

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO DE FIN DE GRADO EN DERECHO

LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN: EL CASO DE TRACASA

AUTOR

Diego Ibáñez Bueno

DIRECTOR

Martin M^a Razquín Lizarraga

Pamplona / Iruña

30 de mayo de 2017

RESUMEN: Con el fin de garantizar una utilización más eficiente de los fondos públicos y de adaptar las normativas de contratación de los Estados miembros a los principios de igualdad de trato, transparencia, no discriminación y proporcionalidad, entra en vigor la nueva Directiva 2014/24/UE de contratos públicos. Esta innovadora Directiva va a producir grandes cambios en todas las Administraciones europeas.

El presente trabajo ofrece una visión sobre la nueva Directiva en materia de contratación respecto de las modificaciones que ya están sufriendo los entes instrumentales receptores de encomiendas de gestión. Asimismo, se dilucida si las disposiciones contenidas en la nueva Directiva van a resultar directamente aplicables a pesar de no haber sido transpuestas. Finalmente, se estudiará la normativa actual tanto a nivel nacional como regional en relación con las encomiendas de gestión. Además, se analizará un caso concreto de un ente instrumental, el cual debe adaptarse a la nueva Directiva.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública europea, Directiva 2014/24/UE, Encomiendas de gestión, Entes instrumentales

ABSTRACT: With the aim of guaranteeing a more efficient use of public funds and in order to adapt the hiring laws of the member States in the EU with the principles of equal treatment, transparency, no discrimination and proportionality, it enters into force the new Directive 2014/24/EU on public procurement. This innovative Directive is going to produce important changes in all European Administrations.

This essay offers a vision of the new Directive in public procurement regarding the modifications that instrumental bodies are undergoing in relation with management packages. As well, it is analyzed if the Laws contained in this new Directive are going to be directly applicable without transposition. Finally, the national and regional regulations will be studied in relation with the mentioned management packages. Also, a specific case of an instrumental body which must adjust itself with the new Directive will be explained.

KEY WORDS: European public contracts, Directive 2014/24/EU, Instrumental bodies, Management packages.

ABREVIATURAS.....	7
I) INTRODUCCIÓN	8
II) EL PRECEDENTE: LA NUEVA DIRECTIVA 2014/24/UE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN	
1. Ámbito subjetivo: el artículo 2 Directiva 2014/24/UE.....	9
1.1. <i>El criterio de necesidad de interés general y la no creación para fines industriales o mercantiles.....</i>	10
1.2. <i>Personalidad jurídica propia independiente.....</i>	12
1.3. <i>La influencia pública dominante.....</i>	12
2. Ámbito objetivo: el artículo 12 Directiva 2014/24/UE.....	13
2.1. <i>Control análogo (Art. 12. 1 a)).....</i>	13
2.2. <i>Ejecución de la parte esencial de la actividad con el poder adjudicador (Art. 12.1 b)).....</i>	14
2.3. <i>La no existencia de capital privado (Art. 12.1 c)).....</i>	15
III) EFICACIA DIRECTA DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE	
1) Requisitos.....	17
1.1. <i>El ámbito de aplicación.....</i>	17
1.2. <i>Carácter incondicional y suficientemente preciso.....</i>	17
2) Eficacia directa de las disposiciones concretas relativas a los entes receptores de encomiendas de gestión (Arts. 2 y 12 Directiva 2014/24/UE).....	18
2.1. <i>Definiciones.....</i>	19
2.2. <i>Ámbito de aplicación, el art. 2 de la Directiva 2014/24/UE (En relación con los entes receptores de encomiendas de gestión).....</i>	19
2.3. <i>Las disposiciones del artículo 12 Directiva 2014/24/UE.....</i>	20
3) Consecuencias de las directivas no traspuestas en plazo.....	21

3.1. <i>La multa coercitiva</i>	23
3.2. <i>La indemnización a los particulares</i>	23
3.3. <i>La eficacia directa</i>	24
IV) LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN EN LA REGULACIÓN ESTATAL	
1. El medio propio del ente encomendante	26
2. Control análogo	28
3. Realización de la parte esencial de su actividad	29
4. El capital	30
V) TRACASA	
1. Introducción	31
2. Situación de Tracasa con carácter previo a la aplicación de la Directiva 2014/24/UE	32
2.1. <i>Tracasa como poder adjudicador</i>	32
2.1. Personalidad jurídica.....	32
2.2. Dependencia de las entidades mencionadas en los apartados a), b) y c) del art. 2.1 LFCP.....	33
2.3. Fines de interés público sin carácter mercantil o industrial..	34
2.4. Financiación pública mayoritaria, influencia dominante o control de los órganos de administración, dirección o vigilancia.....	34
2.2. <i>Tracasa como ente instrumental</i>	35
3. Transformación con la entrada en vigor de la Directiva 2014/24/UE...	36
3.1. <i>Trabajos Catastrales, S.A.U</i>	38
3.2. <i>Tracasa Instrumental, S.L</i>	38

4. Tracasa como poder adjudicador y receptor de encomiendas de gestión; Crítica a la sujeción de la empresa a la LFCP.....	39
<i>4.1. Creación específica de Tracasa para satisfacer necesidades de interés general.....</i>	<i>41</i>
<i>4.2. El criterio del carácter de industrial o mercantil en Tracasa....</i>	<i>42</i>

VI) CONCLUSIONES

VII) BIBLIOGRAFÍA

1. Bibliografía; Libros, revistas y artículo.....	47
2. Relación sentencias citadas.....	48

ABREVIATURAS

CE	Comunidad Europea
CPEN	Corporación Pública Empresarial de Navarra
EU	European Union
LF	Ley Foral
LFCP	Ley Foral de Contratos Públicos
PYMES	Pequeñas y Medianas Empresas
RD	Real Decreto
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRACASA	Trabajos Catastrales, S.A.U.
TFUE	Tratado de funcionamiento de la Unión Europea
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
UE	Unión Europea

I) INTRODUCCIÓN

Sin ánimo de que este trabajo constituya una comparativa entre la derogada Directiva 2004/18/CE y la nueva Directiva 2014/24/UE, estas indudablemente constituirán el punto de partida para entender el cambio radical que han sufrido las empresas públicas consideradas como entes instrumentales de las grandes Administraciones Públicas europeas.

Y es que dejando a un lado las críticas que en el mundo jurídico pueda suscitar la nueva Directiva, las modificaciones que se establecen, cumplen notablemente con los objetivos que desde hace muchos años se están buscando. A efectos prácticos, esto se va a traducir en una modernización de la regulación aplicable a todos los tipos de contratos públicos para garantizar la seguridad jurídica, incrementar la eficiencia en el gasto público, facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas y permitir que los poderes adjudicadores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes¹.

Una vez analizada esta nueva Directiva, en relación con su aplicación, se tratará el tema de la eficacia directa de la Directiva. Una vez analizada la misma, se podrá analizar si procede la aplicación de las modificaciones en las encomiendas de gestión al ámbito interno de nuestro Estado, sin la necesidad de transposición ya que el plazo de transposición ya ha expirado. También se determinarán, en función de diferentes supuestos las consecuencias jurídicas que tendrán los Estados.

Finalmente, tras haber realizado este análisis comunitario, se acudirá a la regulación nacional donde se explicará cómo se encuentran reguladas actualmente las encomiendas de gestión en relación con los medios propios de un Administración Pública, para finalmente aplicar el nuevo contenido de la Directiva a un caso sufrido por una sociedad mercantil pública en Navarra, obligada a adaptarse a la nueva Directiva.

¹ BOUSO DARRIBA, GERMÁN Y LOMAS MENESES, MARÍA. *Las nuevas Directivas en materia de contratación (I)*. Nota informativa N°2/2015, 2014, pág. 1.

II) EL PRECEDENTE: LA NUEVA DIRECTIVA 2014/24/UE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Con ánimo de evitar la discrecionalidad de determinados organismos de Derecho público considerados como medios propios de otros entes públicos, la nueva Directiva de contratos delimita ciertos criterios jurisprudenciales² en esta nueva norma. En referencia a estos contratos *in house providing*, el análisis de los artículos 2 y 12 de la nueva Directiva van a resultar trascendentales.

1. **Ámbito subjetivo; El artículo 2 Directiva 2014/24/UE**

Analizando la nueva Directiva desde el ámbito subjetivo, observamos que, a grandes rasgos, la Directiva sigue siendo muy similar a su predecesora, la Directiva 2004/18/CE. Es más, la propia Directiva establece cuando habla de los poderes adjudicadores y de las nuevas matizaciones en la definición de Organismo de Derecho Público que debe quedar claro “que el ámbito de aplicación *ratione personae* de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones³”. Por lo que, a excepción de la delimitación que la Directiva hace a este concepto a raíz tanto de la jurisprudencia como de las aclaraciones del TJUE, los demás sujetos considerados como poderes adjudicadores en la Directiva son similares a la de su predecesora⁴.

Cabe destacar, que si bien, el ánimo de la nueva Directiva no es modificar el ámbito subjetivo de la anterior, el artículo 2 de la nueva Directiva de contratos va a hacer referencia a tres conceptos. Los dos primeros conceptos hacen referencia al ámbito de aplicación de los poderes adjudicadores⁵ y son similares a los de la Directiva de contratos

² HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final inesperado”, 2015, pág. 203. En: GIMENO FELÍU, J.M. (dir.), *Observatorio de los contratos públicos. Las nuevas Directivas en materia de Contratación Pública*, 2015.

³ Ver considerando 10 Directiva 2014/24/UE.

⁴ Ver artículo 1.2.9 Directiva 2004/18/CE donde se señalan los poderes adjudicadores a los que les será aplicable la nueva Directiva y que son: “(...) *El Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de Dichos Organismo de Derecho público*” y el artículo 2.1. apartado 1 de la Directiva 2014/24/UE.

⁵ Art. 2.1. apartado 2 “*Autoridades, órganos y organismos centrales: los poderes adjudicadores que figuran en el anexo I y, en la medida en que se introduzcan rectificaciones o modificaciones a escala nacional, las entidades que las sucedan*”. Y art. 2.1. apartado 3 “*Poderes adjudicadores subcentrales*»: *todos los poderes adjudicadores que no sean las autoridades, órganos u organismos estatales*”.

anterior. No obstante, el concepto que adquiere una gran relevancia es el concepto de organismo de Derecho público, el cual es matizado. Este concepto establece que tendrán la consideración de Organismo de Derecho Público los entes que reúnan las siguientes características: “Que se hayan creado para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil (1); Personalidad jurídica propia (2) y financiación mayoritaria por parte del Estado, gestión supervisada de dichas autoridades u organismos, órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público (3)”⁶. La intención del legislador para añadir estas matizaciones parece clara, incluir a efectos de aplicación de la normativa contractual tanto a los sujetos públicos que actúen fuera del mercado como aquellos entes que revisten una forma jurídico-privada, y que, bajo una influencia pública dominante, no actúan en régimen de mercado⁷.

Por tanto, podríamos afirmar, tal y como afirma LIBERTINI⁸, que esta figura creada por la jurisprudencia europea es clave para entender la privatización formal de entes públicos que se encontraban bajo una influencia dominante y que así conseguían escapar del ámbito de aplicación de las Directivas europeas para las adquisiciones de bienes y servicios que tuviesen que realizar⁹. Asimismo, los criterios deben cumplirse de forma cumulativa, es decir, para que un ente sea considerado organismo de Derecho público deberá cumplir con los tres requisitos conjuntamente¹⁰.

1.1. El criterio de necesidad de interés general y la no creación para fines industriales o mercantiles

Respecto del criterio de necesidad e interés general, cabe señalar que un ente cumple este criterio cuando se dan dos condiciones: en primer lugar, cuando los estatutos

⁶ Artículo 2.1 apartado 4 Directiva 2014/24/UE.

⁷ CERUTTI, C. *Concepto de Organismo de Derecho Público en la normativa contractual pública europea*, 2012, 2012, pág. 168.

⁸ LIBERTINI, M. “Organismo di diritto pubblico, rischio d’impresa y concorrenza: una relazione ancora incerta”, págs. 1-4. En: CERUTTI, C. *Concepto de ‘Organismo de Derecho Público’ en la normativa contractual pública europea*, 2012, pág. 168.

⁹ Referencia realizada por el TJCE en septiembre de 1988, asunto C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV contra Estado de los Países bajos*.

¹⁰ Así lo señala la STJCE de 15 de enero de 1998, asunto C-393/06, al resaltar que “De esta disposición se deduce que los tres requisitos allí enunciados tienen un carácter acumulativo”.

o norma que lo crea así lo establezca, y, en segundo lugar, cuando a pesar de que ni la norma o estatutos que la crearon establezca tal condición, en la práctica efectivamente esté realizando actividades de interés general¹¹. El primer criterio parece claro, no obstante, el segundo puede dar lugar a dudas. Para reforzar esta interpretación, la jurisprudencia comunitaria admite que cuando una entidad que no ha sido creada formalmente (pues ni la norma o estatutos así lo establecen) para satisfacer necesidades de interés general, pero posteriormente, en la práctica las ejerce, cumplirá con este requisito, siempre y cuando objetivamente se pueda comprobar que en la práctica satisface dichas necesidades¹².

Respecto al criterio de no haber sido creado para satisfacer fines industriales o mercantiles, actualmente se barajan dos tesis. Una primera tesis entiende que un organismo de Derecho Público se puede calificar como tal cuando, además de crearse por necesidades de interés general, no como empresario, ni con el uso de un establecimiento mercantil, ni con el desarrollo de una actividad empresarial¹³. Es decir, cuando dicho ente no revista todas las características habituales de una empresa privada.

Por el contrario, una segunda tesis, a priori, más aceptada, establece que una entidad podrá ser considerada como organismo de Derecho Público cuando las actividades que se desarrollen, no se desarrollen en condiciones de mercado, es decir, que en cierto modo no exista una iniciativa privada para satisfacer unas necesidades generales y públicas y que, por tanto, la iniciativa pública cubra dichas necesidades, o bien cuando esta quiera adquirir una posición dominante sobre dichos bienes. A este respecto cabe destacar la STJUE de 16 de octubre de 2003¹⁴, al establecer que “*en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante*”¹⁵.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*, 2008, págs. 702-707.

¹² Ver STJUE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-470/99.

¹³ CERUTTI, C. *op.cit*, 2012, pág. 170.

¹⁴ Numeral 80, STJUE de 16 de octubre de 2003, en el asunto C-283/00.

¹⁵ A este respecto ver también las SSTJUE, *Adolf Truley*, asunto C-373/00, de 22 de mayo de 2003, apartado 50, y *Korhonen y otros*, asunto C-18/01, de 22 de mayo de 2003, apartado 47.

1.2. Personalidad jurídica propia e independiente

A estos efectos, el organismo de Derecho público ha de estar dotado de una personalidad jurídica propia y diferenciada respecto del organismo del que dependa. Por tanto, deberá estar dotada de capacidad de obrar, entendiéndose tal como capacidad de adquirir, modificar o perder por acto propio la titularidad de relaciones jurídicas¹⁶.

1.3. La Influencia pública dominante

Como hemos establecido anteriormente, en base a lo establecido en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE, un ente se someterá al ámbito de aplicación de esta Directiva cuando su actividad se encuentre financiada mayoritariamente por el Estado, por los entes territoriales o por otros organismos de Derecho público, o bien, su gestión esté sujeta al control de estos mismos –en el sentido de que pueda influir en sus decisiones supervisando las actividades que realiza bajo su influencia-, o bien, su órgano de dirección y vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sea nombrado por el Estado, por los entes territoriales o por otros Organismos de Derecho público¹⁷.

Como aclaración al término de “financiación mayoritaria”, se entenderá como tal, cuando la supervivencia de dicho ente depende de la financiación pública, de tal forma, que sin dicha financiación pública no podría desarrollar sus actividades. Respecto de la expresión “mayoritariamente” se ha pronunciado el TJUE¹⁸ para fijar esta financiación en más de un 50%¹⁹. Veremos cómo en la normativa estatal, tanto a nivel nacional como regional, este criterio es mucho más restrictivo con los entes considerados como medios propios obligándolos a estar financiadas totalmente con dinero público.

¹⁶ CERUTTI, C. 2012, *op. cit.*, pág. 171.

¹⁷ CERUTTI, C. 2012, *op. cit.*, págs. 172-173.

¹⁸ STJUE, de 3 de octubre de 2000, asunto C-380/98, cuando establece “(...) o bien, cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público.”.

¹⁹ CASALINI, D. “L’organismo di Diritto pubblico e l’organizzazione in house”, 2009, pág. 136. Referencia encontrada en CERUTTI, C. *Concepto de Organismo de Derecho Público en la normativa contractual pública europea*, 2012, pág. 170.

2. Ámbito objetivo; Artículo 12 Directiva 2014/24/UE

El artículo 12 es el fruto de una larga jurisprudencia del TJUE en cuanto a los contratos celebrados entre entidades del sector público. Tal y como establece esta nueva normativa, existe una gran inseguridad jurídica entre entidades públicas a la hora de celebrar contratos con otras entidades u organismos del sector público. Con el fin de evitar un abuso por parte de las Administraciones en sus relaciones, el artículo 12 viene a reforzar los criterios por los cuales una Administración pública va a poder utilizar sus recursos propios para contratar sin necesidad de aplicar los criterios de contratación de esta Directiva²⁰.

El artículo 12, lo que viene a establecer son los contratos que van a quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de contratos. A este respecto, tres van a ser las condiciones que en base a este artículo se van a tener que cumplir. Cabe destacar que nos encontramos ante un artículo novedoso, el cual no estaba contemplado en la anterior Directiva de contratos, ya que cuando regulaba esta cuestión, simplemente establecía la necesidad de un derecho exclusivo en virtud de una norma legal, reglamentaria, o administrativa para que a los contratos celebrados entre entidades dependientes del sector público no les resultase de aplicación la Directiva²¹.

2.1. Control análogo (Art. 12. 1 a))

Se trata de un requisito que, tras una jurisprudencia reiterada, establece que se entiende por control análogo “la influencia decisiva” que el ente ejerce sobre los objetivos estratégicos y decisiones significativas de la entidad controlada, pudiendo ser ejercido por otro ente siempre y cuando esté a su vez controlado de igual forma por el poder adjudicador²².

Se trata de un requisito que ya se estableció con anterioridad en la jurisprudencia y que finalmente se ha materializado en la nueva Directiva. A este respecto, la STJUE de

²⁰ Es el considerando 31 de la Directiva 2014/24/UE el que hace referencia a esta “inseguridad jurídica” respecto de las Administraciones a la hora de aplicar los criterios de contratación.

²¹ Ver artículo 18 Directiva 2004/18/CE

²² Ver artículo 12.1 último párrafo Directiva 2014/24/UE.

29 de noviembre de 2012, siguiendo los criterios de la sentencia *Teckal*²³, que marcan el inicio de la jurisprudencia sobre la contratación directa. A raíz de esta sentencia, se entenderá por control análogo cuando dicha relación se base en una influencia dominante del ente encomendante según los criterios de influencia pública dominante analizados anteriormente, así como, cuando dicho control se produzca tanto a nivel estructural, funcional y efectivo²⁴.

Por otra parte, tal y como se establecía en el artículo 12. 1 apartado a), el control puede ser ejercido conjuntamente. A este respecto, la Directiva ofrece en su apartado tercero de este mismo artículo una lista tasada de los requisitos que han de cumplirse²⁵. En primer lugar, esta lista va a exigir que el órgano decisorio del ente controlado esté formado por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Asimismo, que dichas personas jurídicas puedan ejercer conjuntamente la anteriormente mencionada influencia decisiva sobre los objetivos y decisiones más importantes. Y finalmente, se establece que el ente controlado no ejerza intereses contrarios al de los entes que la controlan²⁶.

En definitiva, tal y como establece MOLL FERNÁNDEZ-FIGARES²⁷, la nueva directiva busca que los lazos entre entidad encomendante y encomendada sean mucho más estrechos, impidiendo por ejemplo encargar una actividad a una sociedad de la que no se tiene ninguna acción.

2.2. Ejecución de la parte esencial de la actividad con el poder adjudicador (Art. 12.1 b))

²³ STJUE de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, en el asunto C-107/98. En el numeral 50 de esta sentencia se establece: “(...) basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de este. Solo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan”.

²⁴ Ver numeral 27 de la sentencia mencionada. A este respecto, el propio numeral señala las sentencias *Parking Brixen*, asunto C-458/03, de 13 de octubre de 2005, apartado 65, y *Coditel Brabant*, asunto C-324/07, de 13 de noviembre de 2008, apartado 28. También ver sentencia *Coditel Brabant*, apartado 46, que se pronuncia respecto al control efectivo.

²⁵ Ver Art. 12. 3 c) Directiva 2014/24/UE.

²⁶ BOUSO DARRIBA, G. Y LOMAS MENESES, M. *Las nuevas Directivas en materia de contratación (I)*. 2014, pág. 11.

²⁷ MOLL FERNÁNDEZ-FIGARES, L.S. *Los encargos a medios propios en la legislación actual*. 2017, pág. 89.

Se trata de la modificación más importante que hace la nueva Directiva de contratos respecto de los encargos entre entes de la Administración. Se trata de una premisa completamente novedosa que la legislación interna de los Estados miembros no recoge. A este respecto, se entenderá que una persona jurídica desarrolla la parte esencial de la actividad para su poder adjudicador cuando más del 80% de las actividades llevadas a cabo en su ejercicio (anual) provengan de los encargos encomendados por dicho poder adjudicador²⁸.

Actualmente, durante el análisis de la eficacia directa de la Directiva de contratos y de las encomiendas de gestión en el actual TRLCSP observaremos que esta disposición resultará aplicable a pesar de que la Directiva no haya sido traspuesta al contener un mandato claro, incondicional y lo suficientemente preciso.

2.3. La no existencia de capital privado (Art. 12.1 c)

Este apartado hace referencia a que, de forma directa, el ente al que se pretenda adjudicar directamente, no podrá tener participación privada. Este apartado nace como consecuencia de la jurisprudencia del TJUE. Esta establece que cuando un operador económico privado participa, aunque dicha participación resulte minoritaria, en un ente público al que posteriormente se le adjudican los contratos de forma directa, podría vulnerar el principio de competencia entre empresas. Y es que cabe destacar que la propia Directiva de contratos en sus Considerados primero y segundo establece, por un lado, que el objetivo general de la nueva Directiva es facilitar la igualdad de trato y la no discriminación, mientras que, por el otro, quiere asegurar la entrada de las PYMES a las licitaciones con la inclusión de nuevos mecanismos²⁹.

En la práctica, esto se traduce en empresas que son receptoras de encomiendas de gestión y al mismo tiempo se presentan a licitaciones y actúan en condiciones normales de mercado, hecho que produce un desequilibrio con respecto del resto de empresas al tener asegurada anualmente una parte de sus actividades gracias a los encargos de su poder adjudicador.

²⁸ Ver art. 12.1 b) Directiva 2014/24/UE.

²⁹ Ver considerandos 1 y 2 Directiva 2014/24/UE

III) LA EFICACIA DIRECTA DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE

Una vez analizados los principales cambios normativos, puesto que la Directiva de contratos aún no ha sido traspuesta en nuestra regulación interna, habrá que proceder a analizar si en base a los criterios jurisprudenciales establecidos por el TJUE, estas disposiciones van a ser objeto de eficacia directa sin necesidad de transposición en nuestra regulación interna.

Tal y como establece el artículo 90 de la Directiva de contratos, se exige que los Estados miembros traspongan la normativa contenida en esta Directiva con la fecha límite siguiente: el 18 de abril de 2016. Si bien, ya existe una problemática respecto al rigor con el que los Estados miembros trasponen las directivas europeas en su regulación interna, cabe destacar que ningún Estado miembro posee un mecanismo particular para hacerlo, por lo que la transposición de las directivas será diferente en función de cada Estado. Particularmente en España, una directiva se ve traspuesta a través de una tramitación ordinaria de un proyecto de ley de las Cortes Generales, que previamente prepara el Gobierno de la Nación, sin tener en cuenta el contenido que sea competencia de una Comunidad Autónoma, en virtud de lo establecido en su Estatuto de Autonomía³⁰.

Independientemente de los reiterados esfuerzos realizados por la Comisión, para que los Estados miembros realicen una codificación de rigor en su regulación interna del Derecho de la UE (objetivo el cual es complicado cumplir ya que la realidad política e institucional que hay en cada momento en un Estado es diferente, así como de las posibles consecuencias patrimoniales a las que se pudieran enfrentar dichos Estados miembros), el artículo 288 TFUE establece la obligatoriedad de la aplicación de las Directivas. Por tanto, dejando a un margen todas estas consideraciones, determinados artículos contenidos en la Directiva de contratos van a resultar de aplicación siempre y cuando cumplan dos requisitos: que dichas modificaciones se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la Directiva y que el contenido de las disposiciones de dicha Directiva tenga un carácter incondicional y sea lo suficientemente precisa³¹.

³⁰ Tribunales Administrativos de Contratación Pública. “*Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público*”, 2016, pág. 4.

³¹ El efecto directo del Derecho europeo fue consagrado por el TJCE en la sentencia *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963, en el asunto 26/62. Se establece por primera vez la idea de que el Derecho europeo

1. Requisitos

En base a lo explicado anteriormente, debemos de analizar si las nuevas definiciones de organismo de Derecho público y el contenido del artículo 12 van a cumplir con los requisitos para poder ser aplicados directamente en nuestra regulación. Para ello, debemos analizar los criterios jurisprudenciales que establecen que tipo de disposiciones podrán gozar de eficacia directa y cuáles no. De todos los requisitos existentes, para este trabajo será de utilidad analizar los que afecten directamente al artículo 2 y 12 de la Directiva 2014/24/UE, es decir, los referentes al ámbito de aplicación y al tipo del contenido existente en el artículo 12. No obstante, cabría en primera instancia matizar estos requisitos para a continuación ver si encajan con los artículos mencionados.

1.1. El ámbito de aplicación

Para que la eficacia directa de una Directiva se pueda aplicar, esta deberá afectar a los sujetos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. Concretamente, los conceptos de poder adjudicador y organismo de Derecho público contenidos en el artículo 2, serán los que deban ser analizados. Puesto que todos los sujetos que son de nuestro interés ya estaban contenidos en la anterior Directiva, estos van a resultar de aplicación. No obstante, cabe la posibilidad de que las nuevas matizaciones respecto del concepto de organismo de Derecho público no resulten de aplicación, por lo que deberá analizarse si el contenido del mismo gozará de eficacia directa.

1.2. Carácter incondicional y suficientemente preciso

Esta afirmación jurisprudencial nace de una larga colección de sentencias del TJUE en las cuales se plantea continuamente una problemática de fondo similar, sobre si las normas europeas deben resultar de aplicación en el Derecho interno cuando dichas directivas no han sido traspuestas al ordenamiento jurídico interno una vez transcurre la

genera obligaciones a los particulares. Por tanto, los particulares pueden hacer valer frente a los Tribunales nacionales los derechos contenidos en disposiciones europeas.

fecha de entrada en vigor de la Directiva. En cuanto al contenido de la nueva Directiva de contratación, resultarán de aplicación aquellos preceptos que contengan obligaciones detalladas para los poderes adjudicadores³². No obstante, aquel contenido que no pueda ser incorporado a la normativa estatal a través de una opción legislativa o aquella que no delimite o precise una medida con claridad, entendiéndose por claridad el carácter incondicional y preciso mencionado anteriormente, carecerá de eficacia directa y no podrá ser invocado ante los Tribunales nacionales.

Un claro ejemplo de un contenido que no podría ser traspuesto sería el art. 18.1 de la Directiva de contratos. En este sentido, el artículo establece una obligación de los Estados a la hora de garantizar el cumplimiento por parte de los operadores económicos de los criterios medioambientales, sociales y laborales en la ejecución de contratos públicos cuando subraya que los estados miembros “*tomarán las medidas pertinentes para garantizar (...)*”. La Directiva, al no establecer un mecanismo concreto, posteriormente no podrá exigir que de forma directa y sin transposición los Estados miembros articulen un mecanismo concreto, ya que el contenido de este artículo carece de esa concreción clara y precisa exigida por la jurisprudencia.

En líneas generales, cumplen este requisito, entre otras, las disposiciones sobre el ámbito de aplicación material y personal de la Directiva y las relativas a los procedimientos aplicables a la adjudicación de los contratos sujetos a ella³³. La Directiva de contratos, al igual que el resto de directivas, deberá resultar aplicable ante cualquier tribunal contencioso-administrativo independientemente de que dichas disposiciones se hallen contenidas en un anteproyecto de Ley (como el que tiene España en estos momentos) o incluso aunque no exista disposición alguna sobre la misma, siempre y cuando se cumpla con el requisito mencionado anteriormente.

2. Eficacia directa de las disposiciones concretas relativas a los entes receptores de encomiendas de gestión (Arts. 2 y 12 Directiva 2014/24/UE)

³² Como son los artículos que afectan directamente a las encomiendas de gestión. Ver arts. 2, 4 y 12 de la Directiva 2014/24/UE.

³³ GIMENO FELÍU, J.M. “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios; Alcance de la jurisprudencia comunitaria”, 2005, pág. 839.

Una vez analizados los requisitos que deben ser de aplicación a los supuestos que están siendo objeto de estudio, las encomiendas de gestión, deberá ser analizado el contenido de los artículos 2 y 12 de la Directiva 2014/24/UE, en base a la clasificación que la jurisprudencia europea ha elaborado³⁴:

2.1. Definiciones

Las definiciones no han sido objeto de grandes modificaciones respecto de la Directiva 2004/18/CE. Sin embargo, en relación con las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la nueva Directiva de contratos llama la atención la inclusión de la definición de «organismo de Derecho Público» analizado a la luz de las sentencias del TJUE³⁵. Esta definición, la cual afecta directamente al ámbito de aplicación de un ente instrumental o medio propio³⁶, resultaría de aplicación, aunque la Directiva de contratos no esté traspuesta en nuestro ordenamiento. En ella se contiene una disposición incondicional y suficientemente clara al establecer que “*un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un «organismo de Derecho público»*”. Esta definición, como veremos más adelante, resulta fundamental para entender que organismos dentro de la Administración pueden escapar del ámbito de aplicación de la Directiva y cuáles no.

2.2. El ámbito de aplicación, el art. 2 de la Directiva 2014/24/UE

El ámbito de aplicación se trata de otro supuesto que resultaría de aplicación sin necesidad de transposición. En este sentido, se puede hacer referencia a los artículos 1 y 2 de la Directiva 2014/24/UE. Estos artículos contienen disposiciones expresas sobre esto. Por ejemplo, el artículo 2 hace referencia a los conceptos de “poder adjudicador” y “entidad adjudicadora”. Dentro de estas menciones se establecen los entes u organismos que van a integrar dicho concepto. Concretamente, a nosotros con respecto de las

³⁴ GIMENO FELÍU, J.M. *Novedades del anteproyecto Ley Contratos Sector Publico. La trasposición de las directivas de contratación pública en España*, 2016, págs., 33 y ss.

³⁵ Ver considerando 10 Directiva 2014/24/UE

³⁶ Este artículo define lo que se considerará Organismo de Derecho Público, lo que a efectos prácticos se traducirá en que entes estarán sujetos al ámbito de aplicación de la Directiva, y, por consiguiente, podrán ser receptores de encomiendas de gestión. Ver artículo 4 Directiva 2014/24/UE.

encomiendas de gestión y entes instrumentales nos va a resultar de sumo interés la inclusión dentro del concepto de poder adjudicador de “Organismo de Derecho Público”. En este sentido, se establecen criterios que delimitan este concepto, quedando fuera, sin necesidad de transposición, aquellas sociedades mercantiles que no cumplen con los requisitos de interés público, actividad industrial o mercantil, personalidad jurídica propia, financiación mayoritaria por el Estado, autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, etc.³⁷

En definitiva, a cualquier entidad que se encuentre dentro de estos artículos, se van a poder aplicar las disposiciones en las que se haga referencia a ellas puesto que la Directiva se refiere a ellas de manera concreta y precisa, sin perjuicio de que en dichos preceptos también se cumplan los objetivos que están siendo analizados.

2.3. Las disposiciones del artículo 12 Directiva 2014/24/UE

Aquí deben ser analizadas las disposiciones que afectan directamente a las encomiendas de gestión y a los entes que utilizan dicho instrumento. Es el artículo 12 de la Directiva en primer lugar, el que modifica los requisitos que afectan a los entes receptores de encomiendas de gestión. Como ya se ha mencionado, este artículo establece varios requisitos que debemos ver si efectivamente cumplen con los requisitos de claridad e incondicionalidad.

Respecto del “control análogo³⁸”. Se trata de un concepto ya recogido en nuestra legislación con anterioridad, que al mismo tiempo ha sido objeto de estudio por parte de la jurisprudencia y al que le hemos dedicado un apartado anteriormente. Concretamente, tanto el TRLCSP a nivel nacional (Art. 24.6 TRLCSP) como la disposición autonómica Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, reformada por la Ley foral 3/2013 (Art. 8.2 a)). Al ser un requisito existente, no es necesario una transposición o una aplicación directa ya que con anterioridad ha venido aplicándose.

³⁷ Subapartados a) b) c) Ap. 4 Art. 2 Directiva 2014/24/UE.

³⁸ Art. 12.1 a) Directiva 2014/24/UE. Este requisito será analizado posteriormente conforme a nuestra legislación actual, ver punto IV.

El principal criterio modificado en la Directiva de contratos afecta a la actividad de la persona jurídica sobre la que se realiza el encargo. La actividad que realiza el ente instrumental para su poder adjudicador ahora deberá ser de un 80%. Aplicando el criterio de incondicionalidad y precisión se puede afirmar que esta nueva premisa va a ser objeto de aplicarse directamente a la normativa estatal sin necesidad de una transposición ya que contiene los requisitos de claridad mencionados anteriormente.

Por último, el criterio contenido respecto de los medios propios contenido en el artículo 12.1 c) de la Directiva 2014/24/UE, constituye un criterio que no va a ser objeto de transposición directa tal y como establece el documento de estudio de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública³⁹ al extender el ámbito de aplicación del artículo 24.6 TRLCSP, pero no establecer ninguna premisa concreta al respecto.

Además de estas disposiciones, existen otras contenidas en la Directiva que van a ser objeto de aplicación directa sin necesidad de transposición. No obstante, al no guardar relación con alguna con las encomiendas de gestión no merece la pena detenerse en ellas.

3) Consecuencias de las directivas no traspuestas en plazo

El artículo 288, Capítulo II, Sección primera del Tratado Fundacional de la Unión Europea (TFUE) es el encargado de regular los actos jurídicos de la Unión. Es esta disposición la que regula que una Directiva constituye una disposición de Derecho derivado. Asimismo, en esta disposición es donde emana el poder de eficacia directa de las Directivas al establecer que las Directivas obligarán “al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse”. Y es que, cabe destacar que la UE tiene un ordenamiento jurídico propio, que afecta no solo a los Estados miembros, sino también a los nacionales de dichos Estados. Por tanto, las disposiciones no solo explícitas que se establezcan en los TI, sino también “*aquellas obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida*” van a entrar a formar parte del OJ europeo, y, por consiguiente, de

³⁹ MOLL FERNÁNDEZ-FIGARES, L.S. *Los encargos a medios propios en la legislación actual. Texto adaptado a las Leyes 39 y 40/2015 y al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, 2016, pág.85, cuando transcribe el estudio aprobado por el Tribunal mencionado.

los estados miembros⁴⁰. En definitiva, el contenido de la disposición regulada en este Tratado (TFUE) obligará a cualquier Estado miembro a cumplirla al haberlo ratificado, por lo que, si un Estado miembro no adopta una Directiva se le podrán imponer diversos tipos de sanciones.

No existe una norma concreta donde se establezcan sanciones por la no transposición de una Directiva dentro del plazo fijado para ellos. No obstante, si acudimos a los artículos 258 y ss. TFUE y a la jurisprudencia del TJUE se pueden establecer consecuencias jurídicas para los Estados miembros⁴¹:

3.1. *La multa coercitiva*

En virtud del art. 258.1 TFUE, cuando un Estado miembro incumple cualquier obligación a la que se ha comprometido a cumplir “en virtud de los Tratados”, como es la transposición de una Directiva, tanto la Comisión como otro Estado miembro estarán legitimados para recurrir tal cuestión ante el TJUE⁴². La Comisión emitirá un dictamen motivado (Permitiendo con carácter previo al Estado afectado que presente sus observaciones) al respecto en el que se establecerán cuáles han sido las obligaciones incumplidas y se exigirá la subsanación de las mismas. Un Estado miembro, previamente a recurrir al TJUE deberá someter la cuestión a la Comisión para que esta elabore el dictamen⁴³. En caso de que en el plazo de 3 meses no existiera un dictamen, el Estado que lo hubiere solicitado podrá acudir al TJUE.

El TJUE en primera instancia emitirá una sentencia y en caso de estimar que se ha incumplido tal obligación, obligará al Estado a tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de la misma⁴⁴. En esta primera fase, no se impondrán multas si el Estado incumplidor cumple con la sentencia. No obstante, nuevamente la Comisión, si considera que no ha adoptado “las medidas necesarias” podrá someter la cuestión nuevamente al

⁴⁰ Numeral 31 STJUE de 19 de noviembre de 1991. *Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros contra República Italiana* en relación con las sentencias de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, asunto 26/62, y de 15 de julio de 1964, *Costa*, asunto 6/64,

⁴¹ Tribunales Administrativos de Contratación Pública. “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público”, 2016, págs. 6-7.

⁴² Arts. 258 (Párr. 1º) y 259 (Párr. 1º) TFUE.

⁴³ Ver Art. 259 (2º párr.).

⁴⁴ Ver Art. 260.1 TFUE.

TJUE, ofreciendo nuevamente la posibilidad de que el Estado presente observaciones al respecto. Ahora sí, la Comisión indicará cuando acuda al TJUE “el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado y que considere adaptado a las circunstancias⁴⁵”.

Se observa que la Comisión, en cualquier caso, carece de la potestad para sancionar a un Estado miembro en esta materia, simplemente podrá establecer una cantidad de dinero que deberá ser ratificada, rechazada o modificada por el TJUE, el cual, al recibir nuevamente el asunto deberá analizar la cuestión y resolver sancionando al Estado en caso de que haya incumplido su sentencia previa. Si resuelve desestimando el recurso de la Comisión, entonces el Estado miembro no tendrá multa al entenderse que sí que ha adoptado las medidas necesarias para cumplir con la obligación impuesta, que recordemos, será la de transposición de las Directivas.

3.2. *Indemnización a los particulares*

Se trata de otra consecuencia jurídica que nace del incumplimiento del deber de transposición de una Directiva. En este caso, cuando se den determinadas condiciones, los particulares podrán recibir una indemnización como consecuencia tanto de la incorrecta transposición como del retraso que pueda producirse en ella. Estos supuestos se hallan estrechamente vinculados a la eficacia directa de las Directivas. Es la Sentencia del TJUE, de 19 de noviembre de 1991, en el asunto *Andrea Francovich y Danila Bonifaci*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90 donde se resuelve esta cuestión. Esta sentencia, la cual se haya íntimamente ligada al deber de eficacia directa y responsabilidad del Estado en la transposición de las Directivas comunitarias, establece que el Estado que no haya traspuesto la Directiva a tiempo deberá reparar los daños ocasionados a los particulares⁴⁶.

Esta sentencia es posterior a los establecido por las SSTJUE 5 de abril de 1979, en el asunto *Ratti*, y posteriormente en la sentencia de 19 de enero de 1982, en el asunto

⁴⁵ Ver Art. 260.2 TFUE

⁴⁶ STJUE de 19 de noviembre de 1991. *Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros contra República Italiana*. Asuntos acumulados c-6/90 y c-9/90.

Ursula Becker contra *Finanzant Munster-Innenstadt*⁴⁷, al fijar la capacidad de los particulares para invocar una Directiva no traspuesta. Ambas sentencias resuelven la misma cuestión de fondo: la aplicabilidad del efecto directo de las directivas. No obstante, esta última sentencia aporta un nuevo componente al establecer que una disposición de una Directiva, que en cuanto al contenido resulte incondicional y precisa, podrá “ser invocada por los particulares afectados a falta de medios de ejecución de la mencionada Directiva que debían haber sido adoptadas por el Estado destinatario de la Directiva en un plazo determinado”. Posteriormente y en este sentido, la jurisprudencia se reafirma constantemente y de manera uniforme en el mismo sentido.

Más allá de lo establecido en materia de eficacia directa, deber de transposición y principio de responsabilidad del Estado, esta sentencia establece tres requisitos por los cuales un Estado estará obligado a indemnizar a los particulares⁴⁸:

En primer lugar, es que la Directiva, en su contenido, otorgue derechos en favor de los particulares. En segundo lugar, se establece “que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva”. Para que se den estos dos requisitos vamos se necesita que la Directiva contenga dos cosas; Un derecho específico en favor de un particular, y que dicho derecho, este contenido de forma clara y precisa. Observamos por tanto que el derecho deberá cumplir con los requisitos de carácter incondicional y suficientemente preciso analizados anteriormente. De ahí la relación de estos requisitos con los de eficacia directa, ya que, si el contenido no es claro, los particulares no podrán oponer contra el Estado. En tercer lugar, y una vez se dan los requisitos anteriores, deberá darse además una “relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación del Estado y el daño sufrido por las personas afectadas”, es decir, que se vulnere el derecho comunitario no traspuesto y que afecte a una situación específica de los particulares.

3.3. Eficacia directa

⁴⁷ SSTJUE de 5 de abril de 1979, en el asunto *Ratti*, 148/78, y de 19 de enero de 1982, en el asunto *Ursula Becker*, C-8/81.

⁴⁸ Numeral 40 STJUE, de 19 de noviembre de 1991. *Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros contra República Italiana*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90.

Este último supuesto es el que se da con más habitualidad, no merece la pena detenerse en él porque es la base de los anteriores. Se ha hablado de él extensamente en este apartado, y de forma general como ya se ha comentado defiende que con independencia de que una Directiva no haya sido traspuesta en plazo, si se dan ciertos requisitos jurisprudenciales, las disposiciones de dicha Directiva serán oponibles ante los Tribunales de los Estados miembros.

IV) LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN ACTUAL

Actualmente, las encomiendas de gestión a medios propios se regulan en el artículo 4 (Ap. 6º) del R.D. Legislativo 3/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público a nivel nacional, y en el artículo 14 de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos. No obstante, en este apartado nos centraremos en la regulación nacional, dejando la legislación autonómica para analizar posteriormente el caso de Tracasa.

De conformidad con este artículo (Art. 4 (Ap. 6º) TRLCSP), quedarán excluidos de la presente ley por una parte “los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que conforme a lo señalado en el artículo 24.6 tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación⁴⁹”. Una encomienda de gestión o encargo, va a resultar ser una relación jurídico-pública de carácter bilateral⁵⁰ que a diferencia del resto de contratos celebrados por el sector público no va a ser objeto del procedimiento de adjudicación habitual regulado en el TRLCSP, para todas las entidades que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación. No obstante, no debemos confundir el no sometimiento que se produce entre el ente encomendante y su medio propio con la regulación a la que se somete dicho medio propio, por lo que, posteriormente, dicho medio propio sí que deberá someter la prestación de dicha encomienda a la Ley, teniendo en cuenta del tipo de contrato del que se trate y de la cuantía del mismo.

⁴⁹ Ap. n) Art. 4.1 TRLCSP

⁵⁰ MOLL FERNÁNDEZ-FIGARES, L.S. *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, 2017, Pág. 45.

Una vez tenidas en cuenta estas consideraciones, acudimos al artículo 24 del RD Legislativo 3/2011 donde se establecen los requisitos para ser considerado como medio propio, teniendo a tal efecto la consideración de medio propio los entes, entidades u organismos integrados en el sector público siempre y cuando cumplan estos requisitos; Que realicen la parte esencial de su actividad⁵¹, ostenten al mismo tiempo un control análogo al que pueden ejercer sus propios servicios y que la totalidad de su capital sea de titularidad pública en el caso de tratarse de sociedades.

A continuación, analizaremos estos tres requisitos para comprender la naturaleza jurídica del encargo y entender en que supuestos podrá formalizarse una relación administrativa bajo este instrumento.

1. El medio propio del ente encomendante

Cuando hablamos de la encomienda de gestión, hablamos de una figura basada en la jurisprudencia del TJUE que ha sido objeto de regulación en el Derecho Comunitario⁵². Por tanto, la legislación actual, basada en el mismo, establece cuales son los requisitos para ser considerado como medio propio de un ente encomendante⁵³.

Para ser considerado medio propio del ente u organismo encomendante deben concurrir de forma no simultánea estos dos requisitos: en primer lugar, que exista una norma que cree específicamente dicho medio propio y que establezca de forma clara en sus disposiciones de que ente va a resultar dependiente, o bien, en segundo lugar, mediante los estatutos sociales, estatutos que establecerán que dicho ente es un medio propio. Asimismo, la Ley 40/2015 establece nuevos requisitos en su artículo 86⁵⁴. Por ejemplo, en su apartado segundo se establece que dicho medio propio cuente con los

⁵¹ Actualmente esta disposición ha sido objeto de modificación por la Directiva 2014/24/UE, por lo que el criterio pasa a ser del 80% de su actividad para el ente encomendante

⁵² No obstante, no es la primera ley en la que se regula ya que anteriormente en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Art. 3.1 letra 1 se establece esta distinción, dejando fuera de dicha ley aquellos contratos celebrados entre una entidad adjudicadora cuando esta se encuentre bajo el pleno control de la entidad adjudicadora y realice respecto de ella la parte esencial de su actividad.

⁵³ MOLL FERNÁNDEZ-FIGARES, L.S *Los encargos a medios propios en la legislación actual.*, 2017, págs. 51 y ss. y PASCUAL GARCÍA, J. *Las encomiendas de gestión a la luz de contratos del sector público.* 2010, págs. 33 y ss.

⁵⁴ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

medios suficientes e idóneos para la realización de las futuras encomiendas, así como que su objeto social se corresponda con el sector en que vaya a realizar dichas actividades.

Asimismo, a continuación, hace referencia a que la creación del medio propio debe estar motivado, es decir, que constituía la opción más eficiente y necesaria para que la Administración pueda ejercer su actividad, y que esta resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica (Art. 86.1 a)), o que dicho medio propio sea creado por causas de seguridad pública o de urgencia por necesidad del ente encomendante de que dicho medio propio ponga a su disposición bienes o servicios (Art. 86.1 b)). Por último, este artículo, para impedir que la Administración cree medios propios excluyendo la competencia en el mercado, exige que junto con la creación de un medio propio se acompañe una memoria justificativa donde se informe por Intervención General de la Administración del Estado que vaya a declarar dicho medio propio.

Finalmente, cabe destacar respecto del medio propio, que la jurisprudencia indica que solamente podrá recibir encomiendas de su ente encomendante y no de otro ente, entidad u organismo, sin perjuicio de que el que le encargue sea dependiente de la misma administración que su ente encomendante. Así pues, por ejemplo, una sociedad que es medio propio de una Administración territorial, sólo podrá recibir encargos de dicho ente. No podrá recibir encargos por ejemplo de un Organismo Autónomo que sea dependiente de dicha Administración⁵⁵. Otro caso distinto sería si dicha entidad está controlada, aunque sea mínimamente, por varios poderes adjudicadores. En este caso, al exigirse únicamente que la titularidad sea pública, todos estos poderes adjudicadores que la controlan podrían realizar encomiendas.

No obstante, además del cumplimiento de este requisito, se establecen dos requisitos al respecto que deben ser interpretados de forma estricta y que en caso de no cumplirse impedirán que un ente tenga la consideración de medio propio y que por tanto

⁵⁵ STJUE de 11 de enero de 2005. (Asunto C-26/03), *Stadt Halle*. Esta sentencia resuelve el contrato *in house* celebrado en un hospital con el SUCH (Entidad creada por dichos hospitales para los servicios de comida). El SUCH va a satisfacer las necesidades alimenticias de los hospitales. En esta sentencia el TJUE entiende que una asociación de utilidad pública sin ánimo de lucro que cuente entre sus socios no sólo con entidades pertenecientes al sector público así, sino con instituciones privadas de solidaridad social que desarrollan actividades sin ánimo de lucro, no se cumple el requisito relativo al «control análogo», establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para que un contrato público pueda considerarse una operación *in house*, por lo que es aplicable la Directiva 2004/18/CE.

pueda ser receptor de un encargo: son el control análogo y la realización de la parte esencial de su actividad.

2. Control análogo

El artículo 24.6 del TRLCSP establece que, para tener la consideración de medio propio, los poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando estos ostenten sobre los mismos un control análogo al que puedan ejercer sobre sus propios servicios. Respecto a este tema se pronuncia GIMENO FEÍU⁵⁶ al establecer que el criterio de control análogo implica una dependencia estructural y un control efectivo de manera que las tareas que se encomienden al ente instrumental no se gestionarían de modo distinto si los hubiera acometido el ente dominante. Tal y como destaca este autor: “control análogo que es de carácter funcional y no formal”. Por tanto, no bastaría con la mera declaración legal o estatutaria de que una entidad es medio propio de otro ente. Esto debe materializarse en la práctica y por consiguiente deberá acreditarse que existe un poder dominante tanto en los objetivos estratégicos como en las decisiones importantes de la sociedad⁵⁷.

En definitiva, el mero hecho de constituir una empresa, un ente o un organismo dependiente de un ente matriz, no va a significar que dicha empresa suponga un medio propio.

Otros criterios doctrinales los establecen DEVOLVÉ⁵⁸ al establecer que la influencia dominante por parte del ente encomendante en la práctica debe consistir en una absoluta dominación a la hora de la determinación de voluntades, por lo que no existiría

⁵⁶ GIMENO FELÍU, J.M. “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios; Alcance de la jurisprudencia comunitaria”, 2005. En: MOLL FERNÁNDEZ-FIGARES, L.S. *Los encargos a medios propios en la legislación actual. Texto adaptado a las Leyes 39 y 40/2015 y al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, 2017, pág. 55.

⁵⁷ GIMENO FELÍU, J.M. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre la contratación pública. De la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta de liderazgo institucional de los poderes públicos)*, 2014, pág. 68.

⁵⁸ MOLL FERNÁNDEZ-FIGARES, L.S. *Los encargos a medios propios en la legislación actual. Texto adaptado a las Leyes 39 y 40/2015 y al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, 2017, pág. 56, al nombrar al mencionado autor para definir el control análogo que debe ejercer el ente encomendante sobre sus medios propios.

un contrato, sino un autocontrato, así como PERNAS GARCÍA⁵⁹ que matiza estas palabras estableciendo que el elemento determinante será que el poder adjudicador pueda realizar de forma satisfactoria todos sus objetivos a través de su medio propio de igual forma que si lo realizara ella misma directamente.

Por tanto, parece ser que el artículo 24.6 TRLCSP exige un control análogo que esté basado en primer lugar, en una relevancia práctica que debe ir más allá de la simple norma o estatuto que regula un medio propio como tal, es decir, que por mucho que una norma o los estatutos (En caso de sociedades mercantiles, por ejemplo) regule dicho control análogo, posteriormente en la práctica esto debe quedar patente. En segundo lugar, esta relevancia práctica deberá basarse en una absoluta dominación, dominación que debe implicar que dicho ente realice la actividad persiguiendo la misma voluntad pública que si tal actividad fuese realizada directamente por el ente encomendante⁶⁰.

3. Realización de la parte esencial de su actividad

Este supuesto, hasta la entrada en vigor de la Directiva 2014/24/UE ha sido objeto de análisis jurisprudencial además de contenerse tanto en la Directiva 2004/18/CE como en el TRLCSP, siguiendo la línea restrictiva que debemos aplicar en estos requisitos. No obstante, con la entrada en vigor de la nueva Directiva, estos criterios se hallan desactualizados ya que el concepto de “parte esencial” ha sido sustituido por el criterio del 80% de actividad para el ente encomendante, por lo que toda la normativa anterior, así como la jurisprudencia queda relegada con la aparición de este nuevo criterio⁶¹.

4. Capital público

⁵⁹ PERNAS GARCÍA, J.J. *Las operaciones in house y el derecho Comunitario de Contratos Públicos. Análisis de la Jurisprudencia del TJCE*, 2008, págs., 34-36.

⁶⁰ Destacar respecto de la influencia dominante la Sentencia del TJUEUE, en el asunto *Parkin Brixen*, C-458/03, que tiene por objeto “la petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, así como de los principios de no discriminación, transparencia e igualdad de trato”. Cabe destacar a este efecto el numeral 65 donde se establece que “(...) debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes”.

⁶¹ Artículo 12. 1 b) Directiva 2014/24/UE cuando hace referencia a “que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, (...)”.

Se trata de un requisito íntimamente relacionado con el resto y que por tanto ya se ha ido explicando. Para considerar a un ente como medio propio y del cual se ejerce un control análogo, se exige que la titularidad del mismo sea del organismo del que depende. Por tanto, el capital privado excluye a cualquier autoridad pública de ejercer un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios cuando hay capital privado en dicho ente.⁶²

Ahora bien, cuando dicho capital es público al completo, pero proviene de varios poderes adjudicadores, parece que la jurisprudencia se inclina más a considerar dicho ente como medio propio y por tanto poder adjudicarle directamente un encargo mediante una encomienda de gestión⁶³. En este sentido se pronunció por ejemplo la STJUE⁶⁴ de 19 de abril de 2007 en el asunto *Tragsa*, estableciendo que, con independencia del capital aportado por cada ente público, se entenderá que todos son poderes adjudicadores a efectos de realizar una encomienda de gestión a dicho ente.

V) TRACASA

Una vez analizado desde un punto de vista normativo y jurisprudencial tanto el régimen jurídico de la encomienda como los requisitos para ser considerado medio propio de una Administración o autoridad pública aplicando las nuevas modificaciones reguladas en la Directiva 2014/24/UE. el presente trabajo aplicará todo esto a un caso concreto ocurrido en Navarra. que ha tenido que adaptarse a la nueva actualidad jurídica. Tracasa es una sociedad mercantil pública dedicada a servicios catastrales, cartografía y aplicaciones de ingeniería de software o servicios de información geográfica⁶⁵ que ha tenido que adaptarse a la nueva actualidad jurídica.

⁶² Ver la citada STJUE de 11 de enero de 2005, asunto C-26-03, *Stadt Hall*, numeral 50. Esta sentencia hace referencia al argumento de que una sociedad controlada por capital privado no puede ser considerada como medio propio.

⁶³ PERNAS GARCÍA, J.J. *Las operaciones in house y el derecho Comunitario de Contratos Públicos. Análisis de la Jurisprudencia del TJCE*, 2008, págs. 37-38.

⁶⁴ Ver STJUE de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05.

⁶⁵ Datos obtenidos de las escrituras de constitución de la empresa. No obstante, cabe destacar que el objeto de la empresa es muchos más amplio.

Tracasa fue creada por el Gobierno de Navarra el 25 de marzo de 1982, actualmente Tracasa cuenta con 362 empleados de los cuales 263 se integran en la nueva sociedad Tracasa Instrumental y 99 en Tracasa. Y es que a pesar del desdoblamiento del pasado año, la empresa mantuvo todos sus puestos de trabajo. Por otra parte, en 2016, Tracasa facturó 11.760.747,53 € mientras que Tracasa Instrumental 10.224.972,35 €. ⁶⁶

1. Introducción

Consecuencia de la aplicación de la nueva Directiva 2014/24/UE, en abril del año 2016, la empresa Trabajos Catastrales S.A.U (En adelante Tracasa) iba a perder la condición de ente instrumental. El artículo 12 anteriormente analizado de esta nueva Directiva exigía que Tracasa ejerciera el 80% de sus actividades en el ejercicio que le fue conferido por el poder adjudicador que ejerce su control, el Gobierno de Navarra. Sin embargo, Tracasa es una entidad que con el paso de los años ha adquirido un grado bastante alto de autonomía en el que no solo realiza los encargos del Gobierno de Navarra, sino que también realiza otro tipo de actividades dentro de su objeto social pero que nada tienen que ver con su poder adjudicador. Es por ello que Tracasa no cumple con las exigencias del apartado b) del artículo 12 al no llegar a ese porcentaje del 80%.

Tracasa se ve obligada a desdoblarse en dos empresas diferentes, dependientes la una de la otra, Tracasa instrumental y Tracasa. De esta forma, Tracasa instrumental se dedica a realizar las funciones propias de un ente instrumental asumiendo los encargos del Gobierno de Navarra y cumpliendo con las exigencias de la nueva Directiva, mientras que Tracasa asume el resto de actividades que se vienen realizando en condiciones de mercado.

Llegados a este punto surge una controversia, y es que la nueva Directiva supone un freno para las entidades que no son poder adjudicador para someterse a las leyes de contratación. Como veremos a continuación, la nueva Directiva (Considerando 10) establece los criterios que debe cumplir un Organismo de Derecho Público para ser considerado como poder adjudicador. Tras la entrada en vigor de esta y con el desdoblamiento de la empresa, una de ellas (Tracasa) no va a cumplir con los requisitos

⁶⁶ Datos obtenidos del informe de cuentas de Tracasa, año 2016.

del artículo 2.4 de la Directiva 2014/24/UE. Sin embargo, a efectos jurídicos y prácticos, Tracasa va a seguir regulándose por la Ley Foral de Contratos Públicos al seguir siendo considerado como poder adjudicador, hecho que supone una contradicción total con los objetivos que se persiguen en Europa en materia de contratación ya que como he mencionado anteriormente no cumple con los requisitos del apartado 4 del artículo 2.

2. Situación de Tracasa con carácter previo a la aplicación de la Directiva 2014/24/UE

2.1. Tracasa como poder adjudicador

Tracasa como sociedad mercantil de capital público se rige por la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), reformada por la Ley 3/2013, de 24 de febrero. En este sentido, el artículo 2 de la mencionada ley define cuales son las entidades que se encuentran sometidas a la misma. Tracasa se halla integrada en el apartado e) de este artículo que establece los requisitos necesarios para registrarse por la LFCP⁶⁷.

Por aquel entonces, Tracasa cumplía con todos los requisitos exigidos por este apartado para registrarse la LFCP al contar con todos los requisitos que exige este artículo y que son los siguientes:

2.1.1. Personalidad jurídica

Al constituir una sociedad mercantil pública, se registrará principalmente por las normas de Derecho privado por lo que Tracasa tendrá personalidad jurídica propia privada. Como hemos observado anteriormente, la personalidad jurídica de los entes

⁶⁷ Art. 2.1. e) LFCP “e) *Las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y laborales, fundaciones u otros entes, o asociaciones de cualesquiera de ellos, dotados de personalidad jurídica, pública o privada, vinculados o dependientes de las entidades mencionadas en los apartados anteriores, en los que concurran conjuntamente estos requisitos: Que en su actividad satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil (1). Que las Administraciones Públicas de Navarra financien, directa o indirectamente, más de la mitad de su actividad, o bien tengan influencia dominante sobre las mismas a través de mecanismos que controlen su gestión, o bien permitan designar a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia (2)*”.

instrumentales considerados como medios propios. Particularmente Tracasa constituye su personalidad jurídica mediante escritura pública, escritura pública donde figuran los estatutos, así como que se trata de un ente instrumental adscrito al gobierno de Navarra.

2.1.2 Dependencia de las entidades mencionadas en los apartados a), b) y c) del art. 2.1. LFCP

Tracasa es dependiente de una de las “*entidades mencionadas en los apartados anteriores*”, concretamente a la CPEN que a su vez pertenece a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, que es la que ejerce una posición dominante y de control total sobre Tracasa. En los primeros apartados b) del Art. 2.1., la LFCP nombra expresamente a “*La Administración de la Comunidad Foral de Navarra, sus Organismos Autónomos y la Administración*” como poder adjudicador que debe regirse por dicha ley. Asimismo, al ser una entidad a las que se refiere el apartado e) habilita a Tracasa para encajar en dicho supuesto. Tracasa como sociedad mercantil se halla adscrita temporal y funcionalmente al Departamento de Economía, Hacienda, Industria y Empleo, departamento que forma parte la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. Esta condición se hace efectiva en el supuesto que nos atañe mediante el otorgamiento de la condición de ente instrumental. Esta condición será la que certifique la adscripción de la empresa a dicha Administración.

Tal y como establece el art. 2.1. de la Ley Foral 23/2014, de 19 de febrero, el otorgamiento se materializará mediante una Orden Foral. Estas órdenes forales son reconocimientos expresos que otorgan el carácter de ente instrumental a un ente público. La Orden foral se constituye mediante acuerdo del Gobierno de Navarra y están sujetas a un plazo de vigencia que no puede exceder los 4 años de duración. Tracasa viene renovando sucesivamente tal condición. El último otorgamiento se produjo el 8 de abril de 2016 a través de la Orden Foral 65/2016. En esta orden, la ya constituida Tracasa Instrumental renueva su condición como ente instrumental.

En definitiva, retornando a la Ley 6/2006 (LFCP), no hay duda de que Tracasa constituye una sociedad mercantil dependiente de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. La empresa cumple con los requisitos del art. 2 LF 23/2014 y cuenta

con la preceptiva Orden Foral válidamente emitida por el Consejero de Hacienda y Política Financiera del Gobierno de Navarra.

2.1.3. Fines de interés público sin carácter mercantil o industrial

La LFCP exige además del cumplimiento de los requisitos mencionados anteriormente, dos requisitos contenidos en los dos subapartados del apartado e). El primer requisito versa sobre “*satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil.*”. Hablaremos posteriormente de este requisito, pues el mismo ha suscitado dudas como consecuencia de la nueva redacción que se le da a este subapartado en la modificación del año 2013 (LF 3/2013, de 24 de febrero) así como el tratamiento que se le da en la jurisprudencia europea.

No obstante, cabe destacar que hasta la fecha de entrada en vigor de la Directiva 2014/24/UE Tracasa ejecutaba la mayoría de sus actividades en cumplimiento de las razones por la que fue constituida sin que estas respondieran a actividades carácter mercantil o industrial, pues simplemente ejecutaba los trabajos en relación con su objeto, el cual era la confección, conservación y gestión del catastro rústico y urbano de Navarra.

2.1.4. Financiación pública mayoritaria, influencia dominante o control de los órganos de administración, dirección o vigilancia.

Tracasa es una empresa que se financia al 100% con capital público procedente del Gobierno de Navarra. Asimismo, esta es fundamental para el desarrollo estratégico de la Administración. Queda claro que esta ejerce una influencia dominante sobre el ente ya que las encomiendas que recibe Tracasa son la parte esencial de su volumen de negocio alcanzando en estos últimos años un total superior a los 10.000.000 de euros. Por otra parte, el órgano de administración, es decir, la gerencia, es nombrada por el Gobierno de Navarra, cargo que se renueva cada 4 años.

En definitiva, con carácter previo a la nueva Directiva de contratación (Directiva 2014/24/UE) Tracasa cumple con todos los requisitos para ser un poder adjudicador, regirse por la LFCP y que por tanto le sea aplicado el artículo 8 de esa misma Ley. Este artículo, el cual desarrollaremos a continuación, es el que va a permitir a Tracasa poder

recibir las encomiendas de gestión por parte de la administración de la Comunidad Foral de Navarra sin necesidad de someterse al procedimiento de licitación correspondiente.

2.2. *Tracasa como ente instrumental*

Tal y como ha quedado patente, con carácter previo al desdoblamiento de la empresa, Tracasa cumple con los requisitos para ser considerado poder adjudicador y regularse por la Ley Foral de Contratos Públicos. Sin embargo, esta cuestión introductoria resuelve parcialmente la causa por la cual Tracasa puede contratar directamente con la Administración de la Comunidad foral de Navarra a la que se encuentra adscrita sin necesidad de acudir a un procedimiento de licitación. Tal y como se ha señalado, Tracasa es una entidad dependiente de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra como consecuencia del otorgamiento de tal condición que le es expedido. En consecuencia, con esto, Tracasa va a ser considerado como un ente instrumental que va a poder beneficiarse de las encomiendas de gestión que el Departamento de la Administración al que se halla adscrita le encargue.

El art. 8 LFCP es el que regula a los entes instrumentales de las entidades a las que le son de aplicación esta ley. Concretamente, es el art. 8.2 LFCP donde se regulan los requisitos para ostentar la condición de ente instrumental y poder recibir encargos por parte del órgano dominante. En relación con este artículo se exigirán determinados requisitos.

En primer lugar, a tenor de lo establecido en este numeral, se exige que la entidad posea personalidad jurídica diferente respecto de las entidades para la cual va a realizar los encargos; Esta condición *sine qua non* también es necesaria para ostentar la condición de poder adjudicador por lo que si Tracasa es poder adjudicador también va a cumplir este requisito para ser un ente instrumental.

En segundo lugar, el art. 8.2 LFCP exige una ausencia de autonomía decisoria por parte del ente instrumental “*respecto de las entidades encomendantes, al ejercer esta un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades*”. Tracasa es una entidad pública donde únicamente la gerencia es nombrada por el Gobierno de Navarra. La persona sobre la que recae este cargo no tiene ningún otro puesto en el Departamento

de Economía, Hacienda, Industria y Empleo, Administración a la que la sociedad está adscrita. Esta Administración controla a Tracasa ostentando la totalidad de su capital social y nombrando a todos los miembros de su órgano de administración. Por consiguiente, el 100% del capital de la empresa es público.

Finalmente se exige que la parte esencial de la actividad realizada por el ente instrumental se realice para las entidades que realizan los encargos o encomiendas de gestión. Desde que fue constituida, la mayor parte del volumen de negocios de Tracasa siempre ha sido consecuencia directa de los encargos que le encomienda la Administración. Por ejemplo, estos últimos 4 años estas encomiendas han supuesto el siguiente porcentaje en las actividades que posteriormente ha realizado Tracasa:

GRÁFICA I⁶⁸

2012	2013	2014	2015
68,10 %	71,40 %	53,68 %	55%

Este requisito tampoco suscita duda alguna, la parte esencial de las actividades realizadas por Tracasa provienen de su entidad encomendante por lo que hasta la entrada en vigor de la nueva Directiva 2014/24/UE Tracasa cumplía con todas las condiciones para ser considerado ente instrumental.

En definitiva, al cumplir con los requisitos mencionados en el art. 8.2 LFCP y además contar con la respectiva Orden Foral vigente en la cual se le otorga la consideración de ente instrumental, el Departamento de Hacienda va a poder adjudicar directamente, previa publicación en el Portal de Contratación de Navarra, a Tracasa cualquier contrato sin necesidad de someterlo al procedimiento de adjudicación de la Ley Foral de Contratos Públicos. Sin embargo, como veremos a continuación, con la publicación de la nueva directiva en materia de contratación vamos a encontrarnos con un escenario completamente distinto, en el cual, Tracasa no va a poder seguir manteniendo la condición de ente instrumental.

⁶⁸ Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos en la propia empresa.

3. Transformación con la entrada en vigor de la Directiva 2014/24/UE

Con la llegada de 2016, concretamente el 18 de abril, fecha en que debería hacerse efectiva la transposición (Aunque a día de hoy sigue sin estar vigente), un nuevo requisito contenido en la Directiva 2014/24/UE va a endurecer las condiciones para obtener la condición de ente instrumental. Tracasa se ve obligada a adaptarse al nuevo marco legal desdoblándose en las dos empresas ya mencionadas.

El ya analizado artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE deparó un cambio importante que afecta directamente a Tracasa y que ahora debe de aplicarse. Conforme al precepto, se establece que un poder adjudicador como es la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (Art. 2.1 b) LFCP) podrá prescindir de la aplicación del procedimiento de contratación de la Directiva cuando esta cumpla en su totalidad con los requisitos contenidos en la Directiva⁶⁹:

Si bien el requisito del control análogo y totalidad del capital público ya constaban en la anterior Directiva 2004/18/CE, en esta nueva Directiva se incorpora un nuevo requisito para poder ser receptor de una encomienda; Ahora más del 80% de las actividades que realice la empresa deben ser encargos conferidos por dicho poder adjudicador. Si observamos la gráfica anterior podemos comprobar que Tracasa ni tan siquiera se aproxima a ese mínimo por lo que perdería la condición de ente instrumental debiendo de concursar en régimen de igualdad con el resto de empresas para adquirir los contratos de la Administración.

Las consecuencias serían muy negativas para cualquier empresa que recordemos está financiada al 100% por capital público. En el ámbito empresarial, al no poder beneficiarse de las encomiendas de gestión otorgadas por la Administración de la

⁶⁹ Art. 12 Directiva 2014/24/UE: “*Que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (1); Que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador (2), y Que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una decisiva sobre la persona jurídica controlada (3)*”.

Comunidad Foral de Navarra, Tracasa perdería automáticamente la parte esencial de su cifra de negocios. Esto supondría una caída de la actividad de una empresa como Tracasa que cuenta con más de 300 trabajadores, su proyección de futuro y sus altos niveles de empleabilidad, que también se verían gravemente afectados.

La solución no es sencilla, Tracasa finalmente opta por desdoblarse en dos empresas dependientes la una de la otra y queda configurada de la siguiente manera.

3.1. Trabajos catastrales, S.A.U. (Tracasa)

Se mantiene por un lado la empresa Tracasa actual (Tracasa), que sigue manteniendo el status de entidad pública, pues su financiación sigue siendo al 100% pública. Pero al no cumplir con las exigencias del art. 12 de la directiva 2014/24/UE pierde la condición de ente instrumental y por tanto ya no puede ser receptora de encargos de la Administración a pesar de ser dependiente de Tracasa Instrumental. Por lo tanto, Tracasa se centrará principalmente en la ejecución de los proyectos en desarrollo fuera del ámbito foral, en la búsqueda de nuevo mercado a nivel nacional e internacional, y en la ejecución de los proyectos conseguidos.

3.2. Tracasa Instrumental, S.L.

Esta nueva entidad mantiene la condición de ente instrumental y al igual que su predecesora continúa siendo dependiente del Gobierno de Navarra, concretamente del departamento adscrito ya mencionado anteriormente. Asimismo, el 100% de su capital estará constituido por fondos públicos.

Esta será la nueva situación en la que se encontrará la empresa. Resulta curioso observar cómo tras el desdoblamiento ambas empresas conservan la condición de poder adjudicador y por tanto continúan rigiéndose por la LFCP (Art. 2.1 e). Sin embargo, tal y como se explicará a continuación esto quizás no deba ser así puesto que Tracasa no cumple con los requisitos estipulados en el numeral mencionado para ser considerada como poder adjudicador y tener que regirse por la LFCP.

4. Tracasa como poder adjudicador y receptor de encomiendas de gestión; Crítica a la sujeción de la empresa a la LFCP⁷⁰

No cabe duda de que, tras el desdoblamiento, Tracasa Instrumental es la empresa que debe continuar ejerciendo las potestades de ente instrumental. Sin embargo, Tracasa, al no responder ya a las finalidades por las cuales fue creada en sus inicios, “la confección, conservación y gestión del Catastro rústico y urbano de Navarra”, no debe regularse por la Ley Foral de Contratos Públicos. Desde mi punto de vista, la empresa no encaja en ninguno de los supuestos del artículo 2 LFCP, ni del artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE. Debemos analizar ambos artículos, así como la jurisprudencia del TJUE para dilucidar porque Tracasa se encuentra fuera tanto del ámbito de aplicación de la nueva Directiva, como de la LFCP. Sin embargo, en una primera aproximación, debemos analizar el factor cronológico para entender la causa por la cual el legislador modifica el artículo 12 de la Directiva y obliga a Tracasa al desdoblamiento del que ya hemos hablado anteriormente.

De todo lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que, en sus inicios, Tracasa se creó para satisfacer fines de interés general independientemente de que parte de sus actividades respondieran a actividades de carácter mercantil. Sin embargo, al igual que otros medios propios de la Administración, el devenir de los años hizo que esta sociedad mercantil ampliase considerablemente sus actividades al mercado, llegando al extremo en el cual, la sociedad desempeñaba una parte importante de sus actividades en condiciones de mercado, pero, al mismo tiempo, seguía recibiendo encargos de su ente encomendante, produciéndose así una situación de desigualdad con el resto de empresas del sector privado.

Cabe destacar que Tracasa fue creada en el año 1982 por el Gobierno de Navarra como consecuencia de que la Comunidad Foral asumió la competencia en materia de Riqueza Territorial y Catastro. El art. 1.1 de la Ley Foral 12/2006, de 21 de noviembre, del Registro de la Riqueza Territorial y de los Catastros de Navarra así lo establece⁷¹.

⁷⁰ Esta interpretación que a continuación va a ser objeto de análisis fue la que mantuvo la empresa cuando se produjo el desdoblamiento. No obstante, la misma fue rechazada por el Consejero de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra.

⁷¹ Art. 1.1 LF “El Registro de la Riqueza Territorial y los Catastros de Navarra son registros administrativos que forman parte de la infraestructura informativa del territorio navarro, desempeñan una función de

En definitiva, por aquel entonces no existía iniciativa privada para poder someter a licitación la confección del catastro, por lo que en este sentido la creación de Tracasa estaba completamente justificada. El objeto de la empresa se hallaba vinculado a potestades públicas, y la consecuente inexistencia de un mercado para los bienes y servicios que proporciona la entidad orientaban su calificación hacia una actividad de interés general no mercantil ni tampoco industrial.

Volviendo a los artículos mencionados y una vez analizados los precedentes históricos, analizaremos a continuación, si Tracasa se ha creado para satisfacer intereses de interés general y si sus actividades revisten carácter mercantil, quedando fuera del ámbito de aplicación tanto de la nueva Directiva como de la LFCP. En primer lugar, si acudimos al artículo 2 de la Directiva, este define como poder adjudicador a los entes siguientes: “El Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público”⁷². Posteriormente, este mismo artículo define las características o requisitos que un ente debe cumplir para ser considerado poder adjudicador. Tracasa, para estar dentro del ámbito de aplicación de la Directiva como empresa pública podría integrarse en la categoría de organismo de Derecho Público.

Analizando las conclusiones jurisprudenciales plasmadas en el considerando 10 que más adelante resultarán clave para determinar el carácter “*industrial o mercantil*” y cumpliendo los requisitos del artículo 2.4 de la Directiva 2014/24/UE podríamos considerar a Tracasa como un poder adjudicador sujeta a la nueva Directiva de contratación.

Para poder ser considerado organismo de Derecho público, Tracasa deberá cumplir acumulativamente con los tres requisitos tal y como establece constantemente la

servicio público y se orientan al cumplimiento o servicio efectivo de las políticas públicas que deban desarrollar la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y los Ayuntamientos en el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas por el ordenamiento jurídico”.

⁷² Ver Directiva 2014/24/UE

jurisprudencia del TJUE⁷³ ya analizada anteriormente al señalar: “De esta disposición se deduce que los tres requisitos allí enunciados tienen un carácter acumulativo⁷⁴”.

Puesto que anteriormente ya se ha dilucidado que Tracasa posee personalidad jurídica propia, que se halla financiada mayoritariamente por una autoridad regional cuya gestión se encuentra sujeta a la supervisión de dichas autoridades y que su órgano de administración posee la totalidad de los miembros nombrados por el Gobierno, lo que debemos analizar a continuación son los requisitos del artículo 2.1 e) LFCP. Si los reúne, las contrataciones de bienes, suministros y servicios que lleve a cabo quedarán sometidas a la Directiva. En otras palabras, tendrá que iniciar un procedimiento de contratación para saber quién va a ser adjudicatario de los mismos. Si no los reúne, no le será de obligatoria aplicación la Directiva, quedando fuera de su ámbito de aplicación.

4.1. Creación específica de Tracasa para satisfacer necesidades de interés general

Este concepto comprende aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante⁷⁵.

La jurisprudencia insiste en que debe atenderse a la naturaleza de la actividad que se desarrolla para determinar si tiene o no intereses públicos al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales. La STJCE de 10 de noviembre de 1998 señala que “la existencia o ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la que se trate⁷⁶”. Habrá que acudir a la razón por la que Tracasa

⁷³ STJCE, de 15 de enero de 1998, en el asunto C-44/96, *Mannesman*.

⁷⁴ STJCE, de 18 de noviembre de 1998, asunto C-360/96, *BFI holding BV*.

⁷⁵ Ver la ya mencionada STJUE de 16 de octubre de 2003, asunto C-283/00.

⁷⁶ STJCE, asunto C-360/96, de 18 de noviembre de 1998, *BFI holding BV*.

ha sido creada y para la cual realiza sus actividades para ver si encaja en estos requisitos jurisprudenciales.

Tampoco queda supeditada, tal y como establece esta misma sentencia, la existencia o no de interés general a la forma jurídica, legal o dispositiva en que se constituyó el ente en sus inicios: *“la existencia o inexistencia de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil ha de apreciarse objetivamente, siendo indiferente para ello la forma jurídica de las disposiciones en las que se especifiquen dichas necesidades”*. Esta misma sentencia establece que el hecho de que un organismo haya sido creado para satisfacer necesidades de interés general no implica que, además de satisfacer esas necesidades, pueda desempeñar otras actividades.

Podemos afirmar en base a la jurisprudencia del TJUE que una entidad satisface, con carácter general, necesidades de interés pública cuando no existe iniciativa privada para cubrir dichas necesidades, o bien, quiere adquirir una posición dominante por determinadas circunstancias que deberán ser objeto de estudio y de la correspondiente elaboración de un informe. Tracasa se creó tal y como se ha explicado anteriormente en 1982 *“como consecuencia de la falta de iniciativa privada en las áreas de confección, conservación y gestión del catastro rústico y urbano de Navarra y con el fin de dar respuesta a una necesidad de la sociedad navarra⁷⁷”*. Se puede decir que Tracasa, en sus inicios, se creó para satisfacer un interés general. No obstante, esta finalidad ha desaparecido en Tracasa al constituirse la nueva Tracasa Instrumental que es la que satisface el interés público.

En definitiva, se puede entender que por la realidad de su actividad actual Tracasa no tiene ya esencia de interés general al haberse creado Tracasa Instrumental que es la que satisface el interés general, y, por tanto, no sería poder adjudicador por la ausencia de ese requisito. Además, aunque se entienda que Tracasa si satisface un interés general, tendría que cumplir al mismo tiempo con el siguiente requisito establecido en el mismo subapartado.

4.2. El criterio del carácter de industrial o mercantil en Tracasa

⁷⁷ Extraído de la página oficial de Tracasa.

De la jurisprudencia europea se desprende que estos criterios no son claros y que habrá que ir analizándolos caso a caso. No hay una clara línea que divida lo que tiene carácter industrial o mercantil de lo que no, y la jurisprudencia solo da indicios. Así, la vinculación del objeto a potestades públicas y la consecuente inexistencia de un mercado para los bienes y servicios que proporciona la entidad, orientan su calificación hacia una actividad de interés general no mercantil ni industrial, teniendo en cuenta también las razones y circunstancias que el poder público apreció para la creación de la propia entidad.

Como se ha podido observar, el concepto de organismo de Derecho público ha de ser entendido a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁸. A raíz de este considerando se establece el concepto de “poderes adjudicadores”, y en particular el de “organismos de Derecho público”. Asimismo, se establecen los criterios por los cuales una entidad no deberá ser considerada como un organismo de Derecho público. A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un organismo de Derecho público, ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil⁷⁹.

El único problema radica en saber si Tracasa opera en condiciones normales de mercado. Las interpretaciones pueden diferir en este punto, pero puede resultar apropiado comparar el comportamiento de Tracasa y Tracasa Instrumental en su actividad. Tracasa no cumple los requisitos para tener la consideración de organismo de Derecho Público de acuerdo al artículo 2 de la Directiva, ya que, en primer lugar, la jurisprudencia da entender que carece de interés general. Y aún en el caso de que se entienda que tiene una necesidad de interés general, el desdoblamiento que se produce hace que no tenga mucho sentido que una empresa que ya nada tiene que ver con la definición de medio propio siga regulándose por la LFCP, aunque siga siendo considerada como una empresa pública.

⁷⁸ Ver considerando 10 Directiva 2014/24/UE.

⁷⁹ STJUE de 16 de octubre de 2003, asunto C-283/00.

En segundo lugar, y a raíz del criterio del considerando 10 de la nueva Directiva de contratos, al cumplir con los requisitos que esta establece al diferenciar lo que se considera un organismo de Derecho público, se considera que Tracasa opera en condiciones de mercado, ya que, al no ser receptora de encomiendas de gestión, su actividad al completo se basa en contratos realizados con otras empresa, organismos e instituciones pertenecientes tanto al ámbito público como privado. Asimismo, al ejecutar ese tipo de contratos, Tracasa oferta un precio que es superior al del valor del mercado y por tanto obtiene un beneficio, no cabiendo duda de que Tracasa persigue un ánimo de lucro en su actividad. Asimismo, asumirá sus pérdidas en caso de que dichos negocios no funcionen.

En definitiva, una empresa que actúa en condiciones de mercado sometido a las correspondientes condiciones de oferta y demanda y cuyo objeto es generar beneficios al igual que cualquier empresa privada, y, por consiguiente, asumir pérdidas si las hubiere, hace que la balanza se incline más hacia la calificación mercantil o privada de la empresa al no cumplir con los requisitos exigidos por la LFCP.

VI) CONCLUSIONES

Una vez analizada la nueva Directiva en materia de contratación, parece ser que la idea del legislador europeo es clara: evitar que la contratación *in house* realizada entre entidades del sector público mediante el instrumento de la encomienda de gestión suponga un freno a la competencia para el resto de empresas. Y es que, como hemos podido observar en el caso de Tracasa, durante el siglo pasado, la Administración tenía la necesidad de crear este tipo de empresas para satisfacer intereses de carácter general al no existir iniciativa privada. No obstante, tanto Tracasa como muchas otras empresas en condiciones similares, fueron creciendo e introduciéndose en el mercado para satisfacer otras necesidades que no eran por las que habían sido creadas. Con el paso del tiempo, estos organismos de Derecho público, con independencia de la forma jurídica adoptada se han ido desmarcando desde un punto de vista práctico de sus entidades encomendantes, obteniendo una gran cantidad de beneficios por las actividades realizadas fuera del ámbito de la encomienda, pero contando al mismo tiempo con las mismas, y, por tanto,

obteniendo una posición de ventaja respecto del resto de empresas que fueron surgiendo con el paso del tiempo.

Con la reforma del artículo 12, la intención del legislador para solucionar esta controversia parece clara y en mi opinión acertada: aquellas entidades que sean consideradas como medios propios, deberán realizar un 80% de las actividades para su ente encomendante. De esta forma se distingue claramente a una entidad que efectivamente está actuando como medio propio, cerrando cualquier tipo de interpretación jurisprudencial, de otra que actúa en altas proporciones en régimen de mercado, alejándose de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato emanados tanto por el legislador europeo como nacional.

No obstante, tal y como se ha explicado, actualmente esta Directiva carece de transposición en nuestro ordenamiento jurídico. Parece mentira, que con la importancia que están teniendo todas las Directivas de cuarta generación⁸⁰ en materia administrativa, así como en otros ámbitos del Derecho, los Estados miembros no hayan establecido un mecanismo específico para transponer todas las Directivas y se tenga que acudir a la utilización de la eficacia directa. Por mucho que la jurisprudencia parezca uniforme a la hora de establecer los requisitos al definir que disposiciones van a gozar de eficacia directa, los Estados deberían trabajar más seriamente para definir un mecanismo específico de transposición.

Pero dejando a un lado la figura de los Estados, se observa que los artículos que afectan directamente a las relaciones entre entidades (relaciones *in house*) del sector público van a resultar de aplicación al constituir en base a la jurisprudencia del TJUE un mandato claro, preciso e incondicional. Lo mismo ocurrirá con la nueva definición de organismo de Derecho público y todas las matizaciones hechas al respecto en el artículo 2 de la Directiva.

En definitiva, la regulación estatal se encuentra desactualizada y requerirá de una nueva modificación que actualmente es un anteproyecto de Ley. En cuanto a la regulación estatal, actualmente, respecto de la encomienda de gestión, los criterios se encuentran

⁸⁰ No sólo la Directiva 2014/24/UE, sino también las Directivas 2014/23 y 2014/25 UE.

bien definidos. Con la aplicación de la nueva Directiva, el apartado del art. 24 TRLCSP referente a la realización de la parte esencial de la actividad para el ente encomendante, quedará sin efecto a raíz de la aplicación del nuevo criterio de la Directiva, reforzándose la interpretación de este requisito con la aplicación del artículo 12 ya mencionado anteriormente.

Finalmente, se trata el tema de Tracasa, una entidad que a no cumplía con ese requisito del 80% y por tanto iba a perder la condición de ente instrumental. Para mantener los puestos de trabajo, así como el volumen de negocios. Tracasa opta por dividirse en dos empresas. Por un lado, la pre-existente subsiste, pero únicamente va a actuar en condiciones de mercado y por tanto va a perder la condición de ente instrumental. Por el otro, nace Tracasa Instrumental, una entidad que va a adquirir la condición de ente instrumental adaptándose a las exigencias de la nueva Directiva. Veremos si esta nueva forma que ha adquirido la empresa se mantendrá con el paso del tiempo puesto que la empresa original, Tracasa, va a continuar rigiéndose por la LFCP a pesar de que, desde el punto de vista de la empresa, actualmente esta ya no cumple con todos los requisitos del artículo 2.1 e) LFCP al no realizar actividades de interés general y centrarse actualmente en actividades propiamente mercantiles. A efectos prácticos, la empresa ya no está realizando los encargos del Gobierno de Navarra y actúa como una empresa más en el mercado, por lo que, quizás esto pueda verse modificado y en un futuro próximo Tracasa no se someta a la mencionada Ley Foral.

VII) BIBLIOGRAFÍA

1. Libros, artículos de revista e informes.

- MOLL FERNÁNDEZ-FIGARES, LUIS S. *Los encargos a medios propios en la legislación actual. Texto adaptado a las Leyes 39 y 40/2015 y al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Reus, Madrid, 2017.
- PASCUAL GARCÍA, JOSÉ. *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Estatutos Jurídicos, Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2010.
- BOUSO DARRIBA, GERMÁN. Y LOMAS MENESES, MARÍA. *Las nuevas Directivas en materia de contratación (I)*, Papilo Abogados, Nota informativa N°2/2015, 2014.
- GIMENO FELÍU, JOSÉ MARÍA. “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios; Alcance de la jurisprudencia comunitaria”, en *Informe comunidades autónomas*, N°2005, 2005, págs., 838-855.
- MARTÍNEZ GARCÍA, JERÓNIMO Y ELEZ GÓMEZ, ANA ISABEL. *Comentario a las nuevas directivas europeas en materia de contratación pública (I)*. Gabrilex, núm. 4, 2015.
- Tribunales Administrativos de Contratación Pública, 2016. “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”, núm. 66, BOE, Madrid. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2016/03/17/pdfs/BOE-A-2016-2700.pdf>
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, FRANCISCO L. “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final inesperado”, en GIMENO FELÍU, JOSÉ MARÍA. (Dir.), GALLEGO CORCOLÉS, ISABEL, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, FRANCISCO L. Y MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO. *Observatorio de los contratos públicos. Las nuevas Directivas en materia de Contratación Pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2015, págs., 169 - 237.
- CERUTTI, C. “Concepto de ‘Organismo de Derecho Público’ en la normativa contractual pública europea”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 329, Kolters Kluwer España, 2012, págs., 167-176.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*, 1, Cizur Menor (Navarra), 2008.

- GIMENO FELÍU, J.M. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre la contratación pública. De la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta de liderazgo institucional de los poderes públicos)*. Thomson Reuters, Madrid, 2014.
- PERNAS GARCÍA, JUAN JESÚS. *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, Iustel, 2008.

2. Relación de sentencias citadas del TJUE

- Sentencia de 5 de abril de 1979, asunto 148/78, Ratti.
- Sentencia de 9 de enero de 1982, asunto C-8/81, Ursula Becker.
- Sentencia de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90. Andrea Francovich y Danila Bonifaci.
- Sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107-98, Teckal.
- Sentencia de 15 de enero de 1998, en el asunto C-44/96, Mannesman.
- Sentencia de 18 de noviembre de 1998, asunto C-360/96, BFI holding BV.
- Sentencia de 12 de diciembre de 2002, asunto C-470/99, Universale-Bau y otros.
- Sentencia de 16 de octubre de 2003, asunto C-283/00, SIEPSA.
- Sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, Stadt Halle.
- Sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixhe.
- Sentencia de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05. Tragsa.
- Sentencia de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, Coditel Brabant.