) La entidad *realiza más del 80 % de su actividad para el poder adjudicador o para personas que están controladas a su vez por el poder adjudicador*.
- c) *En la entidad no hay participación directa de capital privado*, salvo formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que se impongan por las legislaciones nacionales de conformidad con los Tratados, siempre que no se ejerza una influencia decisiva sobre la entidad controlada. En este sentido, hay que tener en cuenta que el TJUE entendía que la incorporación de participación privada a una entidad supone darle ventaja sobre las demás. Además, introduce intereses privados que son incompatibles con la existencia de un «control análogo»⁴⁹. Así que cualquier participación privada, incluso a través de una sociedad mixta, implica que es obligatorio aplicar las reglas de contratación pública⁵⁰.

Como puede observarse, los requisitos exigidos para considerar que una entidad es parte de la organización interna de un poder adjudicador o un medio propio, no coinciden con los que se establecen para entender que una entidad es organismo de derecho público. Por esa razón, *hay que tener en cuenta que la aplicación de la exclusión de este tipo de contratos públicos no tiene ningún efecto sobre el posible deber de la entidad controlada por el poder adjudicador de aplicar las normas de contratos públicos para relacionarse con terceros*. Si es poder adjudicador deberá sujetarse a esas reglas.

En la legislación española la exclusión de los encargos a medios propios o servicios técnicos se establece en el art. 4.1.n) TRLCSP. Las características que

.....

49 Sentencia *Stadt Halle RPL Recyclingpark Lochau GMBH y Arbeitsgemeinschaft Termische Restabfall-und Energieverwertungsanlage*, C-26/03, EU:C:2005:5.

50 Sentencia *Jean Aroux y otros y Commune de Roanne*, C-220/05, EU:C:2007:31.

debe reunir una entidad para ser considerada medio propio se prevén en el art. 24.6 TRLCSP, conforme a las exigencias europeas. Además, *la legislación española obliga que la norma creadora de estas entidades o sus estatutos prevean expresamente su condición de medio propio respecto a ciertas entidades*. Asimismo, exige que se precise el régimen de las encomiendas que se les pueden conferir o las condiciones en que se les pueden adjudicar contratos. Y que establezca la prohibición de que participen en las licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios. La regulación de la LRJSP ha completado estas precisiones para la Administración General del Estado. El art. 86 LRJSP añade más requisitos a los previstos por la legislación contractual para los medios propios. En primer lugar, la entidad debe disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación. Y, además, debe cumplir alguno de los dos requisitos siguientes:

- a) Ser una opción más eficiente que la contratación pública, que resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.
- b) Resultar necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

El legislador introduce, así, una clara *preferencia a favor del recurso a la contratación pública*, limitando la capacidad de autoorganización de la Administración General del Estado. No obstante, hay que tener en cuenta que no se limita la capacidad de subcontratación de estas entidades, lo que puede suponer una vía de escape indirecta a las reglas de contratación pública que debería aplicar la Administración matriz⁵¹.

b) *Adjudicación ascendente y horizontal*

El reconocimiento de una exclusión de las reglas de contratos públicos en los supuestos en que un poder adjudicador encomienda una tarea a una entidad interna o medio propio, abrió pronto la pregunta en torno a la exclusión de figuras equiparables. Así, por ejemplo, *se planteó la duda en torno a la exclusión de una adjudicación ascendente de contrato*: esto es, la entidad controlada adjudica el contrato al poder adjudicador. Y también se planteó si se excluirían *las adjudicaciones de contratos horizontales, entre entidades «hermanas»*, esto es, depen-

.....

51 En sentido favorable a la limitación del recurso a los medios propios, GALLEGO CÓRCOLES, M^ºI.: «Nuevos desarrollos de la contratación *in house* en el Derecho español: los encargos a medios propios y servicios técnicos», *Observatorio de Contratos Públicos 2015* (2016), p. 210 y ss.

dientes del mismo ente matriz o de los mismos poderes adjudicadores⁵². Para dar respuesta a estas cuestiones, la Directiva 2014/24/UE considera que en estos casos se celebran contratos públicos, pero los excluye expresamente de su ámbito de aplicación si concurren ciertas circunstancias.

Conforme al art. 12.2 Directiva 2014/24/UE una persona jurídica controlada por un poder adjudicador –esto es, un medio propio– puede adjudicar un contrato al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador cuando se satisfaga una única condición: que no exista participación directa de capital privado en la persona a la que se adjudica el contrato, salvo formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que se impongan por las legislaciones nacionales de conformidad con los Tratados, siempre que no se ejerza una influencia decisiva sobre la entidad controlada. Puede comprobarse cómo en este caso *el criterio decisivo para la exclusión no pivota en torno a la existencia de control de la entidad adjudicadora sobre la adjudicataria*. Parece centrarse en la idea de que existe un vínculo entre las entidades afectadas que les hace formar parte *de facto* de la misma organización administrativa. Por esa razón, parece que no cabría un encargo de una entidad a otra entidad, si esta segunda estuviera controlada por el poder adjudicador de forma conjunta con otros poderes adjudicadores⁵³, o si no tuviera un control análogo al de sus propios servicios tanto sobre la entidad adjudicadora como sobre la adjudicataria⁵⁴.

c) Encargos a medios propios y encomienda de gestión

El análisis de la exclusión de los medios propios exige una referencia a su impacto en el derecho español, en concreto, a la relación que tiene con la encomienda de gestión. De acuerdo con esta técnica administrativa, un órgano administrativo o una entidad pública puede encomendar la realización de actividades de carácter material o técnico de su competencia a otros órganos o entidades de derecho público de la misma o de distinta Administración, siempre que se justifique por razones de eficacia o porque no dispongan de los medios técnicos idóneos para su desempeño (art. 11.1 LRJSP). No se trata de una técnica de traslación competencial, sino de una forma de colaboración en el seno

.....

52 Estas preguntas se plantean en estos términos en el *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa de contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores*, de 4 de octubre de 2011, [SEC(2011) 1169 final], p. 13.

53 En este sentido, GALLEGO CÓRCOLES, M^ªI.: «Nuevos desarrollos...», cit., p. 207.

54 Al respecto, Sentencia *Technische Universität Hamburg-Harburg y Hochschul-Informationssystem GmbH contra Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, C-15/13, EU:C:2014:303.

de las Administraciones públicas. El órgano encomendante conserva la competencia y la responsabilidad de dictar los actos jurídicos vinculados con la actividad encomendada (art. 11.2 LRJSP). Con estos perfiles, puede entenderse que *la encomienda de gestión converge con los encargos a medios propios*. Es más, puede llegar a considerarse que, bajo ciertas circunstancias, constituye un tipo de contrato público que debe encajarse en la regulación de la legislación contractual⁵⁵.

En esta situación, la LRJSP ha regulado la encomienda de gestión para evitar la confusión con los encargos a medios propios. Al igual que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), la LRJSP ha limitado la utilización de esta técnica entre órganos administrativos y entidades de derecho público. El art. 15.1 LRJPAC preveía la encomienda a otros órganos y entidades de la misma u otra Administración. Y señalaba que esta técnica no tenía cabida si la encomienda se dirigía a una persona de derecho privado. En esos casos debía aplicarse la legislación de contratos (art. 15.5 LRJPAC). La nueva regulación mantiene esta limitación. La encomienda de gestión solo puede realizarse a un órgano administrativo o una entidad de derecho público. No cabe la posibilidad de que el ente encomendado tenga naturaleza jurídico-privada. De este modo pretenden evitarse posibles vulneraciones de la normativa de contratación pública, que son más probables cuando la encomienda se realiza a una entidad privada que puede tener capital privado u operar en el mercado en competencia con los particulares. En esos supuestos solo se podrá excluir la aplicación de las reglas de contratos públicos si concurren los requisitos de los encargos *in-house*⁵⁶. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión, señalando que no cabe una encomienda a una entidad de derecho privado aunque esta tenga la consideración de medio propio de un poder adjudicador⁵⁷. Se trata, por tanto, de figuras separadas que se rigen por normas distintas.

Además, para evitar una utilización fraudulenta de la encomienda de gestión, el art. 11.1 *in fine* LRJSP prohíbe que las encomiendas de gestión tengan al-

.....

55 En este sentido, VILALTA REIXACH, M.: *La encomienda...*, cit., pp. 311 y ss.

56 MORENO MOLINA, Á.M.: «Artículo 15. Encomienda de gestión», en Miguel Sánchez Moron y Nicolás Maurandi Guillén (dirs.), *Comentarios a la Ley 30/92*, Lex Nova, Valladolid, (2013), p. 139.

57 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, núm. 3095, de 1 de julio de 2015 [en línea]. ROJ: STS 3095/2015. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=7437052&links=%223012%2F2013%22&optimize=20150717&publicinterface=true>

guno de los objetos previstos en la legislación de contratos⁵⁸. Como se verá más adelante, al hablar de las relaciones intersubjetivas de carácter horizontal o no institucionalizado, hay que tener en cuenta que *el derecho europeo no prohíbe que existan colaboraciones o contratos público-públicos con los objetos de las Directivas de contratos*. Le preocupa, sin embargo, que existan relaciones de naturaleza contractual que puedan excluirse de forma fraudulenta de la legislación de contratos. El legislador español ha optado, sin embargo, por realizar una exclusión apoyada en el criterio del objeto de la colaboración. Con esta decisión, a mi juicio, ha ido más allá de las exigencias que, en principio, le imponen la jurisprudencia y legislación europeas.

B. Relaciones intersubjetivas

Junto a las exclusiones que respetan un margen de autoorganización administrativa, hay *otro grupo de exclusiones que se refieren a la articulación de relaciones de colaboración administrativa entre distintos poderes adjudicadores que no forman parte de la misma organización*. Se refieren, por tanto, a las figuras del derecho nacional que articulan las delegaciones, convenios de colaboración, etc. Dentro de la doctrina del TJUE y la actual regulación de la Directiva 2014/24/UE pueden identificarse dos tipos de exclusiones: las que se refieren a las relaciones horizontales o no institucionalizadas, esto es, las relaciones en las que no se crea ninguna entidad nueva o se designa a una ya existente para realizar las actividades; y las que afectan a relaciones verticales o institucionalizadas, en las que varios poderes adjudicadores supervisan la actuación de una tercera entidad a la que se encomienda la realización de una tarea⁵⁹.

a) Relaciones horizontales o no institucionalizadas

El derecho europeo asume que los poderes adjudicadores han de tener cierta libertad para ejercer sus competencias y prestar los servicios que tengan atribuidos legalmente. En este sentido, una prestación de servicios mediante sus propios medios u organización queda fuera del ámbito de aplicación de las normas europeas. Al mismo tiempo se entiende que *debe quedar cierto espacio para la colaboración entre poderes adjudicadores, con la finalidad, por ejemplo, de prestarse ayuda mutua*. En esos casos, en la medida en que caben contratos públicos entre

.....

58 GALLEGO CÓRCOLES, M^ªI.: «Nuevos desarrollos...», cit., p. 181.

59 Utilizo en este punto la terminología empleada por el *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa de contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores, de 4 de octubre de 2011, [SEC(2011) 1169 final]*, pp. 6 y ss., y 13 y ss.

poderes adjudicadores, el problema está en distinguir una verdadera cooperación de la celebración de un contrato público⁶⁰. La jurisprudencia del TJUE ha determinado progresivamente los requisitos que deben concurrir para excluir las relaciones horizontales entre poderes adjudicadores:

a) En primer lugar, *los entes colaboradores deben ser totalmente públicos*. No cabe ninguna forma de participación privada⁶¹. Además, no deben tener vocación de mercado. Esto significa que si las entidades públicas son operadores económicos, deben tener una actividad en el mercado meramente residual⁶².

b) El objeto de la colaboración ha de ser *una misión de interés público que sea común a las entidades involucradas*⁶³. Tiene que haber un verdadero elemento cooperativo, sin perjuicio de que las partes puedan distribuirse de forma desigual las distintas tareas que deban realizarse por razones de división de tareas o de especialización. La clave está en la existencia de un objetivo compartido y de obligaciones recíprocas. Esto diferencia a la cooperación de un contrato, en el que una de las partes realiza la prestación para otra a cambio de una retribución⁶⁴.

c) En ese sentido, hay que tener en cuenta *que la finalidad ha de ser de interés público y no comercial*. Y no puede tener como resultado favorecer a un operador económico privado frente a los demás⁶⁵. De modo que, la cooperación no puede tener como objeto desarrollar actividades de mercado de carácter comercial con ánimo de lucro.

d) Además, *solo caben transferencias económicas orientadas al reembolso de los costes reales de la ejecución de la actividad pactada*. Esto no significa, sin

.....

60 Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa de contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores, de 4 de octubre de 2011, [SEC(2011) 1169 final], p. 14.

61 Sentencia Comisión de las Comunidades Europeas y República Federal de Alemania, C-480/06, EU:C:2009:357.

62 Sentencia Sea Srl y Comune di Ponte Nossa, C-573/07, EU:C:2009:532.

63 Sentencia Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG y Kreis Düren, C-368/11, EU:C:2013:385.

64 SANTIAGO IGLESIAS, D.: «Las relaciones...», cit., p. 10. Sentencia Comisión de las Comunidades Europeas y República Federal de Alemania, C-275/08, EU:C:2009:632.

65 Sentencia Comisión de las Comunidades Europeas y República Federal de Alemania, C-480/06, EU:C:2009:357; Sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, C-159/11, EU:C:2012:817.

embargo, que se excluya automáticamente la existencia de un contrato público cuando solo se reembolsan los costes de ejecución⁶⁶.

e) Por último, podría añadirse como requisito que *la actuación no debe tener por finalidad sustraerse a la aplicación de las reglas de contratación pública*⁶⁷.

Con el fin de formalizar la aplicación de esos requisitos, la Directiva 2014/24/UE ha introducido expresamente algunas exclusiones para este tipo de casos. En concreto, hay una primera exclusión de supuestos en los que se entiende que no hay contrato público porque simplemente se llevan a cabo actuaciones de organización interna de las Administraciones públicas para el ejercicio de sus competencias. Junto a ella, hay una segunda exclusión que se refiere a supuestos en los que existe una relación meramente administrativa entre las entidades involucradas. Por último se prevé otra exclusión que comprende una serie de supuestos en los que se entiende que hay contrato público, pero se excluye de forma razonada del ámbito de aplicación de la Directiva.

Transferencia de competencias y responsabilidades. El Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa de contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores, de 4 de octubre de 2011, [SEC(2011) 1169 final] prevé distintas fórmulas en las que un poder adjudicador puede llevar a cabo sus actividades recurriendo a recursos externos sin someterse a las reglas de contratación pública. El primero de los casos es aquel en que un poder adjudicador cede su competencia a otra autoridad pública. Con base en este precedente, el art. 1.6 de la Directiva señala que los «acuerdos, decisiones y demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y de responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos» no se ven afectados por la Directiva. Se consideran asuntos de organización interna de los Estados miembros. En esos casos, *la ubicación sistemática del precepto en la Directiva da a entender que no hay contrato público*. No es un supuesto de contrato público excluido, como los regulados en el art. 12 Directiva 2014/24/UE. De hecho, se trata de un supuesto de cesión de competencias que queda fuera de los títulos habilitantes en materia de contratación pública

.....

66 Sentencia *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*, C-159/11, EU:C:2012:817; Sentencia *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros y San Lorenzo soc. coop. sociale y otros*, C-113/13, EU:C:2014:2440; Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y República Federal de Alemania*, C-480/06, EU:C:2009:357; Sentencia *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG y Kreis Düren*, C-368/11, EU:C:2013:385.

67 Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y República Federal de Alemania*, C-480/06, EU:C:2009:357.

que emanan del art. 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ligado a la libre prestación de servicios. Son supuestos en los que una entidad se desprende de sus competencias. Por ejemplo, cuando varias entidades crean un consorcio con personalidad jurídica propia y le atribuyen competencias y le dotan de autonomía decisoria y financiera⁶⁸. En el Derecho español se estaría ante una reasignación de competencias –transferencia intersubjetiva o desconcentración interorgánica⁶⁹–. La cesión del mero ejercicio de la competencia –como sucede en el caso de la delegación– no se entendería englobado en este concepto a nivel europeo, puesto que la entidad delegante sigue siendo responsable de las actuaciones que se llevan a cabo y tiene capacidad para dirigir la actuación del delegante⁷⁰.

El problema radica en que la Directiva impone una condición añadida para entender que estas actuaciones quedan fuera de su ámbito de aplicación: que no se prevea la existencia de una retribución por la ejecución de un contrato. El problema está entonces en determinar ¿cuándo se está ante una relación contractual o a ante una retribución por la ejecución de un contrato público? Comencemos por analizar la regulación europea. En primer lugar, *el precepto expuesto hace alusión al ejercicio de «funciones públicas»*. No parece que haya que interpretar que el legislador europeo se refiere a funciones que exijan el ejercicio de autoridad, puesto que se trataría de un ámbito muy estrecho de la actividad pública. Es más, conforme a los títulos competenciales de regulación de la Directiva 2014/24/UE y del principio de proporcionalidad, parece que habría que interpretar esa referencia a las *funciones públicas de forma amplia, como el ejercicio de las atribuciones que legalmente correspondan a una entidad pública en su Estado de origen*. Esta exclusión afectaría especialmente a las figuras relacionadas con el ejercicio de las competencias por parte de los poderes adjudicadores.

En segundo lugar, la Directiva establece que *no debe haber retribución por la ejecución de un contrato público*. Esta referencia también plantea dificultades de interpretación. De la dicción literal de la Directiva y de su ubicación sistemática se deduce que no se entiende que haya contrato público. De modo que hay una exclusión total de la aplicación de las normas de contratos públicos. No es-

.....

68 Sentencia *Remondis GmbH & C. KG Region Nord y Region Hannover*, C-51/15, EU:C:2016:985.

69 MORENO MOLINA, Á.M.: «Artículo 12. Competencia», en Miguel Sánchez Moron y Nicolás Maurandi Guillén (dirs.), *Comentarios a la Ley 30/92*, Valladolid, Lex Nova, 2013, p. 111.

70 Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y República Francesa*, C-264/03, EU:C:2005:620. Al respecto, el *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa de contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores, de 4 de octubre de 2011, [SEC(2011) 1169 final]*, p. 20.

tán afectados por estas normas porque son decisiones orientadas al ejercicio de funciones públicas que quedan en el ámbito de la organización interna de los Estados miembros. Sin embargo, el legislador europeo menciona este tipo de actuaciones, arrojando inmediatamente la sospecha sobre su posible carácter de contratos públicos. La pregunta es entonces: ¿la existencia de cualquier retribución convierte automáticamente esa actuación en un contrato público? Esto llevaría al absurdo de que cualquier pago por la ejecución de cualquier actividad entre poderes adjudicadores es un contrato público si entra dentro de los objetos y cuantías de las Directivas. Y, como se ha visto, la jurisprudencia del TJUE ya admitía que existan reembolsos de los costes reales de la prestación, sin que ello implique inaplicar las reglas de los contratos públicos.

Parece, entonces, que hay que tener en cuenta algunos criterios que ayudan a valorar la situación. En los casos en que la retribución vaya más allá del coste real, porque incluya, por ejemplo, un porcentaje de beneficio industrial, sí se está ante una retribución por la ejecución de un contrato público. Porque *lo que caracteriza a los operadores económicos con ánimo de lucro que actúan en el mercado es que deben obtener algún beneficio por el desempeño de sus actividades*. Y cuando una actuación no tenga asociado el pago de beneficio industrial, pero sí pueda incluir algún beneficio añadido (en forma de beneficio reputacional, de posicionamiento en el mercado, etc.) también puede llegar a considerarse un contrato público. Pero este criterio no es determinante. Asimismo, habría que introducir los criterios decantados en la jurisprudencia y que ayudan a determinar la existencia de verdadera cooperación administrativa o un de una actividad contractual en el mercado: finalidad de interés público, participación de entidades públicas, etc. Un elemento fundamental para valorar estos extremos podría ser analizar el tipo de atribución competencial en el derecho nacional que determine la obligación de las entidades involucradas de participar en la actividad a realizar en común.

Asignación no contractual de tareas a servicios técnicos. Junto a esta exclusión de los supuestos de transferencia de competencias, se prevé otro supuesto, que tiene un carácter especialmente problemático. Se trata de aquellos casos en los que se produce una asignación no contractual de tareas⁷¹. Este supuesto se apoya en el caso *Tragsa*⁷². En esta sentencia el TJUE admitió que se excluyera la apli-

.....

71 Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa de contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores, de 4 de octubre de 2011, [SEC(2011) 1169 final], pp. 19 y ss.

72 Sentencia Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/Transformación Agraria SA (Tragsa) y Administración del Estado, C-295/05, EU:C:2007:227.

cación de la legislación contractual sin comprobar la concurrencia de los requisitos fijados previamente en la jurisprudencia Teckal para los «medios propios». Desde su punto de vista la relación de Tragsa con las Comunidades Autónomas no es de tipo contractual en la medida en que esta entidad tiene una obligación de cumplir con los encargos que le realicen y con las tarifas que le impongan. *Parece, por tanto, que se está ante un supuesto distinto del encargo a medios propios*—esto es, del *in-house providing*—⁷³. De hecho, en una sentencia posterior, el Tribunal precisó que, para que concurra esta excepción a la aplicación de las reglas de contratos debe existir un acto administrativo unilateral que imponga obligaciones exclusivamente a cargo de la entidad, apartándose sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de la entidad⁷⁴. El supuesto se refería al encargo de un Ministerio a Correos y Telégrafos S.A. de la realización de determinados servicios postales. El Tribunal Supremo consideró que no concurría esta excepción y que debían aplicarse las reglas de contratación pública⁷⁵.

Siguiendo esta jurisprudencia, el Considerando 34 Directiva 2014/24/UE consagra esta excepción a la aplicación de las reglas de contratos públicos. Cuando, en virtud de las disposiciones del Derecho nacional, una entidad actúa como un instrumento o servicio técnico de determinados poderes adjudicadores y está obligada a cumplir las instrucciones de estos poderes adjudicadores,

.....

73 De forma crítica con este pronunciamiento, BERNAL BLAY, M.Á.: «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house. Comentario de urgencia a la STJUE de 19 de abril de 2007 (as. c-295/05, Asemfo vs. Tragsa)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 137 (2008), pp. 115-138; también sobre esta jurisprudencia, GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: «Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación», *Revista de Administración Pública*, 172 (2007), pp. 217-237.

74 Sentencia *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia y Administración General del Estado*, C-220/06, EU:C:2007:815.

75 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, núm. 1916, de 20 de marzo de 2012, [en línea]. ROJ: STS 1916/2012. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6330232&links=%22819%2F2009%22&optimize=20120411&publicinterface=true>

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, núm. 4313, de 8 de junio de 2012, [en línea]. ROJ: STS 4313/2012. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6422546&links=%224611%2F2008%22&optimize=20120702&publicinterface=true>

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, núm. 4513, de 15 de junio de 2012, [en línea]. ROJ: STS 4513/2012. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6430636&links=%225015%2F2008%22&optimize=20120709&publicinterface=true>

sin poder ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución, se entiende que la relación es meramente administrativa y que carece de naturaleza contractual. Por esa razón queda al margen de la aplicación de las normas de contratación pública. *La relación de la entidad con el poder adjudicador debe articularse verdaderamente a través de actos unilaterales para aplicar la exclusión de la Directiva*. Y parece que podría interpretarse conforme al criterio de que las condiciones de realización de la actividad deben alejarse de las condiciones normales de prestación de la misma en el mercado. Este supuesto se ha criticado por la doctrina por el riesgo que plantea para el cumplimiento de las reglas de contratación pública. Supone introducir una nueva vía de escape de estas reglas, distinta de la existencia de una relación *in-house*. Por ello se promueve una interpretación estricta de los requisitos establecidos y la comprobación en la realidad de su concurrencia⁷⁶.

En el Derecho español, cabe pensar que *la relación de las juntas de compensación urbanísticas con las Administraciones municipales podría acogerse a esta excepción*. En estos supuestos existe una delegación de competencias de la Administración municipal hacia la junta. No se trata de una relación contractual, sino de un encargo de funciones públicas establecido por la normativa urbanística. La junta de compensación acepta las condiciones que ha impuesto unilateralmente la Administración municipal en el programa de urbanización⁷⁷. La Administración no obtiene ningún beneficio económico por la actuación de la junta de compensación y el objetivo de la actividad es de puro interés general⁷⁸. Y no puede entenderse que la junta de compensación sea un medio propio de la Administración municipal. De forma que puede constatarse la concurrencia de los requisitos establecidos para la reasignación de tareas que no tiene carácter contractual. Se trata de una relación meramente administrativa.

Contratos público-públicos de cooperación excluidos. Junto a las exclusiones señaladas, el art. 12.4 Directiva 2014/24/UE establece las condiciones que debe reunir un contrato público celebrado por dos o más poderes adjudicadores para quedar excluido de la normativa europea:

- a) El contrato debe desarrollar o *establecer una cooperación entre poderes adjudicadores para garantizar la prestación de los servicios públicos* que les

.....

76 En este sentido, GALLEGO CÓRCOLES, M^ªI.: «Nuevos desarrollos...», cit., p. 203-204.

77 Informe 21/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

78 Sobre esta cuestión, Sentencia *Helmut Müller GbmH y Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, C-451/08, EU:C:2010:168.

incumben con la consecución de objetivos comunes⁷⁹. En este sentido, el Considerando 33 Directiva 2014/24/UE señala que la actividad a desarrollar puede estar relacionada con la ejecución de servicios y responsabilidades que hayan sido asignadas a las entidades o que hayan asumido, ya sean tareas obligatorias o facultativas.

b) El desarrollo de la cooperación debe *estar guiada únicamente por el interés público*. De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE la cooperación ha de ser real, todas las partes han de participar de algún modo en la realización de la actividad que es objeto del contrato. Además, debe existir una misión de interés público que sea común a las partes⁸⁰. Y no debe favorecerse a ningún operador privado con respecto a sus competidores⁸¹.

c) Los poderes adjudicadores participantes *deben realizar en el mercado abierto menos del 20% de las actividades objeto de la cooperación*. Este criterio ayuda a confirmar la existencia de interés público. En el caso de que el porcentaje sea mayor, se presume que la actividad es comercial y que existe un contrato público. Para calcular este porcentaje, la Directiva 2014/24/UE ofrece una serie de criterios (art. 12.5). El promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad –como los gastos soportados en relación con la actividad– en los últimos tres ejercicios. Si estos datos no estuvieran disponibles, habría que atender al nivel de actividad que se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.

Además, aunque no se prevea entre el listado de condiciones, el contrato debe estar celebrado exclusivamente por poderes adjudicadores. Esto significa que *no puede haber, en principio, un tercer participante privado de forma autónoma* –salvo algunos casos en los que se celebra un convenio de colaboración con entidades de voluntariado en relación con prestaciones de carácter sanitario o social⁸²–. Ahora bien, sí es posible que una entidad sea considerada poder adjudicador teniendo capital privado. Es el caso, por ejemplo, de una sociedad de

.....

79 Sentencia Azienda Sanitaria Local di Lecce y Università del Salento y Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, C-159/11, EU:C:2012:817.

80 Sentencia Comisión de las Comunidades Europeas y República Federal de Alemania, C-480/06, EU:C:2009:357; Sentencia Azienda Sanitaria Local di Lecce y Università del Salento y Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, C-159/11, EU:C:2012:817.

81 Sentencia Azienda Sanitaria Local di Lecce y Università del Salento y Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, C-159/11, EU:C:2012:817.

82 Sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros y San Lorenzo soc. coop. sociale y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440.

economía mixta⁸³. De modo que cabría entender que hay participación privada, aunque sea indirecta, en este tipo de contratos públicos, que quedan excluidos de la aplicación de las Directivas.

Por otro lado, hay que llamar la atención sobre la omisión del criterio referido a las transferencias económicas. La jurisprudencia había señalado que solo quedarían excluidas de las normas de contratos públicos aquellas actividades en las que solo se produjera un reembolso de los gastos reales producidos. Sin que, a su vez, pudiera entenderse que la existencia de un mero reembolso de gastos reales excluía la existencia de un contrato público⁸⁴. *Es posible entender que este criterio, aunque no esté expresado en la Directiva, sirve como criterio de análisis de la existencia de una cooperación real orientada al interés público.* Allí donde exista un beneficio industrial es difícil entender que hay verdadera cooperación entre dos partes que está orientada al cumplimiento de objetivos comunes y a la prestación de un servicio público. Al respecto, hay que tener en cuenta que lo relevante para determinar la existencia de una relación contractual es que exista un beneficio económico para el poder adjudicador, no necesariamente para el adjudicatario. En este sentido, la jurisprudencia española ha señalado que la inexistencia de una contraprestación pecuniaria puede ser un indicio del carácter no contractual de un convenio⁸⁵.

En el Derecho español, habría que interpretar que los contratos públicos excluidos en el artículo 12.5 Directiva 2014/24/UE son los denominados «convenios de colaboración». De hecho, el TJUE condenó a España por considerar con carácter general que las relaciones jurídicas articuladas en los convenios estaban excluidas de la regulación de contratación pública⁸⁶. En la actualidad, conforme a la jurisprudencia y la nueva regulación de las Directivas, *hay que entender que algunos convenios de colaboración esconden en realidad contratos públicos, mientras que otros no.* De hecho, al regular la exclusión de los convenios interadministrativos en el artículo 4.1 c) TRLCSP se hace alusión a esta situación. Se excluyen los convenios excepto cuando «por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley». Este precepto habría que interpretarlo a la luz de lo expuesto hasta ahora sobre el concepto de contrato público, la na-

.....

83 SANTIAGO IGLESIAS, D.: «Las relaciones...», cit., p. 18.

84 *Idem.*

85 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, núm. 6317, de 13 de octubre de 1999, [en línea]. ROJ: STS 6317/1999. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3027300&links=%227765%2F1995%22&optimize=20031106&publicinterface=true>

86 Sentencia Comisión de las Comunidades Europeas y Reino de España, C-84/03, EU:C:2005:14.

turalidad de las relaciones contractuales y la nueva regulación de la colaboración público-pública no institucionalizada. Ahora bien, el artículo 4.1 d) TRLCSP excluye también los convenios que se celebren con particulares utilizando un criterio distinto. No se refiere a la existencia de naturaleza contractual o no, sino a que el objeto del convenio no esté comprendido en las normas de contratos públicos o en normas administrativas especiales.

La mayor parte de la doctrina ha entendido que la referencia a la naturaleza o al objeto da lugar al mismo resultado⁸⁷. De modo que en la práctica hay que realizar un test sobre el objeto de la colaboración. Si es de tipo contractual hay que aplicar las normas de contratos públicos. Así lo ha hecho también la jurisprudencia contencioso-administrativa al entender, por ejemplo, que un convenio de colaboración para la realización de las actividades educadoras y de formación de menores acogidos a internamiento por medidas judiciales encierra, en realidad, un contrato de gestión de servicios públicos⁸⁸. *Esta interpretación da prioridad al objeto de la prestación que es objeto de la colaboración y limita los supuestos en que puede celebrarse un convenio*. Únicamente será posible el recurso al convenio cuando se ejerciten competencias propias; el objeto no esté regulado en las normas de contratos públicos; la finalidad sea la colaboración administrativa para cumplir fines públicos y la posible transferencia financiera no responda a la ejecución de un contrato⁸⁹. En este mismo sentido puede alinearse a la mayoría de los órganos consultivos de contratación administrativa que se han pronunciado sobre esta cuestión⁹⁰.

Ahora bien, como se ha visto anteriormente, el criterio procedente del derecho europeo tiene un mayor grado de sofisticación y responde mejor a la ne-

.....

87 MORENO MOLINA, J.A.: «El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público», *Documentación Administrativa*, 274-275 (2007), p. 63; PASCUAL GARCÍA, J.: *Convenios de colaboración entre Administraciones Públicas y Convenios con administrados*, Madrid, BOE (2012), pp. 29 ss.

88 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, núm. 5491, de 20 de junio de 2011, [en línea]. ROJ: STS 5491/2011. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6115718&links=%226547%2F2008%22&optimize=20110915&publicinterface=true>

89 En este sentido, GIMENO FELIÚ, J. Mª.: El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos. En: *Cuadernos de Derecho Local*, 2010, nº 22, pp. 43-82. ISSN: 1696-0955, p. 57 y VELASCO CABALLERO, Francisco: «Artículo 6. Convenios de colaboración», en *Comentarios a la Ley 30/92*. Valladolid, Lex Nova, 2013, pp. 59-74. ISBN: 978-84-9898-386-9, p. 61.

90 Sirva de ejemplo, el Informe 17/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

cesaria flexibilidad que debe dejar margen de articulación a las relaciones entre Administraciones públicas. La exclusión de los contratos públicos celebrados entre poderes adjudicadores no se centra en el objeto de la prestación, sino en una serie de factores orientados a determinar si el vínculo establecido tiene o no naturaleza contractual. Lo determinante es la causa del contrato y no su objeto, como ha señalado acertadamente, a mi juicio, la doctrina minoritaria⁹¹. *La interpretación general de la doctrina que simplifica el criterio de aplicación de las normas de contratación en estos casos, limita de forma injustificada el recurso a los convenios administrativos y a otras formas de colaboración administrativa*. Además, obvia la diferencia que necesariamente ha de surgir de una interpretación literal de los arts. 4.1.c) y d) TRLCSP. Tiene sentido que en el caso de convenios interadministrativos se exija una causa que no tenga naturaleza contractual, que haya una verdadera voluntad de cooperación. En el caso de los convenios con particulares, sin embargo, es perfectamente lógico que se exija celebrar contratos públicos cuando el objeto está regulado en la legislación contractual⁹². Además, hay que tener en cuenta que la regulación de las Directivas europeas solo afecta a determinados contratos. Emplear un criterio expansivo sobre la existencia de un contrato público a nivel nacional no se corresponde con las exigencias europeas y puede producir disfunciones en el ámbito de las relaciones interadministrativas.

La situación, sin embargo, se ha complicado con la aprobación de la LRJSP. En la regulación que contiene la nueva Ley sobre los convenios, pero también de las encomiendas de gestión (art. 11.1 *in fine*), se prohíbe que el objeto esté regulado en la legislación de contratos públicos. Y en el caso de los convenios desaparece la distinción entre los convenios interadministrativos y los celebrados con particulares. *En ninguno de los casos puede tener un objeto previsto en las normas de contratación pública* (art. 47.1 *in fine*). Parece que, una vez más, la falta de rigor en la interpretación de las exigencias europeas y el miedo al incumplimiento, han llevado al legislador a renunciar a su propia tradición jurídica. En este caso, en concreto, se produce una obstaculización desproporcionada de las figuras de colaboración administrativa propias

.....

91 En este sentido, SANTIAGO IGLESIAS, Diana: «Las relaciones...», cit., p. 26, y «Los convenios interadministrativos», en *Tratado de Contratos*, Mariano Yzquierdo Tolsada (dir.), t. XIV. Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 902 y ss. ISBN: 978-84-9059-384-4, p. 910; ALMEIDA CERRREDA, Marcos: «Las relaciones entre las Administraciones Públicas: colaboración, control y conflicto», en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*. Madrid, Iustel, 2009, pp. 425-460. ISBN: 978-84-9890-067-5, p. 437; PASCUAL GARCÍA, José: *Convenios de...*, cit., p. 43.

92 Al respecto, SANTIAGO IGLESIAS, Diana: «Las relaciones...», cit., p. 27.

del derecho nacional produciendo una clara distorsión en el funcionamiento de la Administración y en las posibilidades de utilización de estos instrumentos jurídicos.

b) *Relaciones verticales o institucionalizadas*

Como se ha señalado anteriormente, es posible que en el marco de una colaboración intersubjetiva varios poderes adjudicadores creen una tercera entidad de forma conjunta para la realización de ciertas actividades. En esos casos, el derecho europeo excluye la aplicación de las reglas de contratos públicos siempre que concurren los requisitos que se han establecido para la autoorganización administrativa, esto es, para los denominados contratos de autoprovisión. La jurisprudencia del TJUE fue la primera en admitir esa exclusión, haciendo una interpretación extensiva de los criterios fijados en el asunto Teckal⁹³. *Los requisitos pueden cumplirse de forma conjunta por varios poderes adjudicadores que tienen el control sobre la entidad que realiza la prestación*⁹⁴. De este modo, se permitía la supervivencia de fórmulas clásicas de colaboración interadministrativa que son especialmente importantes en el ámbito local, como las mancomunidades de servicios. Las condiciones que debían cumplirse conforme al TJUE son las siguientes: que no haya capital privado en la entidad, y que dependa organizativa y económicamente de poderes adjudicadores. A continuación se analizan brevemente cada uno de ellos.

Capital público. No puede haber capital privado en la entidad, pues se interpreta que en esos casos no puede existir un verdadero control interno. Los intereses del privado interferirían con los intereses públicos, distorsionándolos⁹⁵. Esto es así, aun cuando se realiza un encargo a una asociación de utilidad pública sin ánimo de lucro en la que participan poderes adjudicadores y, de forma minoritaria, instituciones privadas de solidaridad social que realizan actividades sin ánimo de lucro. *La mera presencia de intereses privados impide que haya un control análogo al de los propios servicios*⁹⁶. Esta circunstancia ha

.....

93 Sentencia *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle y Région de Bruxelles-Capitale*, C-324/07, EU:C:2008:621; Sentencia *Sea Srl y Comune di Ponte Nossola*, C-573/07, EU:C:2009:532.

94 GIMENO FELIÚ, José María: «La contratación...», cit., p. 63.

95 Sentencia *Stadt Halle RPL Recyclingpark Lochau GMBH y Arbeitsgemeinschaft Termische Restabfall-und Energieverwertungsanlage*, C-26/03, EU:C:2005:5; Sentencia *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle y Région de Bruxelles-Capitale*, C-324/07, EU:C:2008:621.

96 Sentencia *Centro Hospitalar de Setúbal EPE y otro y Euresst (Portugal)*, C-574/12, EU:C:2014:2004.

de valorarse en el momento de la adjudicación del contrato⁹⁷. Por esa razón, si posteriormente se incorporara un socio privado con cualquier tipo de participación, tendría lugar un cambio de una condición fundamental del contrato que exigiría la apertura de una nueva licitación⁹⁸. Ahora bien, la condición pública de todo el capital de la entidad no garantiza en sí misma la existencia de una exclusión de las reglas de contratación pública. Es necesario que exista dependencia real de los poderes adjudicadores, ya que es posible que se cree una entidad para que opere con ánimo de lucro y de forma independiente en el mercado⁹⁹.

Dependencia organizativa. El control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios puede desarrollarse de forma conjunta por varios poderes adjudicadores¹⁰⁰. El control que deben realizar puede ejercerse de forma directa o indirecta, a través de organismos de Derecho público o privado, pero debe garantizar la posibilidad de influencia determinante sobre los objetivos estratégicos y las decisiones importantes¹⁰¹. Además, no es relevante el modo interno de toma de decisiones en la entidad. En un primer momento el TJUE estableció que una participación minoritaria impedía entender que se daba un control análogo¹⁰². Posteriormente, asume que a pesar de que un poder adjudicador sea socio minoritario, puede llegar a entenderse que ejerce un control conjunto junto a los demás poderes adjudicadores a efectos de entender que se cumple este requisito. Aunque el TJUE ha señalado que 0,97% es una participación que no permite controlar a un concesionario, lo hizo en un asunto en el que no se trataba de analizar un control conjunto entre varios poderes adjudicadores¹⁰³. Lo

.....

97 Sentencia *Sea Srl y Comune di Ponte Nossa*, C-573/07, EU:C:2009:532; Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y República Italiana*, C-371/05, EU:C:2008:410.

98 Sentencia *Sea Srl y Comune di Ponte Nossa*, C-573/07, EU:C:2009:532.

99 Sentencia *Parking Brixen GmbH y Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG*, C-458/03, EU:C:2005:605.

100 Sentencia *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle y Région de Bruxelles-Capitale*, C-324/07, EU:C:2008:621; Sentencia *Econord SpA contra Comune di Cagno y Comune di Varese y otros*, C-182/11 y C-183/11, EU:C:2012:758.

101 Sentencia *Parking Brixen GmbH y Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG*, C-458/03, EU:C:2005:605. Sentencia *Sea Srl y Comune di Ponte Nossa*, C-573/07, EU:C:2009:532.

102 Sentencia *Consorzio Aziende Metano (Coname) y Comune die Cingia de' Botti*, C-231/03, EU:C:2005:487.

103 Sentencia *Consorzio Aziende Metano (Coname) y Comune die Cingia de' Botti*, C-231/03, EU:C:2005:487; Sentencia *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle y Région de Bruxelles-Capitale*, C-324/07, EU:C:2008:621.

importante es que las entidades tengan participación en el capital de la entidad y en sus órganos de dirección¹⁰⁴. Además, *el control ejercido debe ser suficientemente amplio y ha de ser efectivo, aunque no se ejerza individualmente*. Esto significa que hay que atender a la regulación nacional del tipo de entidad controlada. Así, por ejemplo, el control que atribuye el derecho de sociedades a cualquier socio, o el control ejercido a través de una sociedad *holding* pueden no ser bastante a efectos de cumplir con el requisito de control análogo¹⁰⁵. Asimismo, hay que analizar cuáles son las facultades del órgano rector en el que participan los poderes adjudicadores. La facultad de fijar tarifas puede considerarse una muestra de influencia determinante¹⁰⁶.

Dependencia económica. La entidad controlada ha de realizar la parte esencial de sus actividades para los poderes adjudicadores de los que depende. Solo puede llevar a cabo una actividad marginal en el mercado¹⁰⁷. De este modo se garantiza que una entidad que opera como un particular más en el mercado, no se vea beneficiada por la adjudicación directa de contratos públicos, lo que distorsionaría la competencia. En este sentido, aunque cuando concurren todos los requisitos de control organizativo y económico, hay que tener en cuenta que la entidad puede lograr autonomía y una vocación de mercado que la aleje del control de los poderes adjudicadores. Para comprobar este extremo hay que atender al ámbito geográfico en el que presta sus servicios, a las relaciones que mantiene con operadores económicos privados, a la gama de actividades que realiza y a la misión establecida en sus estatutos¹⁰⁸.

Con base en los criterios jurisprudenciales expuestos, *la Directiva 2014/24/UE ha positivizado la exclusión de este tipo específico de contratos públicos entre poderes adjudicadores* en el artículo 12.3. Conforme a este precepto, cuando un poder adjudicador no cumple con el requisito de control análogo respecto a una entidad, cabe excluir la aplicación de las reglas de contratos públicos cuando se dan de forma conjunta los siguientes requisitos:

.....

104 Sentencia *Econord SpA contra Comune di Cagno y Comune di Varese y otros*, C-182/11 y C-183/11, EU:C:2012:758.

105 Sentencia *Carbotermo SpA y Consorzio Alisei contra Comune di Busto Arsizio y AGESP SpA*, C-340/04, EU:C:2006:308.

106 Sentencia *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle y Région de Bruxelles-Capitale*, C-324/07, EU:C:2008:621.

107 Sentencia *Carbotermo SpA y Consorzio Alisei contra Comune di Busto Arsizio y AGESP SpA*, C-340/04, EU:C:2006:308.

108 Sentencia *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle y Région de Bruxelles-Capitale*, C-324/07, EU:C:2008:621; Sentencia *Sea Srl y Comune di Ponte Nossa*, C-573/07, EU:C:2009:532.

a) El control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios, se ejerce conjuntamente con otros poderes adjudicadores. Para que concurra este control es necesario que se den a su vez una serie de condiciones:

- Los órganos decisorios de la persona controlada han de estar formados por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes adjudicadores o a su totalidad.
- Los poderes adjudicadores han de poder ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada. En este sentido, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia exige que haya un verdadero control conjunto y que el control no se realice exclusivamente por el poder adjudicador que tenga una participación mayoritaria¹⁰⁹.
- La persona jurídica controlada no puede perseguir intereses contrarios a los de los poderes adjudicadores que la controlan. En este sentido, se añade que no debería perseguir ánimo de lucro y que las retribuciones por los encargos no deberían tener más finalidad que reembolsar los costes reales del ejercicio de la actividad¹¹⁰.

b) Más del 80% de la actividad de la entidad se realiza para los poderes adjudicadores que la controlan o para personas jurídicas controladas también por los mismos poderes adjudicadores. En ese sentido, hay que tener en cuenta la actividad que desarrollaba la entidad adjudicataria para las entidades adjudicadoras antes de que el control conjunto se hiciera efectivo¹¹¹.

c) La entidad a la que se adjudica el contrato no tiene participación directa de capital privado, con excepción de supuestos de participación de capital privado que no supongan un control o una posibilidad de bloqueo y que vengan impuestas por las disposiciones del Derecho nacional, de conformidad con los Tratados, y que no supongan el ejercicio de una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Esta nueva regulación debe interpretarse de acuerdo con los criterios de la jurisprudencia del TJUE que se han expuesto con anterioridad.

.....

109 En este sentido, Sentencia *Econord SpA contra Comune di Cagno y Comune di Varese y otros*, C-182/11 y C-183/11, EU:C:2012:758.

110 GALLEGO CÓRCOLES, María Isabel: «Nuevos desarrollos...», cit., pp. 193 y ss.

111 Sentencia *Undis Servizi Srl y Comune di Salmona*, C-553/15, EU:C:2016:935.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA CERRREDA, Marcos: «Las relaciones entre las Administraciones Públicas: colaboración, control y conflicto», en, Tomás Cano Campos (dir.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2009.
- BEL I QUERALT, Germá / ESTRUCH MANJÓN, Alejandro: «La gestión de los servicios públicos locales: ¿por qué se privatizan los servicios públicos locales y qué efectos tiene la privatización?», *Anuario de Derecho Municipal*, 5 (2012).
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel: «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house. Comentario de urgencia a la STJUE de 19 de abril de 2007 (as. c-295/05, Asemfo vs. Tragsa)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 137 (2008).
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen: «La nueva ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas», *Revista Vasca de Administración Pública*, 79 (2007).
- DÍEZ SASTRE, Silvia: *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- «Formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos en el mercado interior europeo», *Observatorio de los Contratos Públicos 2014* (2015).
- ESTEVAN DE QUESADA, Carmen: «Competition and Transparency in public procurement markets», *Public Procurement Law Review*, 5 (2014).
- GALLEGO CÓRCOLES, María Isabel: «Nuevos desarrollos de la contratación “in house” en el Derecho español: los encargos a medios propios y servicios técnicos», *Observatorio de Contratos Públicos 2015* (2016).
- GIMENO FELIÚ, José María: «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», *Revista de Administración Pública*, 176 (2008).
- «El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos», *Cuadernos de Derecho Local*, 22 (2010).
 - «La contratación conjunta y las fórmulas de cooperación como mecanismo de gestión eficiente de la organización en el modelo local», *Observatorio de los Contratos Públicos 2012* (2013).
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: «Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación», *Revista de Administración Pública*, 173 (2007).
- MORENO MOLINA, Ángel Manuel: «Artículo 12. Competencia», en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel / MAURANDI GUILLÉN, Nicolás (dirs.): *Comentarios a la Ley 30/92*, Valladolid, Lex Nova, 2013.
- «Artículo 15. Encomienda de gestión», en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel / MAURANDI GUILLÉN, Nicolás (dirs.): *Comentarios a la Ley 30/92*, Valladolid, Lex Nova, 2013.
- MORENO MOLINA, José Antonio: «El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público», *Documentación Administrativa*, 274-275 (2007).

PASCUAL GARCÍA, José: *Convenios de colaboración entre Administraciones Públicas y Convenios con administrados*, BOE, Madrid, 2012.

SÁNCHEZ GRAELLS, Albert: «Competition and the Public Buyer Towards a More Competition-oriented Procurement: The Principle of Competition Embedded in EC Public Procurement Directives». Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1928724>, (2009).

- *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, Oregon, (2011).

SANTIAGO IGLESIAS, Diana: «Los convenios interadministrativos», en Mariano Yzquierdo Tolsada (dir.), *Tratado de Contratos*, t. XIV, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

- «Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de contratación al ordenamiento español», *Revista General de Derecho Administrativo*, 38 (2015).

VELASCO CABALLERO: Francisco: «Artículo 6. Convenios de colaboración», en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel / MAURANDI GUILLÉN, Nicolás (dirs.): *Comentarios a la Ley 30/92*, Valladolid, Lex Nova, 2013.

VILALTA REIXACH, Marc: *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Cizur Menor, Thomson Reuters / Aranzadi, 2012.

- «Los llamados contratos de auto-provisión (o «contratos *in-house providing*»», en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (dir.): *Tratado de Contratos*, t. XIV, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.