



## **Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 27 de novembre de 2009**

### **Informe 4/09, de 27 de novembre. Possibilitat dels consells insulars de fer encàrrecs a TRAGSA. Consideració de TRAGSA com a mitjà propi dels consells insulars**

#### **Antecedents**

1. El president del Consell Insular de Menorca ha formulat la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

Atesa la recent entrada en vigor de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, es plantegen dubtes de la interpretació i abast de la disposició addicional trentena de la Llei 30/2007, concretament si les societats del Grup TRAGSA (d'ara en endavant, TRAGSA) es poden considerar com a mitjà propi del Consell Insular de Menorca;

Atès que fins a l'entrada en vigor de l'esmentada llei, el Consell Insular de Menorca ha fet encàrrecs a TRAGSA per a la realització de treballs en matèries de competència del CIM en virtut de la Disposició Addicional sisena de la Llei 8/1999, de 12 d'abril, d'atribució de competències als Consells Insulars de Menorca i d'Eivissa i Formentera en matèria d'Agricultura, Ramaderia, Pesca i Artesania;

Atesa la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la Comunitat Autònoma, en virtut de la qual els Presidents dels Consells Insulars poden sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa en els mateixos termes i condicions que els regulats a l'article 12 del Decret 20/1997, i als articles 15, 16 i 17 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva;

D'acord amb l'article 16.3 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997, a l'escrit s'adjunta l'informe jurídic emès per la tècnica d'Administració General del Consell Insular de Menorca;

Per això, en ús de les competències que tinc atribuïdes, sol·licito informe de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears a propòsit de la següent qüestió:

Si a partir de l'entrada en vigor de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, el Consell Insular de Menorca pot seguir fent encàrrecs a les societats del grup TRAGSA en aplicació de la disposició



Additional sisena de la Llei 8/1999, de 12 d'abril, d'atribució de competències als Consells Insulars de Menorca i d'Eivissa i Formentera en matèria d'Agricultura, Ramaderia, Pesca i Artesania.

2. El president del Consell Insular de Menorca està legitimat per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació, de conformitat amb la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. D'acord amb l'article 16.3 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997, a l'escrit s'adjunta l'informe jurídic emès per la tècnica d'administració general del Consell Insular de Menorca. Per tant, es tenen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

### **Consideracions jurídiques**

1. L'escrit de consulta planteja un dubte en relació amb la possibilitat que TRAGSA es pugui considerar mitjà propi del Consell Insular de Menorca, i, concretament, sobre si el Consell pot seguir fent encàrrecs de gestió a TRAGSA emparant-se en la disposició addicional sisena de la Llei 8/1999, de 12 d'abril, d'atribució de competències als consells insulars de Menorca i d'Eivissa i Formentera en matèria d'agricultura, ramaderia, pesca i artesania, després de l'entrada en vigor de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP).
2. La constitució de l'Empresa Pública de Transformación Agraria, SA (TRAGSA) es va autoritzar mitjançant el Decret 379/1977, de 22 de gener, com a instrument de l'Institut Nacional de Reforma i Desenvolupament Agrari. Entre altres finalitats importants, li corresponia executar els treballs aleshores encarregats al Parc de Maquinària de l'Institut que no es podien encarregar a particulars per raons d'especialització, per la seva dispersió en l'espai i en el temps, per la necessitat d'evitar demores o per la nul·la rendibilitat en els casos d'actuació en emergències.

La Llei 66/1997, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, va derogar el decret de creació de TRAGSA, i va regular el seu règim jurídic en l'article 88. L'empresa TRAGSA es configurarà com a societat mercantil estatal de caràcter públic per dur a terme serveis essencials en matèria de desenvolupament rural i conservació del medi ambient. L'apartat quart



disposava que TRAGSA, com a mitjà propi instrumental i servei tècnic de l'Administració, estava obligada a dur a terme els treballs que li encarregassin l'Administració general de l'Estat, les comunitats autònomes i els organismes públics que en depenen, en les matèries que constitueixen l'objecte social de l'empresa, i aquells urgents o que s'ordenassin com a conseqüència de situacions d'emergència.

Aquest règim jurídic es va desenvolupar mitjançant el Reial decret 371/1999, de 5 de març.

Posteriorment, l'article 88 de la Llei 66/1997 va ser ampliat, quant al règim contractual de TRAGSA quan subscriu contractes amb tercers i quant al seu objecte social, respectivament, per les lleis 53/2002, de 30 de desembre, i 62/2003, de 30 de desembre, ambdues de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social.

Actualment, el règim jurídic de TRAGSA es regula en la disposició addicional trentena de la LCSP, que ha substituït l'article 88 de la Llei 66/1997.

En l'àmbit de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears es va optar, com en altres comunitats autònomes, per introduir, per mitjà d'una llei, la possibilitat de fer encàrrecs de gestió a empreses públiques dependents, i generalitzar el règim d'execució directa propi de TRAGSA a qualsevol empresa pública. Així, la Llei 9/1997, de 22 de desembre, de diverses mesures tributàries i administratives, en l'article 24 disposa el següent:

1. Les empreses públiques de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears a què es refereix l'article 1.b de la Llei 3/1989, de 29 de març, d'entitats autònomes i empreses públiques i vinculades de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, estaran obligades a realitzar, amb la consideració de mitjà propi instrumental i servei tècnic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, les obres, els treballs i les activitats que els encomanin les diferents conselleries del Govern de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i els organismes públics que en depenen, en les matèries que constitueixen l'objecte social de les empreses i, especialment, aquells que siguin urgents o que s'ordinin com a conseqüència de les situacions d'emergència que es declari.
- Les obres, els treballs i les activitats realitzades en aquests termes es consideraran executats per la pròpia administració i, en conseqüència, gaudiran del règim previst amb aquesta finalitat a la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques.



(...)

5. El règim previst en els punts anteriors s'aplicarà, en els mateixos termes, a les obres, els treballs i les activitats que la societat estatal Empresa de Transformació Agrària, societat anònima TRAGSA, com a mitjà propi instrumental i servei tècnic de l'Administració en matèria de desenvolupament rural i de conservació del medi ambient, dugui a terme, a títol obligatori i per ordre de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, en el territori de la Comunitat Autònoma.

El contingut íntegre d'aquest article, que estableix el règim jurídic de les actuacions que, a títol obligatori, duen a terme les empreses públiques, es va traslladar a l'article 9 del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

Pel que fa a la consideració de TRAGSA com a mitjà propi de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, aquesta Junta Consultiva ja s'hi ha pronunciat en els informes 1/06, de 7 de febrer de 2006, i 2/07, de 29 de març de 2007.

3. El denominat contracte intern o *in house providing* és una relació jurídica en què un poder adjudicador encarrega la prestació d'una obra o d'un servei a un ens instrumental amb personalitat jurídica pròpia sense aplicar la legislació contractual. Es tracta d'una manifestació de la potestat autoorganitzativa de les administracions públiques per la qual l'interès públic se satisfà mitjançant una activitat interna, i que s'inspira en la doctrina i pràctica denominada en el món anglosaxó *in house providing* (literalment, 'subministrament domèstic o intern').

Si bé es tracta d'una modalitat de gestió admesa pel dret comunitari, fer encàrrecs de forma directa, sense licitació pública, a entitats dotades de personalitat jurídica pròpia però controlades pels ens contractants, ha estat, i és, font de conflictes, atès que pot afectar els principis comunitaris d'igualtat i de competència.

4. El Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha elaborat una doctrina important en relació amb els contractes denominats *in house* o *in house providing*. En aquest sentit, és obligat citar la sentència de 18 de novembre de 1999, *Teckal*, dictada en l'assumpte C-107/98, en la qual el Tribunal va manifestar el següent:

50. (...) conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36 [de 14 de juny de 1993, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació de contractes públics de subministrament], basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por



otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.

Per tant, el Tribunal admet els contractes *in house* sempre que es compleixin dos requisits acumulatius: que l'encàrrec es formalitzi entre una entitat adjudicadora i una entitat formalment diferent d'aquesta però sobre la qual exerceix un control anàleg al que exerceix sobre els seus serveis propis, i que l'entitat encomanada dugui a terme la part essencial de la seva activitat amb l'entitat o les entitats públiques que la controlen.

Aquests criteris han estat ratificats en sentències posteriors, com ara les sentències *Stadt Halle*, *Comissió/Espanya*, *Parking Brixen* i *Comissió/Àustria*, de 2005, la sentència *Carbotermo*, l'any 2006, les sentències *TRAGSA* i *Aperymco* l'any 2007 i la sentència *Coditel* l'any 2008.

Analitzem els requisits establerts per la jurisprudència comunitària.

El primer requisit és que l'encàrrec es formalitzi entre una entitat adjudicadora i una entitat formalment diferent d'aquesta però sobre la qual exerceix un control anàleg al que exerceix sobre els seus serveis propis. Això suposa que l'ens al qual es fa l'encàrrec no té autonomia des del punt de vista decisor, per la qual cosa no hi ha una vertadera autonomia contractual. El criteri del "control anàleg" implica una dependència estructural i un control efectiu, de manera que les tasques que s'encarreguen a l'ens instrumental no es gestionarien de forma diferent que si les executàs l'ens dominant.

La sentència *Carbotermo*, d'11 de maig de 2006 (assumpte C-340/04), interpreta aquest criteri en els termes següents:

36. Para apreciar si el poder adjudicador ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, es preciso tener en cuenta el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. Del referido examen ha de resultar que la sociedad adjudicataria está sometida a un control que permite que el poder adjudicador influya en sus decisiones. Debe tratarse de una influencia potencialmente determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad (véase la sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec. p. I-0000, apartado 65).



37. El hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, según los términos del apartado 50 de la sentencia *Teckal*, antes citada.

Així, se'n desprèn que l'entitat adjudicadora ha de tenir un control sobre l'ens instrumental que li permeti influir en les seves decisions. Aquesta possibilitat d'influència ha de ser determinant, tant sobre els objectius estratègics com sobre les decisions importants, i es tradueix en la pràctica en l'absoluta dominació a l'hora de la determinació de voluntats, de forma que no hi hauria un autèntic contracte.

Posteriorment, el Tribunal de Justícia ha flexibilitzat el requisit de la influència dominant en la sentència *TRAGSA*, de 19 d'abril de 2007 (assumpte C-295/05), i en la sentència de 13 de novembre de 2008, *Coditel* (assumpte C-324/07), en la qual afirma que el control anàleg sobre un ens instrumental pot ser exercit conjuntament per diverses autoritats, independentment de la participació que tinguin, i que aquest control ha de ser anàleg al que l'autoritat exerceix sobre els seus propis serveis, però no totalment idèntic a aquest. El Tribunal afirma que no és necessari que l'ens que fa l'encàrrec tenguin un control individual sobre l'ens instrumental comú.

El segon requisit per admetre la possibilitat d'acudir al contracte *in house providing* és que l'ens instrumental dugui a terme la part essencial de la seva activitat amb l'entitat o les entitats públiques que la controlen. Això té relació amb el fet que el contracte *in house* és una forma d'autoprovisió per part de l'entitat adjudicadora, i té per objecte principal evitar el falsejament del joc de la competència.

El Tribunal de Justícia afirma en la sentència *Carbotermo* que es pot considerar que una empresa fa la part essencial de la seva activitat amb l'ens que la controla quan l'activitat d'aquesta empresa està destinada, principalment, a aquest ens, de manera que la resta de la seva activitat té un caràcter merament marginal. A més, indica que la determinació de l'activitat essencial pot fer-se en referència a tots els poders adjudicadors que controlin l'ens instrumental, quan aquest estigui controlat per més d'un.

Un tercer requisit, no expressat en la sentència *Teckal*, sinó posteriorment, en la



sentència *Stadt Halle*, d'11 de gener de 2005 (assumpte C-26/03), és que el capital de l'ens instrumental ha de ser de titularitat totalment pública, ja que la participació de l'entitat adjudicadora amb una o diverses empreses privades en el capital de l'ens determinaria que no hi hagués un control anàleg i no es podria entendre que aquests ens puguin ser mitjans propis, de manera que en aquests casos els encàrrecs haurien de ser necessàriament objecte d'un procediment de contractació.

Per acabar, cal assenyalar que tot i que és conforme amb el dret comunitari, la tècnica dels contractes *in house* constitueix una excepció. En conseqüència, aquests requisits s'han d'interpretar de manera estricta i la càrrega de la prova que existeixen les circumstàncies excepcionals que justifiquen l'excepció correspon a qui se'n vulgui beneficiar.

5. El Tribunal de Justícia també s'ha pronunciat expressament en diverses ocasions sobre el règim de TRAGSA.

La sentència de 8 de maig de 2003, *Comissió/Espanya* (assumpte C-349/97), va concloure que les autoritats espanyoles podien encarregar legítimament a TRAGSA uns treballs determinats, sense recórrer a un procediment de licitació, perquè es tractava d'un supòsit exclòs de les directives en matèria d'adjudicació de contractes públics.

Més recentment, la sentència de 19 d'abril de 2007, *TRAGSA*, dictada en l'assumpte C-295/05, ha examinat si en el cas de TRAGSA es compleixen els dos requisits principals exigits per la jurisprudència per considerar-la mitjà propi, amb un resultat favorable a aquesta interpretació.

Concretament, en relació amb el compliment dels dos criteris *Teckal*, manifesta el següent:

57. En lo que se refiere al primer requisito, relativo al control de la autoridad pública, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 37).

58. En el asunto principal resulta de los autos, y a reserva de



comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que el 99 % del capital social de Tragsa pertenece al Estado español, directamente y a través de una sociedad holding y de un fondo de garantía, y que cuatro Comunidades Autónomas, titulares cada una de una acción, poseen el 1 % de dicho capital.

59. A este respecto, no cabe acoger la tesis de que sólo se cumple este requisito para los trabajos realizados por encargo del Estado español, quedando excluidos los que hayan sido encargados por las Comunidades Autónomas, con respecto a las cuales Tragsa debe ser considerada un tercero.

60. En efecto, del artículo 88, apartado 4, de la Ley 66/1997 y de los artículos 3, apartados 2 a 6, y 4, apartados 1 y 7, del Real Decreto 371/1999 parece derivarse que Tragsa está obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos, incluidas las Comunidades Autónomas. De esta normativa nacional también parece deducirse que, en el marco de sus actividades con las Comunidades Autónomas como medio propio instrumental y servicio técnico de éstas, y al igual que ocurre en sus relaciones con el Estado español, Tragsa no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones y sus relaciones con dichas Comunidades no tienen naturaleza contractual.

61. Por consiguiente, parece que Tragsa no puede tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que poseen una parte de su capital.

62. En cuanto al segundo requisito, conforme al cual Tragsa debe realizar lo esencial de su actividad con el ente o entes públicos a los que pertenece, de la jurisprudencia resulta que, cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, este requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 70).

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

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





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

En aquesta sentència, el Tribunal de Justícia flexibilitza el criteri del control anàleg i permet una interpretació més àmplia d'aquest requisit enfront de la jurisprudència existent, ja que admet que hi pot haver un control anàleg fins i tot si la participació d'un subjecte és simbòlica, com en el cas d'algunes comunitats autònomes.

Finalment, el Tribunal declara que les directives comunitàries no s'oposen a un règim jurídic com el de TRAGSA, que li permet dur a terme operacions sense subjectar-se al règim que estableixen aquestes directives, ja que té els requisits per ser considerat mitjà propi instrumental i servei tècnic de diverses autoritats públiques.

6. La LCSP ha incorporat la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justícia en relació amb els contractes *in house* en els articles 4.1 *n* i 24.6.

L'article 4.1 *n* exclou de l'àmbit d'aplicació de la Llei de contractes els negocis jurídics següents:

Els negocis jurídics en virtut dels quals s'encarregui a una entitat que, de conformitat amb el que assenyala l'article 24.6, tingui atribuïda la condició de mitjà propi i servei tècnic d'aquest, la realització d'una determinada prestació. Amb tot, els contractes que hagin de subscriure les entitats que tinguin la consideració de mitjà propi i servei tècnic per a la realització de les prestacions objecte de l'encàrrec queden sotmesos a aquesta Llei, en els termes que siguin procedents d'acord amb la naturalesa de l'entitat que els subscrigui i el seu tipus i quantia, i, en tot cas, quan es tracti de contractes d'obres, serveis o subministraments les quanties dels quals superin els llindars establerts a la secció 2a del capítol II d'aquest títol preliminar, les entitats de dret privat han d'observar per a la seva preparació i adjudicació les regles que estableixen els articles 121.1 i 174.



L'article 24.6 de la LCSP disposa que:

Als efectes que preveuen aquest article i l'article 4.1.n), els ens, organismes i entitats del sector públic poden ser considerats mitjans propis i serveis tècnics d'aquells poders adjudicadors per als quals realitzin la part essencial de la seva activitat quan aquests tinguin sobre aquells un control anàleg al que poden exercir sobre els seus propis serveis. Si es tracta de societats, a més, la totalitat del seu capital ha de ser de titularitat pública.

En tot cas, s'entén que els poders adjudicadors tenen sobre un ens, organisme o entitat un control anàleg al que tenen sobre els seus propis serveis si poden conferir-los encàrrecs de gestió que siguin d'execució obligatòria per a aquests d'acord amb instruccions fixades unilateralment per qui fa l'encàrrec i la retribució dels quals es fixi per referència a tarifes aprovades per l'entitat pública de la qual depenguin.

La condició de mitjà propi i servei tècnic de les entitats que compleixin els criteris esmentats en aquest apartat ha de ser reconeguda expressament per la norma que les creï o pels seus estatuts, que han de determinar les entitats respecte de les quals tenen aquesta condició i precisar el règim dels encàrrecs que se'ls poden conferir o les condicions en què se'ls poden adjudicar contractes, i ha de determinar per a aquestes la impossibilitat de participar en licitacions públiques convocades pels poders adjudicadors dels quals siguin mitjans propis, sens perjudici que, quan no hi hagi cap licitador, se'ls pugui encarregar l'execució de la prestació objecte de les licitacions.

L'article 24.6 de la LCSP, a més d'incorporar els criteris *Teckal*, afegeix un criteri de caràcter formal, ja que exigeix que la condició de mitjà propi i servei tècnic es reconegui expressament per la norma que creï l'entitat o pels seus estatuts, que han d'establir el règim dels encàrrecs, com també l'àmbit subjectiu i objectiu d'aquests.

La LCSP regula el nou règim jurídic de TRAGSA en la disposició addicional trentena, i deroga així l'article 88 de la Llei 66/1997, en els termes següents:

1. El grup de societats mercantils estatals integrat per l'Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA), i les societats el capital de les quals sigui íntegrament de la seva titularitat, té per funció la prestació de serveis essencials en matèria de desenvolupament rural, conservació del medi ambient, atenció a emergències, i altres àmbits connexos, d'acord amb el que estableix aquesta disposició.



2. TRAGSA i les seves filials integrades en el grup definit a l'apartat anterior tenen la consideració de mitjans propis instrumentals i serveis tècnics de l'Administració General de l'Estat, les comunitats autònomes i els poders adjudicadors que en depenen, i estan obligades a realitzar, amb caràcter exclusiu, els treballs que aquests els encomanin en les matèries assenyalades als apartats 4 i 5, donant una especial prioritat a aquells que siguin urgents o que s'ordenin com a conseqüència de les situacions d'emergència que es declaren. D'acord amb aquesta obligació, els béns i efectius de TRAGSA i les seves filials es poden incloure en els plans i dispositius de protecció civil i d'emergències.

Les relacions de les societats del grup TRAGSA amb els poders adjudicadors dels quals són mitjans propis instrumentals i serveis tècnics tenen naturalesa instrumental i no contractual, i s'han d'articular a través d'encàrrecs de gestió dels que preveu l'article 24.6 d'aquesta Llei, per la qual cosa, a tots els efectes, són de caràcter intern, dependent i subordinat.

La comunicació efectuada per un d'aquests poders adjudicadors que encarregui una actuació a alguna de les societats del grup suposa l'ordre per iniciar-la.

3. El capital social de TRAGSA és íntegrament de titularitat pública.

Les comunitats autònomes poden participar en el capital social de TRAGSA mitjançant l'adquisició d'accions, l'alienació de les quals ha de ser autoritzada pel Ministeri d'Economia i Hisenda, a iniciativa dels ministeris d'Agricultura, Pesca i Alimentació i de Medi Ambient. (...)

6. Les societats del grup TRAGSA no poden participar en els procediments per a l'adjudicació de contractes convocats pels poders adjudicadors dels quals sigui mitjà propi. No obstant això, quan no hi concorri cap licitador es pot encarregar a aquestes societats l'execució de l'activitat objecte de licitació pública.

(...)

L'apartat segon d'aquesta disposició addicional disposa clarament que TRAGSA i les seves filials tenen la consideració de mitjans propis instrumentals i serveis tècnics de l'Administració general de l'Estat, les comunitats autònomes i els poders adjudicadors que en depenen. Així doncs, aquest precepte no esmenta altres administracions territorials, com és el cas de les entitats que integren l'Administració local.

Sobre la impossibilitat de les entitats locals de fer encàrrecs de gestió a TRAGSA s'ha pronunciat la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Economia i Hisenda en l'Informe 21/08, de 28 de juliol.



Per tant, tenint en compte la literalitat de la disposició addicional trentena, els articles 4.1 *n* i 24.6 de la LCSP, com també la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea en relació amb els denominats contractes *in house providing*, sembla, en principi, que TRAGSA no es podria considerar mitjà propi dels consells insulars si aquests només tinguessin la consideració d'Administració local.

7. No obstant tot el que s'ha exposat fins ara, el Consell Insular de Menorca manifesta que ha fet encàrrecs de gestió a TRAGSA emparant-se en la disposició addicional sisena de la Llei 8/1999, de 12 d'abril, d'atribució de competències als consells insulars de Menorca i d'Eivissa i Formentera en matèria d'agricultura, ramaderia, pesca i artesanía, que disposa que:

Els Consells Insulars de Menorca i d'Eivissa i Formentera disposaran de la facultat per encomanar a l'Empresa de Transformació Agrària, S.A. (TRAGSA) i a les seves filials la realització de treballs en les matèries que constitueixen el seu objecte social, en els termes prevists a l'article 88 de la Llei 66/1987, de 30 de desembre de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, tot això amb les mateixes circumstàncies i condicions que disposa actualment la Conselleria d'Agricultura, Comerç i Indústria del Govern de les Illes Balears.

En el moment en què es va aprovar aquesta Llei, estava en vigor l'Estatut d'autonomia aprovat per la Llei orgànica 2/1983, de 25 de febrer, l'article 10 del qual establia que corresponia a la Comunitat Autònoma la competència exclusiva en les matèries següents:

10. Agricultura i ramaderia, d'acord amb l'ordenació general de l'economia.

19. Pesca i activitats recreatives en aigües interiors, cria i recollida de marisc, aqüicultura i caça.

(...)

En l'exercici d'aquestes competències, correspondran a la comunitat autònoma la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva.

Quant a les competències dels consells insulars, l'article 39 de l'Estatut els atribuïa la funció executiva i la gestió d'algunes matèries en els termes següents:

Els consells insulars, a més de les competències que els corresponguin com a corporacions locals, tendran la facultat d'assumir dins el seu àmbit territorial la funció executiva i la gestió, en la mesura en què la comunitat



autònoma assumirà competències sobre aquestes, d'acord amb aquest Estatut, en les matèries següents:

(...)

3. Agricultura i ramaderia, d'acord amb l'ordenació general de l'economia.
4. Pesca en aigües interiors, cria i recollida de marisc, aqüicultura i caça.

Així mateix, estava en vigor la Llei 5/1989, de 13 d'abril, de consells insulars, l'article 12 de la qual enumerava les seves competències pròpies, entre les quals s'inclouïen les que els atribuïssin les lleis del Parlament de les Illes Balears en desenvolupament de l'article 39 de l'Estatut d'autonomia.

En aquest marc, la Llei d'atribució de competències esmentada va transferir als consells insulars de Menorca i d'Eivissa i Formentera, amb caràcter de pròpies, les competències executives i de gestió assumides pel Govern de les Illes Balears, en relació amb les matèries d'agricultura, ramaderia, pesca i artesania.

L'any 1985 l'Estat va aprovar el Reial decret 809/1985, de 30 d'abril, d'ampliació del traspàs de funcions i serveis de l'estat en matèria de reforma i desenvolupament agrari i valoració definitiva del seu cost efectiu, en què es traspassaven a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears els serveis, les institucions i els mitjans personals, materials i pressupostaris necessaris per exercir aquestes competències, i en què s'esmenta la possibilitat d'utilitzar TRAGSA.

Recentment, s'ha aprovat la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, de reforma de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears. L'article 61 de l'Estatut disposa que els consells insulars són les institucions de govern de cadascuna de les illes i, a més, són també institucions de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. Aquest precepte ha confirmat, a nivell estatutari, l'evolució que han experimentat els consells insulars, els quals varen néixer com a ens integrants de l'Administració local i, posteriorment, han vist reconeguda la seva doble naturalesa, local i autonòmica, de manera que quan exerceixen competències autonòmiques participen de la naturalesa autonòmica.

L'article 30 estableix que la Comunitat Autònoma té competència exclusiva, entre d'altres, en les matèries següents:

10. Agricultura i ramaderia. Qualitat, traçabilitat i condicions dels productes agrícoles i ramaders i dels productes alimentaris que se'n deriven. L'exercici d'aquestes competències es farà d'acord amb l'ordenació general de l'economia.



- 22. Pesca i activitats recreatives en aigües interiors, cria i recollida de marisc, aqüicultura.
- 51. Pesca marítima a les aigües de les Illes Balears.

D'acord amb l'article 70 de l'Estatut les competències pròpies dels consells insulars, en les quals exerceixen la potestat reglamentària, són, entre d'altres, les següents:

12. Agricultura, ramaderia i pesca. Qualitat, traçabilitat i condicions dels productes agrícoles i ramaders i dels productes alimentaris que se'n deriven.

(...)

A l'entrada en vigor del present Estatut d'autonomia es transferiran les competències atribuïdes com a pròpies als consells insulars, mitjançant decret de traspàs acordat en comissió mixta de transferències.

Per tant, atès que les competències que s'atribueixen com a pròpies als consells insulars de Menorca i d'Eivissa i Formentera mitjançant, inicialment, la Llei 8/1999, i, posteriorment, ja respecte a tots els consells insulars, mitjançant l'Estatut d'autonomia —modificat per la Llei orgànica 1/2007—, són competències exclusives de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, la qual participa en el capital de TRAGSA, i, en la mesura en què aquestes competències són autonòmiques i es refereixen a matèries incloses en l'àmbit de funcions de TRAGSA, sembla raonable entendre que els consells insulars —tot i no que no tenen, estrictament, els requisits exigits per la jurisprudència comunitària— poden fer encàrrecs a TRAGSA en les mateixes condicions en què ho podria fer la Comunitat Autònoma si executàs aquestes competències per si mateixa.

Així doncs, es pot considerar que la Llei 8/1999 habilita els consells insulars de Menorca, Eivissa i Formentera a fer encàrrecs a TRAGSA en matèria d'agricultura, ramaderia i pesca, mentre que, pel que fa al Consell de Mallorca, si bé la modificació de l'Estatut d'autonomia de 2007 atribueix a tots els consells insulars aquestes competències com a pròpies, la utilització de TRAGSA requereix una norma expressa d'habilitació.

## **Conclusió**

En la mesura en què els consells insulars tinguin atribuïda la competència d'execució i de gestió de competències que siguin de titularitat exclusiva de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i que estiguin incloses en l'àmbit de funcions de



TRAGSA, i, a més, la Comunitat Autònoma els hagi facultat, mitjançant una norma d'habilitació, per utilitzar TRAGSA com a mitjà propi i servei tècnic, es pot entendre que, només a aquest efecte, els consells insulars poden fer encàrrecs a TRAGSA en els mateixos termes que ho podria fer la Comunitat Autònoma.