

TRAGSA: un caso irresuelto convertido en modelo legal de los encargos de las administraciones a sus medios instrumentales

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. LA IMPORTANCIA DEL CASO TRAGSA. 2. EL CONTEXTO DEL CASO: ALGUNOS DATOS SOBRE TRAGSA Y SU UTILIZACIÓN POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. II. LAS RELACIONES JURÍDICAS CON MEDIOS PROPIOS O *IN HOUSE PROVIDING*. 1. LOS PRECEDENTES LEGALES Y DOCTRINALES SOBRE UTILIZACIÓN DE MEDIOS PROPIOS: LA EJECUCIÓN DE OBRAS Y SUMINISTROS POR ADMINISTRACIÓN Y LA GESTIÓN DIRECTA DE SERVICIOS PÚBLICOS. 2. LA CONSTRUCCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA DE LA DOCTRINA *IN HOUSE PROVIDING*. 3. LA RECEPCIÓN NORMATIVA EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE LA DOCTRINA *IN HOUSE*. III. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE TRAGSA. 1. LA CREACIÓN DE TRAGSA. 2. LAS MODIFICACIONES POSTERIORES EN EL RÉGIMEN DE TRAGSA. 3. TRAGSA Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 4. LA ELEVACIÓN DEL RANGO DEL ESTATUTO DE TRAGSA: EL ARTÍCULO 88 DE LA LEY 66/1997. IV. EL CUESTIONAMIENTO DEL SISTEMA ANTE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. V. LAS SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO. VI. LAS DUDAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL RÉGIMEN DE TRAGSA. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL POR EL TRIBUNAL SUPREMO. VII. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL. VIII. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA SEGUNDA) DE 19 DE ABRIL DE 2007 (ASUNTO C 295/05). IX. LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA. LA IMPORTANCIA DE LA

¹ Letrado de la Xunta de Galicia.

CUESTIÓN PREJUDICIAL. X. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA: EL RÉGIMEN ESTABLECIDO POR LA LEY DE CONTRATOS DE SECTOR PÚBLICO PARA TRAGSA Y LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS. 1. EL RÉGIMEN DE TRAGSA EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TRIGÉSIMA. 2. LA EXTENSIÓN DEL MODELO TRAGSA AL RÉGIMEN GENERAL ESTABLECIDO POR LA LEY DE CONTRATOS DE SECTOR PÚBLICO PARA LAS ENCOMIENDAS *IN HOUSE PROVIDING*. XI. EL CAMBIO DE CRITERIO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN CUANTO A LA APRECIACIÓN DE LA EXISTENCIA O NO DE CONTRATO EN LA SENTENCIA CORREOS Y TELÉGRAFOS DE 18 DE DICIEMBRE DE 2007. XII. EN PARTICULAR, LA POSIBLE CONSIDERACIÓN DEL ARTÍCULO 86.2 DEL TRATADO CE COMO ÚLTIMA LÍNEA DE DEFENSA DE TRAGSA. XIII. LA DECISIÓN SOBRE EL CASO ASEMFO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ENERO DE 2008. XIV. EPÍLOGO.

I. INTRODUCCIÓN

1. LA IMPORTANCIA DEL CASO TRAGSA

En el presente trabajo intentaremos poner de manifiesto las principales cuestiones involucradas en el régimen jurídico de la sociedad mercantil estatal “Empresa de transformación Agraria, S.A.”, TRAGSA, y en particular su consideración como medio propio del Estado y de las Comunidades Autónomas, analizando la evolución legal del régimen de la compañía y su cuestionamiento desde el punto de vista de la defensa de la competencia y, sobre todo, desde la perspectiva de las directivas comunitarias de contratación pública².

Este cuestionamiento del “modelo TRAGSA” ha tenido, por ahora, como últimos capítulos de una larga serie, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de abril de 2007, recaída en una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008, dictada en el proceso origen de esa cuestión prejudicial. La primera, tras una confusa línea de razonamiento termina declarando que las directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a TRAGSA.

A la vez y paradójicamente, la propia sentencia contiene en su interior el razonamiento que puede arrastrar la caída del modelo TRAGSA, al permitir

² En general, sobre todos los problemas que plantea el modelo TRAGSA puede consultarse la monografía de AMOEDO SOUTO, C., *TRAGSA, Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Barcelona, Atelier, 2004.

concluir la incorrección de ese régimen y su oposición al derecho comunitario. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo, como veremos, parte de la declaración final del Tribunal de Justicia, sin un examen razonado de sus argumentos y, en particular, sin detenerse a verificar y comprobar los elementos de hecho a tener en cuenta, pese a las enfáticas declaraciones del Abogado General y del propio Tribunal de Justicia de que debía analizar el contexto legal y fáctico en el que TRAGSA opera.

Realmente, el Tribunal Supremo deja irresuelto el caso, al no aplicar el derecho comunitario en los términos establecidos en la sentencia prejudicial.

En efecto, el Tribunal Supremo no sigue los elementos interpretativos que le intenta proporcionar la sentencia del Tribunal de Justicia y no se pronuncia sobre la cuestión de carácter general de si en el sistema TRAGSA se cumplen los requisitos para su utilización como medio propio de las administraciones estatal y autonómica.

Debemos advertir que las cuestiones que plantea el caso TRAGSA, ya de por sí relevante por la gran importancia económica de la actividad de la sociedad y el amplio uso que de la empresa hacen las administraciones públicas españolas³, afectan al propio modelo general de relaciones de la administración con sus medios propios instrumentales y a la cuestión clave, todavía no resulta con una mínima claridad, de los requisitos del estatuto jurídico que deben tener los medios propios pertenecientes a varias administraciones.

Esta afectación al modelo general de relaciones con medios propios se deriva, particularmente, de la actuación irreflexiva, a nuestro juicio, del legislador, que pese a estar el caso en aquel momento pendiente de resolución por el Tribunal Supremo, y distar mucho la cuestión de estar clara desde la perspectiva del derecho comunitario, en la nueva Ley de Contratos del Sector Público no sólo insiste en la regulación discutida de TRAGSA, sino que posibilita la extensión del modelo TRAGSA como sistema general de relaciones con los entes instrumentales para todas las administraciones.

El sistema TRAGSA, ha adquirido por tanto, carta de naturaleza general, pese a estar el caso irresuelto.

En el fondo del caso late el problema de si afecta o no a la competencia la actuación de las administraciones o poderes adjudicadores que, en vez de acudir al mercado, encargan sus obras, gestión de servicios públicos, servicios y suministros a entes formalmente distintos por estar dotados de personalidad jurídica, pero dependientes e instrumentales de las indicadas autoridades

³ Si se nos permite la licencia, hasta el punto de que en las actividades que TRAGSA desarrolla, a veces ya no se sabe si TRAGSA depende del Estado y Comunidades Autónomas o éstos dependen de TRAGSA.

(contratos conocidos como *in house providing* en el derecho comunitario) ¿Cuándo y con qué límites son posibles estas operaciones? ¿Qué elementos permiten caracterizar un medio propio?

La respuesta a estos interrogantes hará posible la distinción entre meras operaciones internas, realizadas con auténticos medios propios, sin afectación a la libre competencia y operaciones externas, en que el recurso al mercado será obligado para respetar los principios derivados de Tratado CE y las directivas de contratación

La posibilidad de realizar a los medios propios encargos de estructura onerosa presenta una trascendencia esencial, pues supone que no es necesaria la aplicación de la legislación contractual para la apertura de estos trabajos al mercado y la selección del adjudicatario. Nos encontramos, nada más y nada menos, que ante la cuestión de la definición del papel que los poderes públicos pueden asumir en el desarrollo de actividades económicas.

La doctrina que ha examinado estos problemas parte de una consideración favorable a la posibilidad de medios propios para autoabastecerse.

Así HUERGO LORA⁴ entiende que el reconocimiento de relaciones privilegiadas entre la administración matriz y sus empresas es algo inherente al sistema constitucional que admite la existencia del sector público, la participación de los poderes públicos en la actividad económica y la capacidad para gestionar directamente los servicios públicos. De acuerdo con el autor, el establecimiento por la administración de una estructura productiva viene autorizado expresamente por el artículo 128 de la Constitución, de manera que la administración pública no está obligada satisfacer sus necesidades de bienes y servicios a través de empresas privadas, puede utilizar sus propios medios productivos para cubrir estas necesidades. Para el autor, la libertad de empresa no incluye dentro de su contenido mínimo un deber de los poderes públicos de garantizar un determinado mercado a los empresarios privados en todos los sectores y menos aún el deber de garantizar un determinado nivel de contratación a través del poder de compra de las administraciones públicas.

Asimismo, Rebollo Puig⁵ destaca que la Administración no está obligada a contratar lo que puede hacer por sus propios medios. El autor entiende

⁴ HUERGO LORA, A., "La libertad de empresa y la colaboración preferente de las administraciones con empresas públicas", *Revista de Administración Pública*, n.º 154 (enero-abril 2001), pp. 129 a 171.

⁵ REBOLLO PUIG, M., "Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", *RAP* n.º 161 (mayo-agosto 2003), pp. 359 a 393. "Al igual que cualquier otro sujeto, la Administración no está obligada a contratar nada que pueda hacer

que sólo si la Administración no tiene medios suficientes y opta por no dotarse de ellos acudirá a la contratación, añadiendo que los empresarios privados no tienen ningún derecho a que la Administración opte por no tener medios propios y por buscar su colaboración. Para el autor, su derecho consiste en que si la Administración decide buscar la colaboración de la empresa privada, lo haga de determinada forma, garantizando en todo caso la igualdad, la publicidad y la concurrencia.

Estas conclusiones las aplica Rebollo Puig, igualmente, a los entes institucionales instrumentales, por considerarlos nada más que un conjunto de medios materiales y humanos de la Administración, como los simples órganos, aunque dotados de personalidad jurídica. De acuerdo con el autor, ello no encuentra obstáculos insalvables ni en el derecho nacional, ni en el comunitario, ni en el de contratación pública, ni en el de defensa de la competencia, pues tras estas entidades no hay nada más que una fórmula de organización administrativa, de modo que, en consecuencia, la atribución de actividades o encargos como “medio propio” no tiene nada que ver con los contratos.

Ahora bien, el autor matiza sus conclusiones para añadir que hay argumentos, tanto de derecho nacional como de derecho comunitario, y tanto de derecho de contratación como del de defensa de la competencia, para someter esta posibilidad a límites y condiciones estrictos que eviten que se convierta en un modo de burlar la legislación de contratos y de situar a las entidades públicas en ventaja respecto a las empresas privadas con las que compitan en el mercado.

También SOSA WAGNER y FUERTES LÓPEZ⁶ ponen de relieve que en las relaciones “domésticas” entre las Administraciones y sus sociedades, detrás de una cuestión aparentemente técnica, se encuentra otra de auténtica dimensión política, “al esconder nada menos que la comprensión misma de la Administración contemporánea, espacio donde se enfrentan dos concepciones en buena medida antitéticas: o bien se patrocina una Administración que sea capaz de dotarse de instrumentos con los que satisfacer necesidades colectivas en ámbitos diversos y trascendentes o, por el contrario, se patrocina una Administración que se ha de limitar prácticamente a fijar, a través de sus normas, las reglas del juego económico y social y

ella misma mediante sus propios medios materiales y personales y, naturalmente, tiene el derecho de proveerse de esos medios propios para hacer por sí misma cuanto deba o pueda hacer”.

⁶ SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., “¿Pueden los contratos quedar en casa? (la polémica europea sobre la contratación in house)”, *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n.º 3, 2007, pp. 1669 a 1680.

a garantizar la libertad de los empresarios y el respeto de la competencia entre ellos”.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia *Stadt Halle*⁷, se refiere a la problemática aludida y manifiesta el principio de singular importancia de que una autoridad pública que sea a la vez una entidad adjudicadora tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

Resulta clave, entonces, estudiar los requisitos que permiten concluir si estamos en presencia de un auténtico medio propio y particularmente que requisitos deben cumplir los medios propios dependientes de varias administraciones y comprobar si estos requisitos se cumplen en el modelo TRAGSA. Si TRAGSA no los cumple, pese a declarar la ley española expresamente su condición de medio propio, se estaría incumpliendo la normativa comunitaria, pues obras, servicios y suministros que hubieran debido salir a licitación pública se le habrían encomendado directamente ¿Nos proporciona la sentencia del Tribunal de Justicia sobre el caso TRAGSA elementos de juicio claros y suficientes para resolver la cuestión?

2. EL CONTEXTO DEL CASO: ALGUNOS DATOS SOBRE TRAGSA Y SU UTILIZACIÓN POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Para comprender la dimensión práctica del caso podemos destacar los datos que siguen, extraídos todos ellos de la Memoria de sostenibilidad del Grupo TRAGSA del año 2006, subtitulada “el mejor medio”⁸:

El Grupo TRAGSA se configura hoy como un holding público, medio propio de la administración, especializado en la realización de obras en el ámbito rural, la prestación de servicios y asistencia técnica en los sectores agrario y medioambiental, así como en la intervención en situaciones de emergencia⁹.

⁷ Sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle*, apartado 48.

⁸ Disponible en www.grupotragsa.es.

⁹ “El Grupo TRAGSA está especializado en la ejecución de una gran variedad de actuaciones, que abarcan el diseño y la construcción de las infraestructuras y equipamientos para la

El Grupo está formado por tres empresas: TRAGSA (Empresa de Transformación Agraria, S.A.), su empresa matriz, y sus filiales TRAGSATEC (Tecnologías y Servicios Agrarios, S.A.) y TRAGSEGA (Sanidad Animal y Servicios Ganaderos, S.A.).

Las señas esenciales de la identidad del grupo, según la memoria citada, son la prestación de servicios esenciales de desarrollo rural y protección medioambiental, la gestión empresarial de su actividad¹⁰, y su condición de instrumento de la Administración.

Dispone de una extensa red en el territorio nacional, con implantación en todas las provincias a través de más de 130 oficinas y 7 parques de maquinaria, distribuidos en 17 Delegaciones Autonómicas.

El Plan Estratégico del Grupo TRAGSA para el cuatrienio 2006-2009 pretende lograr el crecimiento sostenible de su actividad, que permita alcanzar, al final de la vigencia del mismo, una cifra de negocio de 900 millones de euros y plantea una estrategia dirigida, entre otros extremos, a “dotar al Grupo de una mayor capacidad de respuesta ante los requerimientos que pueda efectuarle la Administración General del Estado, la Administración Autonómica y la Administración Local”.

Las estrategias propuestas en el Plan incluye también la especialización en emergencia, “ante la creciente demanda de la sociedad a las Administraciones, de disponer de equipos experimentados para afrontar las situaciones de emergencia surgidas de accidentes, catástrofes naturales, etc.”¹¹.

En cuanto al “régimen jurídico”, se pretende potenciar “el papel de TRAGSA, en la actual organización del Estado, como medio propio de las

modernización de los sistemas de producción agraria y ganadera; la aplicación de tecnologías para un mejor aprovechamiento del agua; las actividades de conservación del medio natural y de desarrollo del medio rural; la gestión de recursos pesqueros y acuicultura; las actuaciones forestales y la prestación de servicios de emergencia.

¹⁰ “Es autosuficiente, tanto económica como financieramente, gracias a una rigurosa gestión que ha hecho de él, desde su constitución, un Grupo transparente, rentable, eficiente y sólido, que trabaja en condiciones de mercado, y es capaz de retribuir a sus accionistas, sin coste alguno para el erario público”.

¹¹ Según la memoria, las Comunidades Autónomas que incluyen a TRAGSA en sus estructuras de emergencias son cuatro, Castilla y León, Comunidad Valenciana, Cantabria y Extremadura (aunque ésta sólo para ciertos tipos de emergencia). Asimismo, se expresa que fueron nueve las Comunidades que recurrieron a TRAGSA en materia de emergencias y/o extinción de incendios forestales a lo largo de 2006. Dentro de los medios empleados en estas actuaciones, destacan las BRIF, Brigadas Helitransportadas de Refuerzo de Incendios Forestales. “En total, fueron 4.665 las personas dedicadas a la extinción de incendios forestales en la campaña de 2006, sin contar al personal que no está adscrito a los dispositivos de extinción y que, al estar formado y equipado, puede ser movilizado en labores de apoyo”.

Comunidades Autónomas, y de los Ministerios de Medio Ambiente y Agricultura. Se incrementarán las relaciones con las entidades de la Administración Local, con arreglo a lo previsto en el ordenamiento jurídico; en especial, estableciendo los convenios que fueran necesarios para hacer efectiva que la “cesión del medio propio” a favor de una entidad local, pueda ser realizada eventualmente por alguna Comunidad Autónoma o por la Administración General del Estado”.

En cuanto a las cifras, “el importe neto de la cifra de negocio del Grupo TRAGSA alcanzó, en el ejercicio 2006, un volumen de 967 millones de euros, lo que ha supuesto un incremento del 29,3% con respecto a la misma cifra del ejercicio anterior, y la consecución del objetivo de crecimiento económico del Plan”.

Por la importancia del conocimiento de con qué administraciones realiza TRAGSA la parte esencial de su actividad, podemos destacar lo que se recoge en el apartado “los clientes en cifras”: “El Estado y las Comunidades Autónomas son, por tipo de cliente, los que mayor peso han supuesto respecto a esta cifra de negocio con un 43,3%, y un 48,3%, respectivamente. El Ministerio de Medio Ambiente con 245,8 millones, y el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación con 193,4 millones, han sido los dos mayores clientes por parte de la Administración Central del Estado”. En el año 2006, las cifras son las siguientes (en miles de euros): Administración Central 418.934; Comunidades Autónomas 466.701; otros organismos públicos 41.256; empresas públicas y otros 40.017; total, 966.908. La Junta de Castilla-La Mancha, con unas ventas de 96 millones, es el primer cliente de la Administración Autonómica. La Junta de Comunidades de Castilla y León, Junta de Andalucía, Xunta de Galicia, la Generalitat Valenciana y la citada en primer lugar, suponen el 69,3% de este grupo de clientes.

Es importante destacar que de estas Comunidades Autónomas citadas, con las que TRAGSA realiza la mayor parte de sus actividades tan sólo tenía participación en el capital social la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (una acción).

El capital social de TRAGSA asciende a la cifra de 32.536.900 euros, y se compone de 29.579 acciones, nominativas, de 1.100 euros cada una. La estructura accionarial de TRAGSA, a 31 de diciembre de 2006 era la siguiente (como hecho destacado en el ejercicio 2006, destaca la nueva incorporación en el accionariado de las Comunidades Autónomas de Murcia y de La Rioja, con una acción cada una de ellas): Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) 51%; Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA) 39%; Dirección General de Patrimonio 10%; Cantabria, Navarra, Castilla-La Mancha, Madrid, La Rioja y Murcia, tienen una ac-

ción cada una (entre todas no alcanzan ni siquiera una milésima parte del capital social).

II. LAS RELACIONES JURÍDICAS CON MEDIOS PROPIOS O *IN HOUSE PROVIDING*

1. LOS PRECEDENTES LEGALES Y DOCTRINALES SOBRE UTILIZACIÓN DE MEDIOS PROPIOS: LA EJECUCIÓN DE OBRAS Y SUMINISTROS POR ADMINISTRACIÓN Y LA GESTIÓN DIRECTA DE SERVICIOS PÚBLICOS

Antes de adentrarnos en la construcción jurisprudencial comunitaria de la relaciones con medios propios podemos detenernos en la situación en nuestro derecho con anterioridad a la recepción de esta doctrina.

El reconocimiento de la posibilidad de que la administración acuda a sus propios servicios para cubrir sus necesidades sin que precise recurrir a los empresarios privados para atenderlas ha sido una constante en nuestro derecho. Tanto la ejecución de obras como la realización de suministros y la gestión de servicios públicos han admitido modalidades “por administración” o “directas” de actuación, configurándose incluso legalmente, en el caso de las obras y suministros, como la modalidad normal de actuación cuando la administración disponía ella misma de medios o servicios técnicos, suficientemente aptos para la realización de estas labores. Cabe recordar, asimismo que en el caso de los contratos de consultoría, asistencia y servicios, la legislación parte de la base de la autoprovisión de la administración para estas prestaciones, salvo que se justifique la necesidad de acudir a un contrato, por la insuficiencia de medios y la no conveniencia de su ampliación.

En este sentido, de la QUADRA SALCEDO¹², ha puesto de manifiesto que frente al llamado dogma del contratista interpuesto —que partiría del carácter excepcional de la intervención directa de la administración como empresario y la necesidad de que ésta acuda, por tanto, al contrato—, nuestro derecho ha contemplado con normalidad la ejecución de obras por la administración, aunque con sujeción a previsión normativa que lo permitiese, configurada, por lo demás, con cierta amplitud.

¹² DE LA QUADRA SALCEDO, T., “La ejecución de obras por la Administración”, en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, segunda edición, 2004, pp. 889 a 941.

El autor citado destaca, asimismo, la situación de la gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Estado (las mismas consideraciones son aplicables a los textos legales subsiguientes), en la que se excluía la necesidad de concertar un contrato cuando la gestión se encargaba a una personalidad instrumental de la administración.

Estas posibilidades existentes en la legislación contractual evidencian un principio de fondo, de considerable importancia económica y jurídica: el reconocimiento de que la administración puede dotarse de los medios personales y materiales necesarios para actuar, restringiendo de esta manera su dependencia del mercado, y en definitiva, del recurso al contrato. En efecto, ha resaltado con agudeza de la Quadra Salcedo que el fenómeno de la ejecución de obras por administración supone la delimitación del negativo de la contratación de la administración, dado que su extensión supone que el campo reservado a la contratación se reduce correlativamente¹³.

Ahora bien, la cuestión es si, antes de las reformas que posteriormente estudiaremos, que introdujeron explícitamente la figura de las encomiendas o encargos a los medios propios, se podía considerar en nuestra legislación contractual un supuesto de ejecución de obra o suministros por administración aquellos casos en que la administración decide, como opción de autoorganización, la personificación del servicio, esto es, su constitución en persona jurídica separada formalmente del tronco común de la administración ¿Adquiriría la operación naturaleza contractual o sería posible calificarla como “por administración”? ¿Puede entenderse que las relaciones entre la administración y su medio propio personificado son internas o debe darse prevalencia al dato formal de la personalidad jurídica?

Recuerda de la Quadra Salcedo que la doctrina partía de la necesidad de que nos encontrásemos ante servicios de carácter interno de la administración, dado que las relaciones entre dos personas jurídicas distintas serían reconducibles a la idea de contrato¹⁴. Sin embargo el autor considera discu-

¹³ Los fenómenos de autoprovisión por la propia administración no tendrían dimensión contractual, por faltar el requisito básico del contrato de la dualidad de personalidades. “La cuestión presenta, por tanto, gran relevancia teórica y práctica. En el plano práctico, por cuanto ello puede determinar una mayor o menor utilización de empresarios privados en ejecución de las obras públicas. En el plano teórico por cuanto tiene que ver con el papel que se pretende que desempeñan los poderes públicos en una sociedad moderna”.

¹⁴ En particular, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa”, *RAP*, num. 10, 1953, pag 254: “Estas organizaciones no son las que podrán beneficiarse de las facilidades otorgadas por el precepto que comentamos, pues el dato de su autonomía y, jurídicamente, el de su personalidad impone precisamente el sistema de contrato con la Administración que pretenda utilizar sus servicios, lo que cae fuera del supuesto de derecho de la gestión propia o directa”.

tible el argumento, poniendo como ejemplo la posibilidad legal de gestión directa de servicios públicos a través de establecimientos personificados¹⁵.

SOSA WAGNER¹⁶, pone también de manifiesto que las sociedades privadas u otras formas de personificación son simples opciones de organización y que el reconocimiento de una personalidad jurídica lo es sólo a efectos auxiliares e instrumentales, por ello no pueden ostentar la consideración de terceros frente a la administración pública. Entiende, por ello, que los preceptos de la ley de contratos que se refieren a la ejecución de obras y de servicios por administración no se refieren a la forma jurídica de los servicios propios y que sus previsiones serían superfluas si se interpretase que se refieren a órganos administrativos. El autor, en definitiva, propugna una interpretación de las indicadas normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas, citando la poca probabilidad de que en nuestros tiempos una administración pública tenga todavía estos servicios propios configurados como órganos administrativos.

Aunque se pueda estar básicamente de acuerdo con los argumentos contenidos en las referidas opiniones doctrinales, también es cierto que faltaba en nuestra legislación contractual una declaración general al respecto, por lo que no puede sorprender que existiesen lógicas dudas y vacilaciones. Ejemplo de una consideración formal de la cuestión se encuentra en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 40/1984, de 28 de febrero de 1985, que concluye que los preceptos de la Ley y del Reglamento de Contratos del Estado relativos a la ejecución de obras y fabricación de muebles por la administración no son de aplicación a los organismos autónomos y sociedades estatales¹⁷.

¹⁵ ÁVILA ORIVE, J.L., *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, primera edición 2002, pp. 140 y ss. En este sentido, entiende que no puede aceptarse una concepción restrictiva en las referencias que hace la regulación de obras y servicios por administración a "sus medios personales o reales". Para el autor, estos preceptos comprenden aquellos entes instrumentales que tienen por misión la satisfacción de los fines públicos de la administración a la que pertenecen: el hecho de que su personalidad jurídica suponga la constitución de un centro de imputación de situaciones jurídicas, no impide la consideración de un complejo orgánico unitario entre el ente instrumental y la administración de la que depende. Así, pone de manifiesto la imposibilidad de que se dé un contrato entre entidades unidas por una relación de instrumentalidad y alude también a la analogía de la situación con la regulación de la gestión directa en la gestión de servicios públicos.

¹⁶ SOSA WAGNER, F., "El empleo de los recursos propios por las administraciones locales", en *Estudios de Derecho Público Económico, libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*, Madrid, Civitas, primera edición 2003, pp. 1309 a 1341.

¹⁷ Sin perjuicio de que el informe admita el establecimiento de las relaciones con los organismos autónomos y sociedades estatales en su modalidad de entidades de derecho público a través de la vía del convenio de cooperación, lo que supone, en cierto sentido, admitir la idea de

2. LA CONSTRUCCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA DE LA DOCTRINA *IN HOUSE PROVIDING*

El estudio de las relaciones de las administraciones públicas con sus medios propios exige hacer referencia a la doctrina *in house providing* desarrollada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para exceptuar determinadas relaciones jurídicas de estructura contractual del ámbito de las Directivas comunitarias de contratación pública, por considerar que su naturaleza responde a la de meras relaciones internas¹⁸.

El fundamento de esta construcción jurisprudencial radica en el reconocimiento de que las autoridades públicas tienen la posibilidad de realizar las tareas de interés público que les corresponden a través de sus propios medios administrativos, técnicos o de cualquier tipo, sin que exista la obligación de acudir a entidades externas. La implicación última de esta afirmación es que, como expresa SOSA WAGNER¹⁹, las instituciones comunitarias, de acuerdo con el principio de neutralidad recogido en el artículo 222 del Tratado, admiten la libertad de configuración de cada Estado de un sector público propio con la dimensión que de forma soberana se le quiera dar.

autoabastecimiento recogida en los preceptos reguladores de la ejecución por administración, aunque sin aplicar esta regulación. El informe entiende que con las sociedades mercantiles estatales deben concluirse verdaderos y propios contratos de obras y suministro, cumpliendo los requisitos establecidos por la legislación contractual.

¹⁸ AMOEDO SOUTO, C. “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas”, *RAP* 170, mayo-agosto 2006, pp. 261 a 294, se refiere a que: “Estos contratos *in house* no son sino encomiendas de trabajo que las Administraciones —y, en general, los considerados en las Directivas sobre contratación poderes adjudicadores— imputan a servicios internos, organizaciones especializadas y segregadas en régimen de descentralización funcional para la realización de determinadas funciones de interés general”. “Pese a una personificación propia, estas entidades de forma jurídico-privada no se consideran personas jurídicas independientes, por la razón de que carecen de auténtica autonomía de la voluntad. Son, en efecto, puros instrumentos dominados por el poder adjudicador del que dependen y traen causa. En virtud de este argumento, el Tribunal de Justicia estima que *la encomienda de trabajo no es un auténtico contrato entre partes, sino algo distinto: una convención interna entre servicios*. De ahí que excluya, en definitiva, someter las relaciones internas de encomienda al régimen de la contratación pública”. Asimismo, sobre la doctrina *in house*, cabe destacar los trabajos de GIMENO FELIÚ, J.M., *Contratos públicos: Ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación. La incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, CIVITAS, Madrid, 2002, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, THOMSON-CIVITAS, Madrid, 2006.

¹⁹ SOSA WAGNER, F., “El empleo...”.

La consecuencia lógica de lo expresado es, en efecto, la admisión de que las relaciones de los poderes adjudicadores con sus entidades dependientes no se rigen por las directivas comunitarias de contratación, pudiendo acudir a éstas para proveerse de obras, bienes o servicios sin tener la obligación de acudir al mercado o, en definitiva, de sacarlos a pública licitación.

Con algunos precedentes anteriores²⁰ la doctrina *in house* aparece explícitamente configurada y desarrollada en la Sentencia Teckal²¹ de 1999, donde se expresa de la siguiente manera:

- A efectos de las normas comunitarias en materia de contratación pública, para que se entienda celebrado un contrato entre dos personas distintas, 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.

Ahora bien, dado que se trata de una excepción a las normas generales del Derecho comunitario, ambos requisitos expuestos en el apartado anterior deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella²².

“Control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios”, significa que la entidad en cuestión está sometida a un control que permita a la autoridad pública influir en sus decisiones. Debe tratarse de una posibilidad de in-

²⁰ Sentencia BFI-Holding, C-360/96. En las conclusiones del abogado General se manifiesta expresamente que la decisión de una administración pública de constituir una parte de sus servicios con forma societaria y dirigir su actuación a través de un convenio representa tan sólo una técnica organizativa que no tiene en realidad nada que ver con la contratación pública en sentido estricto.

²¹ Sentencia de 18 de noviembre de 1999, C-107/98.

²² Sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto C-485/03 (Parking Brixen). En esta sentencia se considera trasladable la doctrina *in house* a las concesiones de servicios públicos excluidas del ámbito de aplicación de las directivas sobre contratación pública. Por tanto, se afirma, en el mismo sentido que no procederá aplicar las normas comunitarias en materia de contratación pública o de concesiones de servicios públicos en caso de que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin recurrir a entidades externas.

fluencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes²³.

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 servicios²⁴.

La participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios²⁵.

Por otro lado, el requisito conforme al cual la empresa a la que se haya adjudicado directamente un contrato debe realizar lo esencial de su actividad con el ente o los entes territoriales que la controlan tiene por objeto, en particular, garantizar que las directivas sigan siendo aplicables en el caso de que una empresa controlada por uno o varios de estos entes opere en el mercado y pueda competir, por tanto, con otras empresas. Sólo cabe considerar que la empresa de que se trata realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla cuando la actividad de dicha empresa está destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal. Asimismo, cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta 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 conjunto²⁶.

²³ Sentencia Parking Brixen, op. cit. También, la Sentencia de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04 (Carbotermo) reitera la necesidad de una influencia potencialmente determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad”.

²⁴ Sentencia Carbotermo, op. cit.

²⁵ Sentencia STADT HALLE, op. cit. Esta sentencia llega a la conclusión de la no posibilidad de la aplicación de la doctrina *in house providing* cuando en el medio propio que recibe el encargo existe una participación de capital privado: “50. A este respecto, es necesario señalar, en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta”.

²⁶ Sentencia CARBOTERMO, op. cit. “Cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta puede conside-

Podemos referirnos en este momento al primer pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre el caso TRAGSA, cuya interpretación, como posteriormente veremos, va a ser una de las cuestiones que plantea el Tribunal Supremo en su cuestión prejudicial.

La Sentencia, de 8 de mayo de 2003²⁷, se pronuncia, entre otros extremos, sobre la corrección a tanto alzado impuesta por la Comisión al Reino de España, al considerar que los trabajos relativos a la implantación del registro oleícola se habían atribuido sin licitación a TRAGSA, infringiendo la normativa comunitaria relativa a los contratos públicos. El Tribunal (apartado 204 y siguientes) recuerda su doctrina *in house providing*, y concluye que sus requisitos se dan en el caso enjuiciado, debido al régimen legal de TRAGSA como medio propio instrumental y servicio técnico de la administración española y su obligación de realizar con carácter exclusivo los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas. “Por tanto, las autoridades españolas podían encomendar legítimamente a TRAGSA los trabajos relativos a la implantación del registro oleícola sin recurrir al procedimiento de licitación”.

3. LA RECEPCIÓN NORMATIVA EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE LA DOCTRINA *IN HOUSE*

La doctrina *in house providing* se recogió expresamente en nuestra legislación contractual con la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, que introduce un precepto referido a estas relaciones a la par que da nueva redacción al artículo que regula los convenios entre administraciones públicas²⁸. La nueva letra l) del artículo 3 se refiere, dentro

rase 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”.

²⁷ Sobre la anulación de una decisión de la Comisión, de 30 de julio de 1997 relativa a la liquidación de cuentas de los Estados miembros de los gastos financiados por el Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola sección Garantía, correspondientes al ejercicio financiero de 1993.

²⁸ De acuerdo con la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley, la extraordinaria y urgente necesidad de la norma venía determinada por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de enero de 2005. En efecto, en esta sentencia, el Tribunal de Justicia decide declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación

de los negocios excluidos a: “las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública”.

Ahora bien, el precepto presentaba errores de redacción e imprecisiones, pues no se recogían adecuadamente los requisitos Teckal ya estudiados. Así, el precepto para hacer referencia al necesario “control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios” recogía tan sólo el criterio de que el capital de la entidad o sociedad perteneciese totalmente “a la propia administración pública” y no aludía al requisito de la realización de la parte esencial de la actividad.

En particular, la expresión “cuyo capital pertenezca totalmente a la propia administración pública” parecía dirigida evitar las encomiendas a sociedades en que existiese una participación privada en el capital, sin embargo, literalmente entendida, podía interpretarse como prohibición de efectuar encomiendas entidades en cuyo capital participasen varias administraciones. Una interpretación más acorde con la jurisprudencia comunitaria permitía considerar posibles estos encargos a sociedades cuyo capital perteneciese a varias administraciones públicas, siempre que se tuviese sobre la entidad ese control análogo al que nos hemos referido. En particular la redacción del precepto llevó a la doctrina a plantearse si era posible la realización de encargos por las Comunidades Autónomas a TRAGSA²⁹.

de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas y, en particular: “Al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido y, en concreto, en el artículo 3, apartado 1, letra c), de éste los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas...”. Precisamente, el razonamiento del tribunal considera incorrecta la redacción originaria del precepto —que permitía sin salvedad alguna todo tipo de convenios entre administraciones públicas, sin distinción de si podían suponer relaciones contractuales—, pues de acuerdo con las directivas, basta que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste, excepcionándose sólo los supuestos *in house*.

²⁹ Así, AMOEDO SOUTO, op. cit., “La actual redacción del art. 3.1.1) TRLCAP impide la encomienda de ejecución a medios propios de otras Administraciones. TRAGSA sería el caso paradigmático, pues a ella recurren con frecuencia Comunidades Autónomas y entidades locales para la ejecución de sus propias competencias. Aunque el art. 88 de la Ley 66/1997 dispone que TRAGSA sea también medio propio de las Comunidades Autónomas y las entidades locales, la jurisprudencia comunitaria y ahora el art. 3.1.1) TRLCAP —precepto de carácter básico, no lo olvidemos— han eliminado o derogado objetivamente tal posibilidad...”.

Pronto, el precepto fue reformado³⁰, para disponer que quedan fuera del ámbito de la ley: “Las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan”.

Por tanto, en el Texto Refundido de la Ley de Contratos la figura de la “encomienda de gestión” recoge normativamente la doctrina comunitaria sobre los contratos *in house providing*, y supone un reconocimiento implícito de la carencia de naturaleza contractual de los encargos a medios propios que tengan la estructura de contratos onerosos. El objetivo del precepto es excluir de la ley de contratos los encargos que se efectúen a entidades y sociedades (ya sean, por tanto, entidades públicas o entidades privadas como fundaciones y sociedades), cuando se cumplan los requisitos Teckal, aunque tales encargos tengan objetos contractuales regulados en la ley de contratos y su estructura sea, por tanto, igual a la de los contratos onerosos.

III. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE TRAGSA

1. LA CREACIÓN DE TRAGSA

El Real Decreto 379/77, de 21 de enero, (BOE de 17 de marzo de 1977) autorizó la constitución de la “Empresa de Transformación Agraria”. En su artículo 1 el decreto establece: “se autoriza la constitución de la sociedad estatal Empresa de Transformación Agraria, S. A., con la finalidad de contribuir a la realización de los objetivos de reforma y desarrollo agrario previstos en la ley de 12 de enero de 1973”³¹.

³⁰ Disposición final 4.2 de la Ley 42/2006, de 28 diciembre, con efectos desde 1 de enero de 2007.

³¹ FONT I LLOVET, T., “La empresa pública agraria”, *Revista de Administración Pública*, 100-102 (enero-diciembre 1983), pp. 2817 a 2872. manifiesta que la existencia de una empresa pública de este tipo estaba prevista ya en la Ley de 21 de julio de 1971, sobre Comarcas y Fincas Mejorables, y pasó a incluirse posteriormente en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, donde aparecen expresamente citadas en sus artículos 160, 166 y 167 las denominadas empresas nacionales de transformación agraria. El autor citado expresa que la finalidad principal de tales empresas, según el artículo 160 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, consistiría en llevar a cabo la ejecución de planes individuales de mejora, ya sea de fincas incluidas en comarcas mejorables, ya sea en fincas declaradas mejorables según el régimen de los artículos 256 y siguientes de la ley.

En su preámbulo, el Real Decreto expresa que la empresa tendrá, “entre otras finalidades importantes”, la de realizar los trabajos hasta entonces encomendados al Parque de Maquinaria del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, fundándose la creación de la sociedad en la especialización y dispersión de los trabajos, la necesidad de evitar demoras en las actuaciones y su nula rentabilidad en los casos de emergencias³².

Por lo que se refiere a la función atribuida a la empresa en el apartado 4 del artículo 2 del decreto, consistente en la realización los encargos del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, el artículo 6 del decreto dispone que “la empresa estará obligada a realizar con carácter de entidad colaboradora del instituto y bajo el régimen del artículo 191 del Reglamento de Contratos del Estado, las obras de nivelación, movimiento de tierras, drenajes, desmontes, roturaciones, así como aquellos tipos de obras que el Parque de Maquinaria del Organismo viene realizando en la actualidad”³³.

El Real Decreto 1773/1977, de 12 de julio (BOE de 16 de julio de 1977) indica en su preámbulo: “La redacción del Real Decreto 379/1977, de 21 de enero, que autorizó y reguló la creación de la Sociedad Estatal Empresa de Transformación Agraria, pudiera suscitar alguna duda en cuanto al régimen aplicable a las obras que realice dicha empresa por encargo y por cuenta del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario. Es conveniente, por tanto, aclarar que debe aplicarse a las obras que a la empresa le encargue el Instituto el régimen establecido para las que el organismo utiliza sus propios medios...”.

Por ello, se modifica el artículo 6 que pasa a decir lo siguiente: “La empresa estará obligada a realizar las obras de nivelación, movimiento de tierras, drenajes, desmontes, roturaciones, así como aquellos tipos de obras que

³² El artículo 2 del decreto en el que se autoriza la creación dispone que la sociedad tendrá por objeto: 1) La ejecución de planes de mejora forzosa de fincas rústicas; 2) La adquisición de fincas rústicas para su transformación y mejora con fines demostrativos, así como la explotación y enajenación de las mismas conforme a lo dispuesto en la vigente ley de reforma y desarrollo agrario; 3) La administración o explotación de fincas o propiedades del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, así como las del Patrimonio del Estado que se entreguen a la empresa con tal fin; 4) La realización, a instancia de particulares, corporaciones locales u otras entidades públicas, de obras de carácter agrario, así como lo que encargue el instituto en los términos del artículo 6; 5) Las demás actividades anejas o complementarias de las anteriores y cualquiera otra que, relacionada con la producción agraria, le sean encomendadas por acuerdos del gobierno.

³³ FONT I LLOVET deduce de la redacción del precepto que nos hallamos ante un supuesto típico de ejecución de obras “por administración”, debido a la remisión al artículo 191 del reglamento de contratación. El autor extrae la consecuencia de que en estos encargos, la responsabilidad de la ejecución de las obras seguiría recayendo en el Instituto, de quien la sociedad estatal sería un mero colaborador bajo el régimen del artículo expresado.

el Parque de Maquinaria del organismo viene realizando en la actualidad. Las obras que, a título obligatorio, realice la empresa por orden del Instituto se considerarán como ejecutadas por éste con sus propios medios incluidas, por tanto, en el artículo 60, apartado 1 de la vigente Ley de Contratos del Estado³⁴.

La modificación operada en el régimen originario, supone en definitiva, que TRAGSA pasa a ser considerada de empresa colaboradora a servicio

³⁴ FONT I LLOVET, superada la vacilación inicial del decreto originario, reconduce la actuación de TRAGSA cuando actúa por encargo del IRYDA a un supuesto de ejecución de obras por administración. Pese a su personalidad jurídica propia, considera a la empresa como si fuera un servicio propio, interno del IRYDA. Por tanto, la sociedad estatal no va a actuar como un colaborador del instituto de acuerdo con las previsiones del reglamento de contratación, ya que eso supondría reconocer de alguna manera la existencia de una relación jurídica, en definitiva, contractual. No existe relación contractual con la sociedad sino una relación interna, al modo de una relación meramente orgánica. El autor parece indicar que no podemos estar ante una relación contractual de colaboración regida por el artículo 191 del reglamento de contratación dado que la obligación de la sociedad estatal de realizar los encargos casa mal, en resumidas cuentas, con la idea de contrato. Asimismo, entiende que no parece tener sentido la remisión al artículo 191 cuando, de hecho, no se va a aplicar su régimen para la selección del colaborador. Ahora bien, lo que no está claro, a nuestro juicio, es que el Real Decreto 1773/1977, de 12 de junio se limite simplemente a aclarar las dudas, al parecer, surgidas en cuanto al régimen aplicable a las obras que realice dicha empresa "por encargo y por cuenta" del Instituto, como dice su preámbulo. Más bien parece que, objetivamente, el nuevo real decreto supone una modificación del régimen jurídico originariamente previsto tan sólo unos meses antes. En efecto, no cabe duda de que la redacción originaria del artículo 6 atribuye claramente a la sociedad estatal el carácter de entidad colaboradora y que precisamente por ello se remite al régimen del artículo 191 del reglamento. La consideración de la sociedad estatal como entidad colaboradora era además plenamente coherente con su carácter de "empresario particular", pues eso supone precisamente, en principio, la personificación jurídica privada como sociedad anónima de la entidad creada, en oposición a la situación en que se encontraba el parque de maquinaria del instituto cuando era un mero servicio del IRYDA. Cosa distinta es que el régimen al que se remitía el precepto no respondiese a la idea originaria con la que se posiblemente se diseñó la sociedad o inhabilitase la realización de las funciones que se le pretendían encargar. Así, nuestra impresión es que, posiblemente, la causa de la modificación radicaría en que cuando se plantea la puesta en marcha de la sociedad y sus relaciones con el IRYDA se descubre el error de apreciación cometido en el decreto originario: el régimen del artículo 191 del reglamento de contratación supone no sólo la necesaria formalización de un contrato con la sociedad colaboradora con las consiguientes dudas que podrían existir entre los órganos asesores y fiscalizadores del instituto acerca de la justificación de la elección directa del colaborador y su amparo suficiente en el Real Decreto 379/77, sino la aplicación del límite existente en el precepto de que no podría sobrepasar se la contratación con colaboradores el 50% del importe total del proyecto salvo supuestos excepcionales que debían justificarse en el expediente. Asimismo, la opción normativa elegida otorgaba quizá menos responsabilidad en la ejecución de las obras de la prevista a la sociedad estatal, dado que el reglamento establece que la responsabilidad de la ejecución de la obra seguiría recayendo íntegramente en el órgano gestor de la administración (el instituto), reduciendo el papel de colaborador a la mera ejecución de las cláusulas estipuladas en su contrato y el cumplimiento de las instrucciones que recibiese del director de las obras.

propio de la administración, desapareciendo posibles dudas sobre el encargo directo de las obras a la sociedad estatal de las obras, que podrá, a su vez, contratar colaboradores para su realización.

¿Qué supone esta posición de TRAGSA? FONT I LLOVET alude certeramente a la paradoja subyacente. El nuevo régimen de TRAGSA supone que la sociedad creada, pese a su personalidad jurídica, se considera como un servicio técnico o industrial a los efectos del régimen de obras por administración. “Se pone así de manifiesto que la personalidad jurídica propia de TRAGSA queda “desvelada” en este caso, pierde toda virtualidad diferenciadora y la unidad organizativa por ella constituida vuelve otra vez al seno de donde fue desgajada. La realidad subyacente en la creación de TRAGSA consiste sencillamente en que esta sociedad no es otra cosa que la personificación del Parque de Maquinaria del IRYDA; personificación meramente instrumental que es inmediatamente ignorada cuando se trata de delimitar las relaciones “internas” del nuevo sujeto con su ente matriz”³⁵.

2. LAS MODIFICACIONES POSTERIORES EN EL RÉGIMEN DE TRAGSA

El Real Decreto 424/1984, de 8 de febrero (BOE 3 de marzo de 1984), modifica el decreto que autoriza la creación de la sociedad estatal, dando nueva redacción al punto 4 del artículo 2, que queda redactado en los siguientes términos: “La sociedad tendrá por objeto...4) La prestación de asistencia técnica y la ejecución de obras de carácter agrario o de mejora del medio rural a instancias de particulares, Corporaciones Locales, Comunidades Autónomas y otras entidades públicas, así como la realización de actividades que tiendan a la promoción y desarrollo de nuevas tecnologías relacionadas con los cometidos de la empresa”.

Además de la ampliación del objeto social a la prestación de asistencias técnicas, cabe destacar que se incluye expresamente a las Comunidades Au-

³⁵ Recuerda así el autor el artículo 3 del decreto en el que se autoriza la constitución de la sociedad. El capital social de la empresa será aportado por el IRYDA y el Estado en la forma siguiente: el Instituto aportará 500 millones de pesetas en metálico y la maquinaria y demás bienes muebles afectos actualmente al Parque de Maquinaria; el Estado aportará los bienes inmuebles afectos al citado para que, previa su incorporación al Patrimonio del Estado. FONT I LLOVET concluye que “estamos ante un ejemplo, casi de laboratorio, del uso instrumental del derecho privado por parte de la Administración. Se trataba sencillamente de dotar de personalidad propia al parque de maquinaria del IRYDA en orden a permitirle una mayor eficacia y movilidad “externas”, pero era preciso no someterse a tal ficción cuando estuvieran en cuestión las relaciones de vinculación entre el IRYDA y la empresa. Por ello se modificaría en el sentido que se ha visto su régimen “contractual” en la ejecución de obras por cuenta y encargo del Instituto, recuperándose así la unidad perdida”.

tónomas como administraciones públicas que pueden instar la realización de los trabajos. Ahora bien, no se le atribuye expresamente la condición de medio propio de otras administraciones, dado que se mantiene la redacción del artículo 6 que le viene a atribuir la condición de medio propio del IRYDA, único organismo que puede ordenar los encargos de forma obligatoria para la sociedad.

Una nueva ampliación del objeto social y de los entes de los que TRAGSA tiene la consideración de medio propio se produce por el Real Decreto 1422/85, de 14 de julio (BOE de 13 de agosto de 1985).

Este Real Decreto incluye al Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza (ICONA) en la composición del capital social de la empresa (artículo 1), a través de la suscripción por éste de una ampliación de capital.

En su artículo 2 el Real Decreto dispone que “TRAGSA deberá realizar obligatoriamente previo encargo del ICONA, los trabajos y actividades que sean competencia de dicho organismo, en virtud de las disposiciones legales o reglamentarias que les sean de aplicación. Los trabajos y actividades que en tal supuesto realice la empresa por orden del ICONA quedarán sujetos a todos los efectos, al mismo régimen establecido para las obras obligatorias encargadas por el IRYDA, en los términos del Real Decreto 1773/1977, de 11 de julio, por el que se dio la nueva redacción al artículo 6 del Real Decreto 379/1977, de 21 de enero, por el que se autorizó la creación de la Empresa de Transformación Agraria”³⁶.

3. TRAGSA Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

A) La previsión de la utilización de TRAGSA por las Comunidades Autónomas en los Reales Decretos de traspaso de competencias y los convenios formalizados con éstas

En los distintos Reales Decretos de los años 80, en los que se aprueban los acuerdos de las Comisiones Mixtas de Transferencias, por los que se transfieren competencias y funciones del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario a las Comunidades Autónomas y se les traspasa los correspondientes servicios e instituciones y medios personales, materiales y presupuestarios precisos para el ejercicio de aquéllas, se alude a la posibilidad de

³⁶ Por ello, el objeto social de TRAGSA “se ampliará, de acuerdo con lo previsto en el presente Real Decreto, incluyendo en él mismo la realización de asistencia técnica, mediante la elaboración de estudios, planes y proyectos, así como la ejecución de obras y trabajos en los campos de desarrollo forestal, conservación de la naturaleza y acuicultura” (artículo 3).

la utilización de TRAGSA por las Comunidades Autónomas³⁷, que podrán ordenar a TRAGSA la realización de obras en materia de reforma y desarrollo agrario, considerando a la empresa como un medio propio de la Comunidad Autónoma en aplicación de lo establecido para el IRYDA en el Real Decreto 1773/1977, de 11 de julio.

³⁷ Real Decreto 1937/1985, de 9 octubre (BOE 23 octubre 1985), CANARIAS, ampliación del traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario y valoración definitiva de su coste efectivo; Real Decreto 2058/1985, de 9 octubre (BOE 5 noviembre 1985), COMUNIDAD DE MADRID, traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario; Real Decreto 1794/1985, de 11 septiembre (BOE 4 octubre 1985), COMUNIDAD VALENCIANA, ampliación del traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario y valoración definitiva de su coste efectivo; Real Decreto 1843/1985, de 11 septiembre (BOE 11 octubre 1985), CASTILLA Y LEÓN, ampliación del traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario y valoración definitiva de su coste efectivo; Real Decreto 1079/1985, de 5 junio (BOE 5 julio 1985), núm. 160, CASTILLA-LA MANCHA, ampliación del traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario y valoración definitiva de su coste efectivo; Real Decreto 1080/1985, de 5 junio (BOE 5 julio 1985), EXTREMADURA, ampliación del traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario y valoración definitiva de sus coste efectivo; Real Decreto 1100/1985, de 5 junio (BOE 6 julio 1985), LA RIOJA, traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario; Real Decreto 809/1985, de 30 abril (BOE 3 junio 1985), BALEARES, ampliación del traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario y valoración definitiva de su coste efectivo; Real Decreto 1124/1985, de 30 abril (BOE 10 julio 1985), GALICIA, ampliación del traspaso de funciones del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario y valoración definitiva de su coste efectivo; Real Decreto 1649/1985, de 19 abril (BOE 16 septiembre 1985) CANTABRIA, ampliación del traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario y valoración definitiva de su coste efectivo; Real Decreto 641/1985, de 2 abril (BOE 10 mayo 1985) PRINCIPADO DE ASTURIAS. Ampliación del traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario y valoración definitiva de su coste efectivo; Real Decreto 642/1985, de 2 abril (BOE 10 mayo 1985), REGIÓN DE MURCIA, ampliación del traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario y valoración definitiva de su coste efectivo; Real Decreto 643/1985, de 2 abril (BOE 10 mayo 1985), ARAGÓN, ampliación del traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario y valoración definitiva de su coste efectivo; Real Decreto 1129/1984, de 4 abril (BOE 16 junio 1984, 18 junio 1984 a 22 junio 1984, 26 junio 1984 a 28 junio 1984, núm. 144, 145 a 149, 152 a 154), ANDALUCÍA, traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario; Real Decreto 2543/1982, de 12 agosto (BOE 9 octubre 1982), PRINCIPADO DE ASTURIAS, traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario; Real Decreto 2295/1982, de 24 julio (BOE 17 septiembre 1982), CANTABRIA, traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario; Real Decreto 2423/1982, de 24 julio (BOE 30 septiembre 1982), GALICIA, traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario; Reales Decretos 241/1981, de 9 de enero y 968/1986, de 25 de abril, CATALUÑA; Real Decreto 2654/1985, de 18 diciembre (NAVARRA); Real Decreto 1254/1981, de 8 mayo, PAÍS VASCO.

Podemos detenernos en el régimen que se recoge en los convenios formalizados previstos en los Reales Decretos de traspasos³⁸.

Los convenios, formalizados entre cada Comunidad Autónoma, el IRYDA y TRAGSA, suponen una nueva ampliación en la posibilidad de utilización de TRAGSA por la Comunidades Autónomas. En efecto: se amplía el listado de obras previsto en los Reales Decretos de traspaso, incluyendo en general cualesquiera obras de carácter agrario o de mejora del medio rural; las obras serán de ejecución obligatoria tanto si figuran en Programas conjuntos del IRYDA y de la Comunidad (que es lo previsto en los acuerdos de las comisiones mixtas de transferencias), como si corresponden a programas de inversiones que sean exclusivos de esta última; se establece la posibilidad de efectuar encargos de prestaciones de asistencia técnica como estudios, planes, proyectos, memorias e informes técnicos, económicos o sociales de carácter agrario.

Incluso, el texto de los convenios parece recoger una referencia a que la actuación a través de TRAGSA se realizará con preferencia antes de acudir al mercado a través de una eventual licitación pública para la adjudicación del contrato, dado que se establece que la administración autonómica “encargará normalmente” a la empresa las obras previstas como de realización obligatoria, que como vimos, son todas las de carácter agrario. La dicción de la cláusula recuerda, en efecto, la previsión general de la legislación de contratos acerca de la ejecución de obras por administración de que cuando la administración disponga de servicios técnicos capacitados para ello se utilizará con normalidad esta forma de ejecución.

³⁸ Estos convenios, entre la Comunidad Autónoma, el IRYDA y la Empresa Nacional de Transformación Agraria, S.A., para la coordinación y colaboración de ambas administraciones y la ejecución de obras por la Empresa, son publicados en el BOE por las resoluciones siguientes de la Presidencia del IRYDA: Resolución de 2 julio 1987 (BOE 17 agosto 1987), GENERALIDAD DE CATALUÑA; Resolución de 22 abril 1986 (BOE 23 julio 1986), COMUNIDAD DE MADRID; Resolución de 18 marzo 1986 (BOE 19 julio 1986), EXTREMADURA; Resolución de 20 febrero 1986 (BOE 11 marzo 1986), CANARIAS; Resolución de 20 febrero 1986 (BOE 11 marzo 1986), BALEARES; Resolución de 20 febrero 1986 (BOE 11 marzo 1986), CASTILLA Y LEÓN; Resolución de 20 febrero 1986 (BOE 14 marzo 1986), REGIÓN DE MURCIA; Resolución de 20 febrero 1986 (BOE 14 marzo 1986), CASTILLA-LA MANCHA; Resolución de 20 febrero 1986 (BOE 18 marzo 1986), COMUNIDAD VALENCIANA; Resolución de 14 noviembre 1985 (BOE 17 diciembre 1985), LA RIOJA; Resolución de 30 agosto 1985 (BOE 6 marzo 1986), GALICIA; Resolución de 31 mayo 1985 (BOE 5 julio 1985), ANDALUCÍA (Convenio entre el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, el Instituto Andaluz de Reforma Agraria, la Dirección General de Política Agroalimentaria y Agricultura Asociativa y la Empresa Nacional de Transformación Agraria, S.A., para la coordinación y colaboración entre ambas Administraciones); Resolución de 29 mayo 1985 (BOE 8 junio 1985), CANTABRIA; Resolución de 20 mayo 1985 (BOE 5 julio 1985), ASTURIAS.

Por lo demás, para determinar el coste de las obras y trabajos de ejecución obligatorios se aplicarán las mismas tarifas que el IRYDA, dado que se subordina la participación de la Comunidad Autónoma en la elaboración periódica de las tarifas a la creación de órganos con participación de todas las Comunidades Autónomas. Mientras tanto, simplemente se prevé la constitución de grupos de trabajo que realizarán meros “estudios y propuestas” para su aprobación. Por ello se establece que las modificaciones de tarifas serán aplicables una vez aprobadas por la Administración del Estado, salvo que la Comunidad Autónoma se oponga en un plazo desde que le sean formalmente comunicadas por el IRYDA.

B) TRAGSA y las competencias de las Comunidades Autónomas

Resulta hoy en día sorprendente la importancia del modelo TRAGSA en la Comunidades Autónomas si se tiene en cuenta que las competencias en materia de agricultura, montes y ganadería les corresponden a éstas (sin perjuicio de la competencia estatal de coordinación de la planificación general de la actividad económica) ¿Cuál es el fundamento o título de la intervención de una sociedad estatal en este campo?

La cuestión no puede resolverse de forma fácil aludiendo simplemente a la posibilidad de desarrollo del Estado en estas materias de una “actividad mercantil” (en el supuesto de que realmente fuese eso lo que hiciese TRAGSA), pues como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional número 52/1994 (pleno) de 24 de febrero, que la administración actúe sometida al derecho mercantil o civil no le exonera de su deber de respetar el orden constitucional de competencias³⁹. El Tribunal Constitucional advierte en esta sentencia que la utilización de entes instrumentales no puede servir

³⁹ La sentencia mantiene que resulta indiferente que su actuación sea llevada a cabo a través de órganos y servicios encuadrados en su organización matriz, o que por el contrario sea realizada por entidades con personalidad jurídica propia, pero controladas y dirigidas por la administración del estado. Tanto en un supuesto como en otro, los actos emanados de la administración estatal deben circunscribirse al ámbito que el bloque de la constitucionalidad mantiene como competencia del estado, y deben respetar los ámbitos que cada estatuto de autonomía ha atribuido a la competencia de la respectiva comunidad autónoma. Recuerda la sentencia lo expresado en la STC 14/1986, fundamento jurídico octavo: la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el derecho privado, remite su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conexian a dichos entes con la administración de la que dependen, tratándose en definitiva de la utilización por la administración de técnicas ofrecidas por el derecho privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica.

para burlar la atribución de las competencias que desarrolla el bloque de la constitucionalidad. Admitir lo contrario sería tanto como aceptar que basta con convertir direcciones generales y otros centros directivos de los departamentos que forman la administración del Estado en sociedades anónimas u otros entes sometidos al derecho privado para ignorar y burlar la distribución territorial de competencias establecida por el bloque de la constitucionalidad.

En efecto, uno de los problemas irresueltos del régimen de TRAGSA es el de la cuestión de que cómo es posible que el Estado la configure como una entidad que presta servicios esenciales en unas determinadas materias, si el Estado, aunque es su dueño, no tiene la titularidad de las competencias de que se trata. No parece, en particular que la regulación de TRAGSA pueda tener amparo en la competencia estatal sobre las bases y coordinación de la economía, que puede comprender, de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, también normas estatales que fijen líneas directrices y criterios globales de ordenación de un sector concreto o las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector. Nada hay en el régimen de TRAGSA que nos permita ver la trascendencia de su régimen para la ordenación general de la economía.

Puede objetarse que no es posible que exista interferencia competencial alguna, pues TRAGSA sólo se ocupa de la ejecución material de trabajos ;Pero que ocurre si el Estado a través de TRAGSA no sólo actúa como ejecutor material de las obras sino que también en cierto modo gestiona o administra las actividades encomendadas? Dada la amplitud con que se configura el sistema legal de encargos a la sociedad ese riesgo no es descartable. Entonces, un organismo dependiente del Estado estaría actuando en unas materias, como agricultura y ganadería, en que las competencias exclusivas de ejecución son de las Comunidades Autónomas y en que el Estado no tiene ningún título competencial específico apto para intervenir en la materia.

Está claro, por tanto, que como mínimo debe darse una interpretación al sistema que impida que el Estado pueda interferir el ejercicio de las competencias autonómicas mediante las encomiendas a la sociedad mercantil pública.

Así, es evidente que el Estado no puede utilizar a TRAGSA para atraer para sí o recuperar competencias de ejecución en sectores que han quedado íntegramente descentralizados a favor de las Comunidades Autónomas. No puede utilizarse a TRAGSA a través de la vía indirecta de las encomiendas de gestión para que las competencias autonómicas exclusivas se redefinan y se conviertan de facto en competencias compartidas con el Estado, con la

consiguiente e inevitable restricción de la autonomía política de las Comunidades Autónomas⁴⁰.

El Estado no puede entonces en ningún caso regular el modo, las condiciones y la manera en que han de ejecutarse por las Comunidades Autónomas sus competencias exclusivas. TRAGSA no puede tener un propio margen de decisión para decidir qué encargos debe realizar, dar preferencia a unos u otros, o decidir la manera de realizarlos. Además, el Estado no puede forzar a las Comunidades Autónomas a utilizar a TRAGSA, ni condicionarlas para ello. Tampoco puede la posición de TRAGSA convertirse en un impedimento de hecho para que las Comunidades Autónomas puedan crear y organizar sus propios medios.

Las contradicciones del modelo se perciben claramente si se cae en la cuenta de lo siguiente: ¿En caso de que se presente un recurso contra un acto de TRAGSA de convocatoria de una licitación o una adjudicación por encima de los umbrales comunitarios para la realización de obras o servicios realizados en el marco de una encomienda hecha por una administración autonómica, qué órgano es el competente para resolver el recurso y adoptar medidas provisionales? De acuerdo con el régimen legal de TRAGSA la respuesta es: la administración del Estado. De esta manera, un órgano estatal podría, pongamos por caso, paralizar la ejecución de una infraestructura de interés para la Comunidad Autónoma, lo que no parece conforme al orden constitucional de competencias. Los recursos contra actuaciones contractuales de la sociedad estatal en la ejecución de trabajos, dado que están relacionados con el control y vigilancia concernientes al cumplimiento de los compromisos asumidos por TRAGSA y al cumplimiento de los objetivos de las obras, son un modo cualificado de ejercicio de las competencias de ejecución, que deberían llevarse a cabo por la administración autonómica encomendada.

En definitiva, el análisis de la materia desde el punto de vista competencial pone en evidencia el déficit real que existe en el sistema TRAGSA de participación y auténtico control de las Comunidades Autónomas y la necesidad de un estatuto jurídico que permita hablar de un control compartido de todas las administraciones sobre la empresa.

⁴⁰ Deducimos de las Sentencias del Tribunal Constitucional 13/1992, 96/1986 y 95/1986 que no se podría argumentar que el Estado no puede lesionar la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas cuando éstas no están obligadas a utilizar a la sociedad pública, de manera que la Comunidad Autónoma si acude a TRAGSA acudiría en uso de su autonomía de la voluntad, prestando su consentimiento las condiciones y modo en que la actividad se desarrolla lo que privaría de fundamento a toda queja competencial en este sentido. Un razonamiento semejante sería constitucionalmente inaceptable porque la autonomía y las propias competencias son indisponibles tanto para el Estado como para las Comunidades Autónomas.

4. LA ELEVACIÓN DEL RANGO DEL ESTATUTO DE TRAGSA: EL ARTÍCULO 88 DE LA LEY 66/1997

La primera regulación de rango legal de TRAGSA se efectuó por la Ley 66/1997, de 30 diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en su artículo 88⁴¹. Entre los motivos que pueden haber existido para la elevación del rango del estatuto de la empresa, a nuestro juicio, estarían, en general, el deseo de potenciar su actividad, dotar de base legal y aclarar las normas reglamentarias existentes, ampliar la esfera de actividades de la empresa, consolidar su posición como medio propio de las Comunidades Autónomas y “defenderla” ante las reclamaciones por infracción de la normativa de defensa de la competencia, dado que en caso de entenderse que el régimen de TRAGSA podría suponer una restricción a la libre competencia, la restricción estaría amparada en una norma de rango legal⁴².

El apartado 1 del precepto declara que, TRAGSA es una sociedad estatal del artículo 6.1.^a) de la Ley General Presupuestaria⁴³ “que cumple servicios esenciales en materia de desarrollo rural y conservación del medio ambiente, con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley”.

La utilización de la expresión “servicios esenciales”, parece querer dar a entender que el legislador considera que el régimen jurídico de la empresa supone que se está haciendo algo más que desarrollando la iniciativa pública en la actividad económica. En efecto, la expresión coincide con la utili-

⁴¹ El desarrollo reglamentario de la ley se efectúa por el Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo. En su Disposición transitoria segunda indica que “todos los actos, convenios y contratos relativos a TRAGSA y a sus filiales, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto, mantendrán su vigencia y seguirán produciendo sus efectos propios. En los convenios o contratos en vigor celebrados con los desaparecidos Organismos autónomos IRYDA e ICONA quedan subrogados, respectivamente, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y el Ministerio de Medio Ambiente”.

⁴² AMOEDO SOUTO, C., *TRAGSA, Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Barcelona, Atelier, 2004, p. 47, destaca las siguientes consecuencias del rango legal del estatuto de TRAGSA: imposibilidad de control por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; satisfacción de la cobertura legal exigida por el artículo 128.2 de la Constitución para reservar al sector público los servicios que presta; capacidad para evitar la aplicación del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues el artículo 2 de la ley en su redacción dada por la Ley 52/1999, de 25 de octubre, dispone que “sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una ley”.

⁴³ Hoy, artículo 2.1.e de la Ley general presupuestaria 47/2003, de 26 de noviembre.

zada en el artículo 128.2 de la Constitución, que habilita a que la ley reserve al público recursos o servicios esenciales, cuando así lo exija el interés general.

Ahora bien, no parece que estemos ante una auténtica reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, al menos en régimen de monopolio, dado que, como es obvio, TRAGSA no es la única empresa que puede prestar los servicios que se enuncian en la norma legal, además, de una manera amplísima. Asimismo, no olvidemos que TRAGSA simplemente se ocupa de la ejecución material de estos servicios, como puede ocuparse cualquier empresa contratada para ello. La norma parece confundir la “esencialidad” de la intervención de la administración en esas materias y de las competencias públicas involucradas con que los servicios que la empresa desarrolla sean, en sí, esenciales.

El legislador, de todos modos, califica los servicios que presta la empresa como “esenciales”, probablemente para justificar la intervención estatal en las materias propias del objeto social de TRAGSA, para justificar el estatuto legal de TRAGSA como medio propio también de las administraciones de las Comunidades Autónomas y para fundar la conveniencia de la posible restricción a la competencia que se produce por la posibilidad de los encargos directos a la empresa, dado que el régimen legal supone, en definitiva, el otorgamiento a TRAGSA de un derecho (no sólo una obligación) a recibir esos encargos. Posteriormente analizaremos, en particular, esta cuestión desde el punto de vista del Tratado CE.

Se declara que las Comunidades Autónomas podrán participar en el capital social de TRAGSA mediante la adquisición de acciones, cuya enajenación será autorizada por el Ministerio de Economía y Hacienda, a iniciativa de los Ministerios de Agricultura, Pesca y Alimentación y de Medio Ambiente (apartado 2)⁴⁴.

Esta declaración legal supone que las Comunidades Autónomas están habilitadas para exigir del Estado una participación en el capital de la sociedad, a lo cual el Estado no puede oponer obstáculos irrazonables para su realización práctica. Ahora bien, la norma no es suficientemente precisa, pues se limita a indicar lo señalado pero deja en manos de la Administración del Estado una discrecionalidad absoluta y no condicionada para decidir el porcentaje de participación de las Comunidades Autónomas. Ninguna Comunidad puede reclamar un porcentaje determinado.

La ley, en definitiva, en una muy tímida apertura a los entes que en realidad ostentan las competencias exclusivas en la materia de agricultura y

⁴⁴ Es en el reglamento, Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo, donde se aclara que el capital social de la sociedad estatal TRAGSA será íntegramente de titularidad pública (artículo 2).

ganadería, reconoce por vez primera la posibilidad de participación de las Comunidades Autónomas, pero sólo eso. Llama, en particular, la atención que la ley sólo se limite a establecer la posibilidad de participación en el capital social, pero, posiblemente basándose en el carácter de sociedad mercantil del ente, no regule ningún tipo de estatuto jurídico específico que permita la participación de las Comunidades Autónomas en el control de la gestión de la sociedad, más allá de esa indeterminada participación en el capital, lo cual contrasta poderosamente con la declaración legal de que es un medio propio de las mismas.

Además, debe ponerse de manifiesto que la condición de medio propio se contempla de forma dissociada de la posibilidad de realizar los encargos: no se exige la participación de las Comunidades Autónomas en el capital para poder realizar encargos.

La ley también se ocupa de precisar en su apartado número 3 el objeto social de la compañía⁴⁵, constatándose una nueva ampliación de sus actividades.

⁴⁵ TRAGSA, de acuerdo con la disposición, tiene por objeto (apartado 3.º) modificado por el artículo 76 de Ley 62/2003, de 30 diciembre):

- a) La realización de todo tipo de actuaciones, obras, trabajos y prestación de servicios agrícolas, ganaderos, forestales, de desarrollo rural, de conservación y protección del medio natural y medioambiental, de acuicultura y de pesca, así como los necesarios para el mejor uso y gestión de los recursos naturales, incluida la ejecución de obras de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español en el medio rural, al amparo de lo establecido en el artículo 68 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.
- b) La elaboración de estudios, planes, proyectos y cualquier tipo de consultoría y de asistencia técnica y formativa en materia agraria, forestal, de desarrollo rural, de protección y mejora del medio ambiente, de acuicultura y pesca y de conservación de la naturaleza, así como para el uso y gestión de los recursos naturales.
- c) La actividad agrícola, ganadera, forestal y de acuicultura y la comercialización de sus productos, la administración y la gestión de fincas, montes, centros agrarios, forestales, medioambientales o de conservación de la naturaleza, así como de espacios y de recursos naturales.
- d) La promoción, desarrollo y adaptación de nuevas técnicas, equipos y sistemas de carácter agrario, forestal, medioambiental, de acuicultura y pesca, de protección de la naturaleza y para el uso sostenible de sus recursos.
- e) La fabricación y comercialización de bienes muebles del mismo carácter.
- f) La prevención y lucha contra las plagas y enfermedades vegetales y animales y contra los incendios forestales, así como la realización de obras y tareas de apoyo técnico de carácter urgente o de emergencia.
- g) La financiación de la construcción o de la explotación de infraestructuras agrarias, medioambientales y de equipamientos de núcleos rurales, así como la constitución de sociedades y la participación en otras ya constituidas, que tengan fines relacionados con el objeto social de la empresa.

La clave del régimen legal se encuentra en la declaración como medio propio de la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes: “Cuatro. TRAGSA, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes, en las materias que constituyen el objeto social de la empresa y, especialmente, aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren”⁴⁶.

El artículo 3.6 del reglamento de la ley, Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo, avanza en las consecuencias de la declaración como medio propio: “Las relaciones de TRAGSA y sus filiales con las Administraciones públicas en su condición de medio propio y servicio técnico tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado”⁴⁷.

Lo que se encuentra implícito en la declaración legal es que TRAGSA es medio propio de las Comunidades Autónomas porque lo dice la ley del Estado, *si éstas quieren*, dado que la utilización de la empresa pública es voluntaria para éstas, pues es evidente que el Estado no puede ordenar a

-
- h) La realización, a instancia de terceros, de actuaciones, trabajos, asistencias técnicas, consultorías y prestación de servicios en los ámbitos rural, agrario, forestal y medioambiental, dentro o fuera del territorio nacional, directamente o a través de sus filiales.

⁴⁶ La referencia al “carácter exclusivo” no resulta clara en la ley. No parece pretender que no puedan existir otros medios propios del Estado o Comunidades Autónomas para las tareas definidas para TRAGSA (así entendida, esta determinación legal del Estado sería claramente contraria al orden constitucional de competencias). La redacción quizá exprese la intención del redactor de la ley, mirando de reojo al Derecho Comunitario, de otorgar a TRAGSA un “derecho especial o exclusivo” en la terminología del Tratado CE. En el reglamento, dándole otro sentido, se indica que TRAGSA y sus filiales están obligadas a realizar los trabajos y actividades que le sean encomendados por la Administración, dicha obligación se refiere, “con carácter exclusivo, a los encargos que les formule como su medio propio instrumental y servicio técnico, en las materias que constituyen su objeto social”.

⁴⁷ La concreción del régimen de actuación se encuentra en el artículo 5 del reglamento. En esencia: Las actuaciones obligatorias que les sean encargadas estarán definidas, según los casos, en proyectos, memorias u otros documentos técnicos y valoradas en su correspondiente presupuesto; el encargo de cada actuación obligatoria se comunicará formalmente por la Administración a TRAGSA o a sus filiales, haciendo constar la denominación de la misma, el plazo de realización, su importe y la partida presupuestaria correspondiente, así como el Director designado para la actuación a realizar; también le será facilitado el documento en que se defina dicha actuación, con su presupuesto detallado; la comunicación encargando una actuación a TRAGSA o a sus filiales supondrá la orden para iniciarla; TRAGSA y sus filiales realizarán sus actuaciones conforme al documento de definición que el órgano ordenante le facilite y siguiendo las indicaciones del Director designado para cada actuación.

las Comunidades Autónomas la utilización de TRAGSA en contra de su voluntad.

De alguna manera, por tanto, la ley supone un ofrecimiento del medio propio estatal a las Comunidades Autónomas. TRAGSA no es un medio propio de éstas porque sean sus dueñas o porque la controlan, sino porque el Estado se lo ordena a TRAGSA en la ley⁴⁸. Existe un otorgamiento a TRAGSA de un derecho a recibir encomiendas de las Comunidades Autónomas con la obligación añadida de la empresa de aceptarlas, para ello se utiliza una ficción legal: TRAGSA se declara medio propio de las administraciones autonómicas⁴⁹.

El reglamento de la ley regula también, con evidente exceso respecto de la ley, lo que se puede llamar “negocios de cesión del medio propio”: Las Administraciones Públicas podrán aportar a TRAGSA y a sus filiales, en tanto que su medio propio instrumental, en sus relaciones de colaboración o cooperación con otras Administraciones o sujetos jurídico-públicos para que sean utilizadas por éstos en sus mismas condiciones, siguiendo los procedimientos establecidos y de acuerdo con las fórmulas que estuvieren legalmente previstas (artículo 3.4). La eventual ilegalidad del precepto se intenta salvar con el último inciso referido, siendo el resultado la ambigüedad de la

⁴⁸ El dato evidente de que el control lo tiene el Estado se confiesa en el reglamento: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, y de las competencias específicamente atribuidas a otros órganos de la Administración General del Estado, las funciones organizativas, tutelares y de control, con respecto a TRAGSA y sus filiales, serán ejercidas por los Ministerios de Agricultura, Pesca y Alimentación y de Medio Ambiente” (artículo 3.5).

⁴⁹ REBOLLO PUIG, “Los entes institucionales...”, op. cit., se plantea si los encargos se pueden producir en favor de entidades institucionales de otra u otras Administraciones. “En principio, como vimos, eso está excluido con carácter general: si la entidad institucional es de otra Administración es que no es medio propio de la que hace el encargo. Aunque se encubra, habrá un contrato y no la utilización de un medio propio. Por tanto, deben seguirse los procedimientos de selección de contratistas”. “Lo que se acaba de afirmar no puede salvarse por la fácil vía de proclamar en una norma que tal ente instrumental es medio propio de una Administración de la que realmente no lo es”... “Por ejemplo, en el RD 371/1999, de 5 de marzo, se establece que “TRAGSA y sus filiales son medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado y de la de cada Comunidad Autónoma interesada”, de modo que cualquier Administración autonómica, incluida la de la Junta de Andalucía, puede encargarle obras, suministros, servicios, estudios... sin publicidad ni concurrencia. Es cierto que ahora se prevé que las Comunidades pueden participar en el capital social de TRAGSA, pero esto no es requisito necesario para que puedan encargarle cualquier actividad. O sea, en suma... que TRAGSA es medio propio de la Junta de Andalucía., que no tiene ni una acción en esa entidad ni ejerce sobre ella facultad alguna de dirección o control; y que lo mismo sucede con otras empresas públicas. Ya dijimos antes que una entidad es medio propio de una Administración si realmente lo es —es de su entidad matriz y la tiene sometida a una verdadera relación de instrumentalidad, con todo lo que ello comporta—, no por el puro voluntarismo de una norma que así lo declare sin ningún fundamento”.

situación ¿Se puede o no realizar esa operación y ceder el medio propio, por ejemplo, a un ayuntamiento? A nuestro modo de ver, ello vulneraría el tenor de la ley, además de la doctrina *in house providing*.

La ley presenta cierta ambigüedad en lo que se refiere a las filiales de TRAGSA. No se dice expresamente que sean medio propio de las administraciones, sino más bien se configuran como medio propio de TRAGSA, y parece que la ley entiende que las posibles encomiendas se realizan a la matriz, sin perjuicio de que ésta las canalice a la filial⁵⁰.

La ley pone ciertos límites muy generales a TRAGSA para acudir al mercado para cumplir los encargos. Y sólo para las obras y suministros. En el supuesto de que la ejecución de obras o la fabricación de bienes muebles por TRAGSA se lleve a cabo con la colaboración de empresarios particulares, el importe de ésta deberá ser inferior a 799.882.917 pesetas con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o inferior al importe señalado en el artículo 178.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, cuando se trate de la fabricación de bienes muebles.

Estos preceptos para obras y suministros suponen el reconocimiento legal de que TRAGSA no tiene por qué tener los medios materiales y personales suficientes para realizar los trabajos. Incluso en el caso de los servicios (no citados en el precepto) existe la posibilidad para TRAGSA de subcontratar la totalidad de lo encomendado. Tampoco puede verse en estas normas un límite para las encomiendas recibidas de las administraciones, pues no se limita el importe de los trabajos que las administraciones pueden encargar, sino la posibilidad de TRAGSA de concertar contratos con terceros, superiores, cada uno, a los importes indicados. Ahora bien, debe observarse que no se prohíbe a TRAGSA que para realizar el encargo concierte varios contratos de importe inferior a los que indica el precepto, para lo cual, en el caso de las obras existe un gran margen⁵¹.

⁵⁰ Sin embargo, el reglamento expresa que también las filiales son medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado, de la de cada Comunidad Autónoma que así lo disponga y de los organismos dependientes de aquella y de éstas, permitiendo que las encomiendas se realicen también directamente a las filiales (artículo 3).

⁵¹ El artículo 6 del reglamento se refiere al “Régimen de colaboración con particulares” y aclara: TRAGSA y sus filiales podrán requerir en sus actuaciones obligatorias la colaboración de empresarios particulares sin que el importe de dicha colaboración, en una actuación determinada de ejecución de obras o de fabricación de bienes muebles, pueda superar las cuantías establecidas en el artículo 88.4 de la Ley 66/1997 o sus modificaciones. En dichas actuaciones el importe de estas colaboraciones no podrá sobrepasar el 50 por 100 del total de su presupuesto, salvo en supuestos excepcionales que deberán justificarse debidamente. Para la selección de los colaboradores, TRAGSA y sus filiales aplicarán los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la cuantía de la colaboración sea inferior a 5.000.000 de pesetas o cuando la naturale-

La ley, seguramente por considerarlo como el envés de la moneda que considera a TRAGSA medio propio de la administración declara que: “Cinco. Ni TRAGSA ni sus filiales podrán participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por las Administraciones Públicas de las que sea medio propio. No obstante, cuando no concurra ningún licitador podrá encargarse a TRAGSA la ejecución de la actividad objeto de licitación pública”.

Con esta declaración la ley pretende consolidar la posición de TRAGSA frente a los posibles ataques desde la perspectiva del derecho de la competencia. El legislador intenta indicar que con esta prohibición la empresa no compite en el mercado. Sin perjuicio de lo que más tarde se verá respecto del derecho de la competencia, lo que sí es cierto es que el régimen legal priva objetivamente al resto de las empresas de oportunidades de realización de los encargos. La prohibición es, por lo demás, una ilusión, a TRAGSA no le hace falta acudir a concursos, no le hace falta competir, pues tiene un estatus legal y derechos exclusivos que le permiten precisamente evitar el “engorro” de tener que someterse a un procedimiento de licitación. De hecho, una de las principales ventajas para la administración es que no precisa convocar una licitación para acudir a TRAGSA, basta una encomienda directa. Irónicamente, la supuesta prohibición legal limitadora de TRAGSA expresa realmente el secreto de su éxito.

El apartado seis del precepto hace referencia a las tarifas: “El importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por medio de TRAGSA se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes, que deberán ser objeto de aprobación por la Administración competente. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados”. La ley no entra en el problema de aclarar expresamente quien es esa “administración competente” ¿la administración competente sobre TRAGSA (la administración del Estado) o la competente para efectuar los encargos?⁵².

za de la actuación fuese incompatible con la aplicación de dichos principios. En ningún caso se considerarán colaboradores en sus relaciones recíprocas TRAGSA y sus sociedades filiales o participadas.

⁵² El artículo 4 del reglamento desarrolla el “régimen económico”. Las tarifas se calcularán y aplicarán por unidades de ejecución y de manera que representen los costes reales y totales, tanto directos como indirectos, de su realización. Los trabajos de elaboración de nuevas tarifas, de modificación de las existentes y de determinación de los procedimientos, mecanismos o fórmulas que, según la naturaleza de los trabajos, deban aplicarse para su revisión, se llevarán a cabo por una comisión integrada por las Administraciones Públicas afectadas. Las nuevas tarifas, la modificación de las existentes y los procedimientos, mecanismos y fórmulas

El artículo 87 de la Ley 53/2002, de 30 diciembre, añade el siguiente apartado: “Siete. Los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios que TRAGSA y sus filiales celebren con terceros, quedarán sujetos a las prescripciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, relativas a publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, siempre que la cuantía de los contratos iguale o supere la de las cifras fijadas en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2 de la referida Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

Este apartado quiere decir que la empresa no estuvo obligada normativamente a cumplir como “poder adjudicador” la obligación de publicar sus contratos de obras, servicios y suministros en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas cuando superasen los umbrales de las directivas de contratos públicos y a regirse por las reglas de las directivas hasta el año 2003. Por tanto, originariamente se consideraba como una sociedad mercantil que desarrollaba actividades de carácter mercantil e industrial que no tenían carácter de interés general y que por tanto quedaba fuera del ámbito de aplicación de éstas y de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. La actividad de TRAGSA se regía por la Disposición Adicional Sexta de la ley indicada que, para las sociedades mercantiles públicas disponía únicamente que su actividad contractual, se ajustaría a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar fuese incompatible con estos principios.

El apartado siete termina indicando que, para los contratos sujetos a las directivas “el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación resolverá las reclamaciones que se formulen contra los actos de preparación y adjudicación de estos contratos, adoptando las medidas cautelares que procedan y fijando, en su caso, las indemnizaciones pertinentes, y sus resoluciones podrán ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con el artículo 2, letra b), de la Ley 29/1998, de 13 de julio”.

Posteriormente nos referiremos al régimen legal de TRAGSA en la Ley de Contratos de Sector Público.

Podemos destacar ahora que, con base en la ley estatal, diversas Comunidades Autónomas han recogido en normas con rango legal la posibilidad

de revisión, serán aprobadas por cada una de las Administraciones públicas de las que TRAGSA y sus filiales sean medio propio y servicio técnico. Se crea, adscrita al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, la Comisión interministerial para la fijación de tarifas aplicables (en la que no existe participación de las Comunidades Autónomas). Los acuerdos adoptados por esta Comisión interministerial serán notificados a las Comunidades Autónomas interesadas.

de la utilización de TRAGSA como medio propio, incluso declarándola expresamente medio propio de su administración⁵³. Las razones de este ex-

⁵³ Este fenómeno empieza con la Ley de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares 9/1997, de 22 diciembre, de Medidas tributarias y administrativas, coetánea de la ley estatal comentada. En su artículo 24, en la regulación del régimen jurídico de las actuaciones que, a título obligatorio, llevan a cabo las empresas públicas, declara que el mismo régimen se aplicará a las obras, los trabajos y las actividades que TRAGSA, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración en materia de desarrollo rural y de conservación del medio ambiente, lleve a cabo, a título obligatorio y por orden de la Administración de la Comunidad Autónoma en el territorio de la Comunidad Autónoma.

La misma Comunidad Autónoma, en su Ley 8/1999, de 12 abril, de atribución de competencias a los Consejos Insulares de Menorca y Eivissa-Formentera en Materia de Agricultura, Ganadería, Pesca y Artesanía, establece en su Disposición adicional sexta: “Los Consejos Insulares de Menorca y de Eivissa i Formentera dispondrán de la facultad para encomendar a la Empresa de “Transformación Agraria, SA” (TRAGSA) y a sus filiales la realización de trabajos en las materias que constituyen su objeto social, en los términos previstos en el artículo 88 de la Ley 66/1987, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y de orden social, todo ello con las mismas circunstancias y condiciones que dispone actualmente la Consellería de Agricultura, Comercio e Industria del Gobierno de las Illes Balears”.

Cantabria en la Ley 11/1999, de 27 diciembre, de Medidas fiscales y administrativas, Disposición adicional segunda, establece que “a todos los efectos establecidos en el artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA), y sus filiales, es un medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración de la comunidad autónoma de Cantabria, considerándose, por tanto, la realización de los trabajos de su objeto social establecidos en el artículo 88.3 de la Ley 66/1997, que a título obligatorio realice la empresa o sus filiales, en el territorio de la comunidad autónoma por orden de ésta, a los efectos prevenidos en la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, como ejecutados directamente por la Administración de la comunidad autónoma con sus propios medios”.

Canarias en la Ley 4/2001, de 6 julio, de Medidas, regula la ejecución directa de obras, servicios, suministros y demás actividades a través de sociedades públicas establece que la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y las entidades públicas vinculadas o dependientes de la misma, podrán encomendar a la empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA) la realización de los trabajos de su objeto social, de acuerdo con el régimen establecido en la normativa estatal por la que se rige dicha entidad.

Castilla-La Mancha, en la Ley 11/2007, de 29 marzo, de Creación del Organismo Autónomo Espacios Naturales de Castilla-La Mancha, establece en su Disposición adicional tercera que la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus organismos autónomos, entidades y empresas públicas, podrán encomendar a la empresa “Transformación Agraria, Sociedad Anónima” (TRAGSA) y sus filiales íntegramente participadas por Administraciones Públicas, la realización de trabajos, actuaciones, obras, servicios y asistencias técnicas propias de su objeto social de acuerdo con el régimen establecido en la normativa estatal por la que se rige dicha entidad, considerándose a estos efectos TRAGSA y sus filiales como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración.

Extremadura en la Ley 6/2007, de 27 diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2008, reitera lo dispuesto en leyes anteriores en su Disposición Adicional Novena, “la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y los organismos autónomos o entidades públicas vinculadas o dependientes de la misma, podrán encomendar, mediante la suscripción del correspondiente convenio, a la empresa “Transforma-

traño ejercicio de la potestad legislativa, en principio innecesario, cabe encontrarlas en el intento de dar mayor fortaleza a la posibilidad de efectuar los encargos, tanto desde la perspectiva interna como comunitaria del derecho de la competencia, concediendo expresamente a TRAGSA derechos especiales o exclusivos a realizarlos⁵⁴.

IV. EL CUESTIONAMIENTO DEL SISTEMA ANTE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La vía principal de cuestionamiento del modelo TRAGSA ha sido, como no, la del derecho de la competencia. El acceso a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en recursos contra las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia⁵⁵ ha acabado posibilitando al Tribunal Supremo el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia que ha concluido con la Sentencia de 19 de abril de 2007 que luego comentaremos.

Excede con mucho del ámbito de este trabajo proporcionar una explicación sistemática de uno de los aspectos más complejos de nuestra legislación de defensa de la competencia, como es la problemática relativa a las conductas que resultan de la aplicación de una ley, por lo que vamos a limitarnos a enunciar el problema en lo básico para nuestro análisis.

REBOLLO PUIG⁵⁶ alude a que “por lo que respecta al Derecho de la competencia, aun aceptando a efectos meramente dialécticos que la atribución a

ción Agraria, Sociedad Anónima” (TRAGSA), la realización de trabajos, actuaciones, obras, servicios y asistencias técnicas que tengan por objeto el desbroce, limpieza y repoblación de montes; las actuaciones en materia de sanidad animal; las de carácter urgente en el mantenimiento y reparación de presas y zonas regables; los que afecten a explotaciones de investigación y formación agraria pública, así como la prevención y extinción de incendios forestales, mantenimiento de caminos rurales y pistas forestales, de acuerdo con el régimen establecido en la normativa estatal por la que se rige dicha entidad, considerándose a estos efectos TRAGSA y sus filiales como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura”.

⁵⁴ Sin embargo, recordemos la opinión de REBOLLO PUIG, “Los entes institucionales...”, op. cit., “Lo importante, de todas formas, no es que una norma proclame expresamente que tal o cual entidad es ‘medio propio’, sino que lo sea realmente: puede que ninguna norma califique así a una entidad institucional y que, pese a ello, lo sea porque la domina absolutamente y no es más que la personificación de un conjunto de medios humanos y materiales de la Administración matriz; y puede, a la inversa, que una norma declare a una entidad “medio propio” de una o varias Administraciones y, sin embargo, no lo sea realmente”.

⁵⁵ Hoy, Comisión Nacional de la Competencia, de acuerdo con la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁵⁶ REBOLLO PUIG, F., “Los entes institucionales...”, op. cit.

las propias empresas de la Administración de obras o de suministros o de servicios; encajara en las prohibiciones generales de la Ley de Defensa de la Competencia, habría que añadir de inmediato que quedarían salvadas por el artículo 2 de dicha Ley, según el cual tales prohibiciones “no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley”. En este caso, las mismas leyes de creación y regulación de estas entidades, al configurarlas como “medios propios de la Administración”, así como la LCAP, son las que justifican la exención”.

En efecto, de acuerdo con la legislación entonces vigente en el momento de la presentación de denuncias contra la sociedad pública⁵⁷, el otorgamiento de derechos exclusivos a empresas públicas para realizar prestaciones propias de un contrato, si no tenía asiento en una disposición legal, podía ser considerado como una conducta prohibida sancionada con la nulidad de pleno derecho, por poder producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia.

Ahora bien, el propio autor citado, en otro lugar⁵⁸, alude a que aunque el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, sólo se refería expresamente al derecho comunitario tras la reforma introducida por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre⁵⁹, como límite específico a las leyes, ese límite regía exactamente igual antes de que la Ley de Defensa de la Competencia así lo recogiera.

Esto es, en todo caso debía tenerse presente el ordenamiento comunitario, de tal manera que las normas españolas no podían amparar una conducta contraria a la competencia en contra de las normas comunitarias.

Por tanto, lo que nos interesa retener, es que, con independencia de las circunstancias concretas de las resoluciones que vamos a examinar a continuación, ante un régimen como el de TRAGSA, establecido en el momento del planteamiento de alguna de las denuncias por vía simplemente reglamentaria, los órganos españoles de defensa de la competencia debían plantearse si era compatible con las directivas comunitarias de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, esto es, si realmente nos encontrábamos ante operaciones internas excluidas de las directivas.

⁵⁷ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁵⁸ REBOLLO PUIG, M., “Reglamentos y actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia”, en *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 719 a 741

⁵⁹ Con esa reforma, el precepto pasa a disponer: “Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley”.

Es de justicia reconocer, sin embargo, que en la época del planteamiento inicial de los casos la doctrina in *house providing*, con las técnicas que suministra para el análisis de estas operaciones, no se había todavía elaborado por el Tribunal de Justicia, pero, a la vez hay que llamar la atención que esta doctrina no deja de desarrollar principios implícitos en las directivas y se configura, precisamente, como una excepción al principio general de que éstas son aplicables ante cualquier contrato entre dos personas distintas.

Podemos destacar las resoluciones que siguen referidas al caso TRAGSA.

1. La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 30 abril 1996 (Aranzadi AC 1996\1702).

Esta resolución se dicta en un recurso ordinario interpuesto por la Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 9 de febrero de 1996 por el que se archivaron las actuaciones derivadas de su denuncia presentada en 1995 contra el convenio suscrito el 12 de febrero de 1986 entre la Comunidad Autónoma de Aragón, el IRYDA y TRAGSA.

El Servicio de Defensa de la Competencia había archivado la denuncia por no ser procedente la revisión de la legalidad de la existencia de TRAGSA de acuerdo con la Ley de Defensa de la Competencia y por considerar que las obras ejecutadas por TRAGSA debían ser consideradas como ejecutadas por la Administración mediante sus propios medios.

Sin embargo, el Tribunal expresa los siguientes argumentos⁶⁰, de los que se deduce que considera que existen indicios racionales que inducen a pensar que la suscripción del convenio en cuestión y su aplicación para el encargo directo a TRAGSA de las obras de carácter agrario y de mejora del medio rural pueden constituir una infracción de las normas de competencia:

- Las Administraciones públicas son sujetos operadores en el mercado en función de demandantes cuando encargan suministros, obras y servicios. No es impensable, por tanto, que en tal calidad puedan ser sujetos de la prohibición del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Si, tal como denuncia la Agrupación, la aplicación del Convenio convierte en habitual el encargo directo a TRAGSA de todas las obras agrarias y de mejora rural que la Diputación General de Aragón acomete, no se puede descartar que la aplicación del Convenio combatido constituya un acuerdo restrictivo de la competencia susceptible de caer bajo la prohibición del artículo 1

⁶⁰ Esta decisión del Tribunal puede haber sido el desencadenante de la decisión de dotar a TRAGSA de un régimen de rango legal.

- de la LDC, si no es de aplicación la excepción contenida en su artículo 2.
- El Tribunal no acepta ninguno de los dos argumentos principales en que descansa la defensa para alegar la excepción del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia: ni el Convenio combatido es una disposición reglamentaria dictada en aplicación de una Ley, ni es evidente que sea legítimo aplicar la excepción del régimen general de contratación pública contenida en el artículo 153.1, a) de la LCAP a todas las obras realizadas por TRAGSA por encargo de las Administraciones competentes en materia de reforma y desarrollo agrario.
 - Bajo estas condiciones, el Convenio combatido podría constituir una infracción de lo previsto en el artículo 85 del Tratado CE si se determinara que crea “de facto” una reserva de mercado a favor de TRAGSA que restringe la competencia dentro del mercado común al impedir a empresas comunitarias la concurrencia por el mercado.
 - El litigio se deriva del aparente cierre a todos los operadores distintos de TRAGSA de la posibilidad de concurrir por el mercado de obras públicas agrarias en el territorio de Aragón, hecho que no ha sido investigado por el Servicio al decretar el archivo de las actuaciones. De la información obtenida hasta el momento se deduce que las condiciones de competencia para la ejecución de obras públicas agrarias en Aragón pueden estar distorsionadas como consecuencia de la aplicación del Convenio combatido.
 - De todo lo actuado se desprende que parecen existir restricciones a la competencia derivadas de una reserva “de facto” del mercado a favor de TRAGSA, que es necesario investigar antes de poder decidir sobre si corresponde o no archivar o sobreseer el expediente.
 - Por ello se estima el recurso y se interesa del Servicio que incoe expediente, continúe la investigación y, dependiendo de los resultados, proceda en consecuencia.

2. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 13 marzo de 1998 (Aranzadi, AC 1998\4938).

La resolución se dicta en el recurso interpuesto por la Confederación Nacional de la Construcción contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 16 de octubre 1997 por el que se sobreseyó el expediente incoado como consecuencia de la denuncia formulada contra TRAGSA el 23 de mayo de 1996 por presuntas prácticas prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

La denuncia de la Confederación Nacional de la Construcción se basaba en que para la ejecución de obras no se seguían los procedimientos de adjudicación previstos en la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, vulnerándose así los principios de publicidad y concurrencia contenidos en las Directivas CEE y la propia normativa nacional. Además, TRAGSA, no efectuaba directamente las obras encomendadas, subcontratando su ejecución con otras empresas, lo que, según la Confederación, le permitía obtener una posición dominante en el sector desde la que imponía precios y condiciones no equitativas.

El Tribunal desestima el recurso interpuesto, basándose en que el régimen jurídico de TRAGSA (Real Decreto 379/1977, y sus modificaciones), los Reales Decretos de transferencias y los Convenios suscritos con las Comunidades Autónomas disponen que las obras que realice TRAGSA por orden de aquéllas se entenderán ejecutadas directamente por las mismas con sus propios medios. En definitiva, el Tribunal concluye que la calificación jurídica procedente es la de considerar que se trata del supuesto de obras ejecutadas directamente por la Administración, contemplado en el art. 153 de la LCAP. “En tales casos, es la norma la que restringe la competencia y las prácticas realizadas al amparo de aquélla no pueden ser perseguidas ni sancionadas porque tienen amparo legal”.

3. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 30 de marzo de 1998 (AC 1998\4937). Origen de la cuestión prejudicial.

En esta resolución, el Tribunal de Defensa de la Competencia resuelve el recurso interpuesto por la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) y la Asociación de Empresas Restauradoras del Paisaje y Medio Ambiente (ASERPUMA) contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 16 de octubre 1997 por el que se sobreseyó el expediente incoado por la denuncia de fecha 23-2-1996 formulada contra TRAGSA. La denuncia se basaba en supuestas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) consistentes en operar en el mercado español de obras, servicios y proyectos forestales con abuso de posición de dominio al no seguir los procedimientos de adjudicación previstos en la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas⁶¹.

⁶¹ En el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo se describe el contenido de esta denuncia, que realmente va mucho más allá de la alegación de abuso de posición dominante, puesto que cuestiona todo el régimen de TRAGSA. La denuncia inicial presentada por las Asociaciones mencionadas ante el Servicio de Defensa de la Competencia el 23 de febrero de 1996 finalizaba su alegato de vulneración de la libre compe-

El Servicio, en su Acuerdo 16 de octubre 1997, entiende que TRAGSA actúa conforme a su estatuto jurídico, que hace de TRAGSA un “medio propio de la Administración”. Las obras realizadas directamente por las Administraciones Públicas con sus propios medios no se encuentran sujetas a la competencia ya que, al venir impuestas por las normas legales, se encontrarían al margen del mercado. Por otra parte, el Servicio precisa lo siguiente: “Todo ello no es óbice, sin embargo, para entender que el marco jurídico que ampara las actividades de TRAGSA es, en sí mismo, fundamento de la existencia de distorsiones de la competencia que, de acuerdo con el contenido de la Resolución de 30 abril 1996 del TDC, éste deberá valorar para decidir si eleva una moción al Gobierno”.

Los argumentos del Tribunal por los que se desestima el recurso son análogos a los vistos en la resolución anterior.

4. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 30 de abril de 1998 (Aranzadi, AC 1998\4936).

Esta resolución resuelve el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 16 de octubre de 1997, por el que se sobreseyó el expediente incoado a consecuencia de la denuncia de 10 de mayo de 1995 de la Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas contra la Diputación General de Aragón, la Dirección General de Planificación y Desarrollo Rural del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (antiguo IRYDA) y TRAGSA, por presuntas prácticas prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistentes en la celebración del Convenio de 12 febrero 1986 entre las entidades denunciadas para el encargo directo a TRAGSA de las obras en el sector agrario.

tencia y abuso de posición dominante con las siguientes conclusiones: a) TRAGSA efectúa un elevado número de obras por encargo directo de la Administración vulnerando los principios de contratación y libre competencia impidiendo que otras empresas puedan realizar las obras que se encargan a TRAGSA y excluyendo con ello la libre competencia en el mercado español, a lo que se une la facultad de TRAGSA para fijar tarifas y eludir los precios del mercado. b) TRAGSA es una empresa pública de acuerdo con los principios de derecho comunitario, lo que le impide recibir un trato privilegiado; y c) la errónea consideración de TRAGSA como un servicio técnico de la Administración y la indebida aplicación del artículo 60.1 de la Ley de Contratos del Estado (luego artículo 152.1.ª de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995), originaba un abuso de posición dominante de TRAGSA, que no puede configurarse como servicio técnico de la Administración. En su suplico las entidades denunciadas pretendían que, instruido el correspondiente expediente, el Tribunal de Defensa de la Competencia declarase la existencia de prácticas prohibidas y de abuso de posición dominante prohibido por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia por parte de TRAGSA.

El Tribunal desestima el recurso con argumentos análogos a los ya citados.

V. LAS SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO

Procede analizar en este momento las primeras sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en los recursos interpuestos contra alguna de las resoluciones vistas en el apartado anterior⁶².

1. La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), de 29 septiembre 2000 (Aranzadi, JUR 2001\103992).

Esta sentencia desestima el recurso interpuesto por la Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Publicas contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 30 de Abril de 1.998.

Tras exponer el régimen jurídico al que se sujeta TRAGSA de forma análoga a lo resuelto por el Tribunal y recoger la argumentación realizada por éste, la sentencia concluye: “La Sala considera que TRAGSA es un servicio técnico de la Administración y que las obras ejecutadas por orden

⁶² Cabe citar, también, la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), de 15 de noviembre de 2000 (Aranzadi JUR 2001\72968). La sentencia desestima el recurso presentado por la Asociación Nacional de Empresas Forestales interpuesto contra la Resolución de 6 de Noviembre de 1997 por la que se da publicidad a la addenda al convenio suscrito el 9 de Mayo de 1.986, celebrada entre la Ministra de Agricultura, Pesca y Alimentación, la Ministra de Medio Ambiente y el Presidente de TRAGSA. Respecto a la invocación que realizaba la asociación recurrente a la Ley de Defensa de la Competencia y a la prohibición de abuso de posición dominante, la sentencia se remite a la doctrina sentada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y se basa en el carácter de medio propio de la Administración. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), de 18 diciembre 2003 (Aranzadi RJ 2004\ 466), desestima el recurso interpuesto por la Asociación Nacional de Empresas Forestales. El Tribunal Supremo entiende que la sentencia recurrida “no vulnera las normas sobre contratación, ya que es preciso atenerse a la normativa del artículo 153 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas que regula la ejecución de obras por medios propios, como la propia Sentencia declara, no existiendo razón alguna para que este precepto se entienda que es contrario a la Constitución”. “En cuanto a las supuestas vulneraciones de la Constitución el precepto decisivo invocado, esto es, el artículo 128, debe interpretarse rectamente entendiendo que, no sólo admite que los entes públicos sean titulares de actividades económicas, sino también que realicen obras por medios propios como una variedad o manifestación de la iniciativa económica”. “Por último respecto a la vulneración de las Directivas comunitarias la representación de TRAGSA mantiene, y nada se ha alegado en contrario, que la misma Comisión de la Comunidad Europea en cuyo conocimiento se puso no formuló reparo alguno al sistema de contratación realizando obras por medios propios de las Administraciones públicas”.

de la Diputación General de Aragón lo fueron por sus propios medios, según el Real Decreto 1773/77 que se remite a la Ley de Contratos del Estado. A results del proceso de transferencia, fue necesario articular la actuación de TRAGSA, al servicio de la Diputación General de Aragón en base al Convenio recurrido que aplicó el Real Decreto 643/85, que no fue impugnado y estableció el modo en que podrían encargarse obras a TRAGSA, sin determinar ambos una reserva de hecho favorable a ésta sino que ponen a disposición de la Diputación General de Aragón un servicio técnico, constituido por una empresa estatal, para que pueda utilizarlo de acuerdo con el Convenio y las necesidades de la Administración Autonómica”⁶³.

2. La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), de 26 de septiembre de 2001, (referencia Iustel: §2009627).

Esta sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ASEMFO contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 30 de marzo de 1998⁶⁴.

La sentencia entiende que en el caso no tiene ninguna virtualidad el artículo 6.3 LDC porque, “ni está acreditado que TRAGSA goce de una posición de dominio en un determinado mercado, ni además, supuesta esa

⁶³ De los argumentos de la sentencia se deduce que la Audiencia Nacional considera que la base legal de la actuación pretendida es el art. 153 de la LCAP, en cuanto regula la ejecución de obras por administración y los Reales Decretos que regulan el régimen de TRAGSA y de traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma. La sentencia acepta la consideración del convenio en cuestión como “un convenio organizativo”, que adapta el régimen de organización y funcionamiento interno de TRAGSA, a la relación entre la Administración General del Estado —de la que es medio propio— y la Comunidad Autónoma como consecuencia de la asunción de competencias en la materia por ésta, sin modificaciones materiales respecto a las determinaciones previas.

⁶⁴ Frente a la alegación del recurrente sobre la incongruencia de la resolución recurrida por el silencio del TDC sobre la elevación de una propuesta razonada a los Gobiernos Nacional y Autonómicos con vistas a suprimir la situación de restricción de la competencia derivada del marco legal existente, la sentencia declara que “en este caso falta ya el primero de los requisitos, que se realizado una conducta de las prohibidas por el artículo 1 LDC. Al faltar tal presupuesto, no cabe que el TDC elabore una propuesta sobre la supresión de situaciones de restricción de la competencia”. “La parte actora reproduce en la vía de lo contencioso administrativo su pretensión y solicita a esta Sala que “declare la elevación al Gobierno de la Nación... de una propuesta de supresión de la situación de restricción de la competencia derivada del Estatuto de funcionamiento de TRAGSA”, pretensión que debe ser rechazada porque la remisión de propuestas al Gobierno sobre modificaciones legislativas o reglamentarias excede de los pronunciamientos que han de contener las sentencias dictadas en esta jurisdicción, de acuerdo con los artículos 68 a 71 LJCA”.

posición de dominio, tampoco se ha comprobado alguna concreta practica abusiva. Si no hay práctica abusiva de la posición de dominio es claro que no tiene ningún sentido la aplicación del artículo 6.3 LDC”.

De acuerdo con la sentencia, “... desde su constitución y hoy por disposición expresa con rango de ley, TRAGSA es un medio propio y servicio técnico de la Administración, que está obligada a realizar los trabajos que le encomienden la Administración del Estado o las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes, es decir, TRAGSA es Administración Pública, que carece de autonomía para aceptar o rechazar trabajos encomendados por la Administración.” “Las obras que realiza TRAGSA son, a todos los efectos, obras que realiza la propia Administración, supuesto este previsto en el artículo 153 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP)”⁶⁵.

VI. LAS DUDAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL RÉGIMEN DE TRAGSA. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL POR EL TRIBUNAL SUPREMO

El Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 1 de abril de 2005 (Aranzadi RJ 2005\ 4119), se dicta en el procedimiento del recurso de casación interpuesto por ASEMFO contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2001⁶⁶.

El Auto, acuerda plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo del artículo 234 del Tratado CE, cuestión prejudicial en relación con el régimen legal de TRAGSA en los siguientes términos:

⁶⁵ “En definitiva, el régimen jurídico con rango de ley de TRAGSA que se ha expuesto hace inviable la tesis del recurrente, según la cual TRAGSA, amparándose en la LCAP, vulnera los principios de publicidad y concurrencia en la contratación. No se trata de un problema de relaciones contractuales, sino de una cuestión de organización, pues ya se ha visto que TRAGSA se configura legalmente como un medio propio y servicio de la Administración”.

⁶⁶ En su recurso de casación ASEMFO, en esencia, aduce la infracción de los siguientes preceptos y disposiciones: los artículos 4, 7, 11.1, 153 y 195 y concordantes de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; las Directivas 93/36/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993 y 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, y de la Directiva 97/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997; los artículos 31, 38, 128 y 103 de la Constitución y del 6.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y concordantes; por infracción de los artículos 81, 86 y 87 y concordantes del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea; —de los artículos 45 y 46 y concordantes del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, y la jurisprudencia relativa al principio de primacía del derecho comunitario.

“PRIMERO Si es admisible en los términos del artículo 86.1 del Tratado de la Unión Europea que un Estado miembro de la Unión atribuya *ex lege* a una empresa pública un régimen jurídico que le permita realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las Directivas europeas a este respecto.”

“SEGUNDO Si un régimen jurídico semejante sería compatible con lo establecido en las Directivas 93/36/CEE, del Consejo y 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, y las Directivas 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1997, y 2001/78, de la Comisión, de modificación de las anteriores —normativa recientemente refundida en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004—”.

“TERCERO Si las afirmaciones de la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 8 de mayo de 2003 (asunto C-349/97, Reino de España contra Comisión) son aplicables en todo caso a TRAGSA y sus filiales, teniendo en cuenta el resto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de contratación pública, y considerando que la Administración encarga a TRAGSA un alto número de obras que quedan detraídas del régimen de libre competencia, y que esta circunstancia pudiera suponer una distorsión significativa del mercado relevante⁶⁷”.

El Tribunal Supremo, después de relatar las incidencias del caso desde la denuncia inicial resume la impugnación planteada por ASEMFO respecto a la conducta de TRAGSA y de su filial TRAGSATEC, que se centra en dos argumentos: por un lado en discutir que la empresa pública pueda calificarse como servicio propio de la Administración, con la consiguiente aplicación del artículo 153.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (texto de 1995) frente al régimen común de contratación administrativa mediante concurso público y, por otro, en impugnar la compatibilidad con el derecho de la competencia del régimen jurídico de TRAG-

⁶⁷ El auto se hace eco de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2003, asunto (C-359/97) que declara que TRAGSA ha de ser considerada como una forma de actuación directa de la propia Administración, habida cuenta de su falta de autonomía para actuar y para determinar el coste de su actuación. “Sin embargo, en el presente asunto la parte demandante ha puesto de relieve unas circunstancias de hecho no consideradas en la citada Sentencia, como lo es la ya mencionada participación de la empresa pública en un determinado mercado (el de obras de naturaleza agrícola) en un grado tan destacado que pudiera producir una alteración substancial del mismo, por mucho que la actuación de la citada empresa pública sea formalmente “ajena al mercado”, en la medida en que desde un punto de vista jurídico sea la propia Administración la que actúa”.

SA tal como se encuentra configurado por el artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que la caracteriza precisamente como “medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración” (apartado cuatro).

El Tribunal Supremo entiende que el recurso conlleva necesariamente el examen del régimen jurídico de TRAGSA diseñado en el artículo 88 de la Ley 66/1997, lo que requiere necesariamente verificar la compatibilidad del mismo con el derecho comunitario.

Pues bien, El Tribunal Supremo parte de los razonamientos de la sentencia de la Audiencia Nacional y de la Resolución del TDC, que se basan en la configuración legal de TRAGSA como medio propio de la Administración. Desde esta perspectiva la libre competencia no se vería afectada “ya que TRAGSA, pese a su configuración como empresa pública con personalidad jurídica propia, no entra en el juego de la libre competencia, sino que se limita a ejecutar las intervenciones que la Administración le ordena”. “Es, en definitiva, una forma de actuar directamente la propia Administración.”

Ahora bien, “este régimen, sin embargo, plantea a la Sala dudas sobre su compatibilidad con el sistema de derecho comunitario, por la doctrina general sobre aplicabilidad a las empresas públicas de las disposiciones de derecho comunitario sobre contratación pública y libre competencia y por las alteraciones que pudiera ocasionar en el mercado de las obras públicas agrícolas”.

“En efecto, a esta Sala le parece que el régimen legal atribuido por el reiterado artículo 88 de la Ley 66/1997 pudiera ser contrario al régimen de derecho comunitario sobre contratación pública, aun considerando la admisibilidad en términos comunitarios de que la Administración pueda efectuar por sí misma determinadas obras, y ello con independencia del umbral económico de los contratos a celebrar”⁶⁸.

⁶⁸ “Un régimen legal como el de TRAGSA que atribuye ex lege a una empresa pública la consideración de medio propio de la Administración y le permite efectuar todo tipo de obras de acuerdo con lo prevenido en la legislación sobre contratación administrativa con el sólo límite de una determinada cuantía del contrato a partir de 1995 —restricción que a partir del vigente texto del 2000 sólo opera en los supuestos en los que la sociedad pública actúa en colaboración con particulares—, puede presentar problemas de compatibilidad con los citados principios de derecho comunitario.” De sus argumentos se deduce que el Tribunal Supremo entiende que los encargos de obras a TRAGSA operaban “con el sólo límite” de una determinada cuantía del contrato a partir de 1995, y que esta restricción, a partir del vigente texto del 2000, “sólo opera en los supuestos en los que la sociedad pública actúa en colaboración con particulares”. Esta apreciación resulta, a nuestro juicio, inexacta. La Administración ha podido legalmente encargar directamente a TRAGSA obras por importe superior a los umbrales comunitarios, dado que el tenor de la legislación de 1995 sólo preveía el límite del umbral cuando el servicio propio de la Administración pretendía acudir a la colaboración de empresarios particulares, pero ningún lí-

El razonamiento clave del Tribunal Supremo es el siguiente: La legislación sobre contratación administrativa ha amparado la actuación de TRAGSA pues permite la ejecución directa de obras por la Administración en el supuesto de tener servicios propios. Además dicho supuesto no está condicionado por ningún otro requisito o circunstancia como pudieran serlo las razones de urgencia o interés público relevante.

Añade el auto el argumento de que puede presentar igualmente problemas de compatibilidad con los principios generales del derecho comunitario que “la Administración asuma por mediación de una sociedad pública que recibe la consideración legal de medio propio, un número tal de contratos que altere de manera decisiva el mercado relevante”.

La duda principal que se le plantea al Tribunal Supremo es, por tanto, la siguiente: ¿Puede la ley permitir la ejecución directa de obras por la Administración en el supuesto de tener servicios propios sin ningún tipo de condicionamiento, de tal manera que incluso pueda realizar un número tal de contratos que altere de manera decisiva el mercado en cuestión?

Como se puede observar, el auto no se centra en la doctrina *in house providing*, pues realmente parte de la base de la declaración legal de TRAGSA como medio propio y no la problematiza. El Tribunal Supremo, llevado por la apariencia creada por el régimen legal, parece dar por supuesto que TRAGSA no concierta auténticos contratos en el sentido de la directiva ni con la Administración del Estado ni con la de las Comunidades Autónomas. No aplica el test Teckal a la situación.

Sin embargo, aunque al partir de la premisa de la existencia de un medio propio, no identifica el punto crítico del modelo TRAGSA, las consecuencias del modelo configurado le perturban y centra la cuestión directamente en el artículo 86.1 del Tratado de la Unión Europea y en la compatibilidad de las consecuencias del modelo con las directivas en el sentido de si con la permisón general de estos encargos a medios propios se puede alterar el mercado.

VII. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

mite se establecía cuando la actuación se realizaba “por los propios servicios de la misma a través de sus medios personales o reales”. Esto es, el límite de umbral sólo suponía que una vez recibido el encargo, que podía ser de cuantía superior a los umbrales, TRAGSA no podía, a su vez, acudir a la colaboración de otras empresas contratando a terceros por cuantías superiores a la indicada en la ley. Los límites se aplican cuando TRAGSA contrata con un tercero, no en el encargo de la administración a TRAGSA.

Merece la pena detener nuestra atención en los aspectos fundamentales de las conclusiones del Abogado General Sr. L.A. Geelhoed en el asunto ASEMFO (asunto C-295/05) presentadas el 28 de septiembre de 2006.

Las conclusiones expresan algunos datos sobre la estructura y las actividades de TRAGSA que el Abogado General entiende de importancia, entre los que se encuentran dos fundamentales:

- La mayoría de las acciones de TRAGSA, más del 99 %, sigue siendo propiedad directa o indirecta del Estado español. Cuatro Comunidades Autónomas tienen una participación casi simbólica en el capital social de TRAGSA, ya que poseen conjuntamente menos del 1% de las acciones.
- Más de la mitad del volumen de negocios de TRAGSA y de sus filiales procede de actuaciones realizadas para las Comunidades Autónomas. Alrededor del 30 % del volumen de negocios procede de la Administración central española, aproximadamente el 5% de otros organismos públicos, entre otros, municipios, y entre un 2 y un 3,5% de empresas y particulares.

En el apartado 24 se formulan una serie de puntos de reflexión, entre los que destacamos:

- TRAGSA, en su calidad de medio instrumental al servicio, sobre todo, de las Comunidades Autónomas, se halla, como persona jurídica, casi por completo en manos del Estado español, que posee más del 99 % del capital social.
- Para los encargos que le encomiendan la Administración central y las Comunidades Autónomas, TRAGSA, en su calidad de medio instrumental independizado desde el punto de vista organizativo, está sometida por completo a las órdenes e indicaciones que dichas administraciones le den en el ejercicio de sus competencias públicas.

¿Es el caso TRAGSA igual a los tenidos en cuenta en la jurisprudencia *in house providing*⁶⁹? La respuesta del Abogado General es que no estamos

⁶⁹ En el apartado 37 manifiesta el Abogado General: “Como la Comisión observó acertadamente en la vista, esta jurisprudencia se había desarrollado en supuestos en que las administraciones que formulaban encargos habían encomendado, mediante contratos a título oneroso, determinados encargos para el suministro de bienes y/o la prestación de servicios a personas jurídicas que, en mayor o menor medida, estaban sometidas a su control y que realizaban la mayor parte o una parte importante de sus actividades para dichas administraciones”.

ante un supuesto igual: (apartado 38) dado que “los hechos y las relaciones jurídicas que dieron lugar a las presentes cuestiones prejudiciales difieren en dos aspectos de los de la jurisprudencia citada”:

En primer lugar, resalta que la Administración central española y las Comunidades Autónomas actúan como organismos que encomiendan encargos a TRAGSA en un sentido estrictamente jerárquico y procede caracterizarla como un servicio propio instrumental de la Administración central española y de las Comunidades Autónomas. “En el caso de autos, falta por completo el elemento contractual entre el organismo que encomienda el encargo y la persona jurídica que lo ejecuta, elemento que estaba presente en todos los casos que llevaron al Tribunal de Justicia a desarrollar la jurisprudencia antes citada”.

En segundo lugar, “si bien es cierto que TRAGSA realiza actualmente la mayoría de sus actividades para las Comunidades Autónomas, no lo es menos que la presunción de que estos entes territoriales la controlan es, por lo menos, problemática. Como se desprende del resumen antes mencionado, el legislador central español determina completamente, o casi completamente, el estatuto de Derecho público de TRAGSA, mientras que sólo cuatro de las diecisiete Comunidades Autónomas poseen acciones de TRAGSA, de una importancia simbólica, puesto que juntas representan menos del 1 % del capital total. De ello puede deducirse que TRAGSA, como medio instrumental, está al servicio de las Comunidades Autónomas, pero no puede concluirse, sin más, que éstas la controlen”.

En definitiva, el Abogado general parece entender que el supuesto es distinto, pues falta el elemento contractual pero, a la vez, las Comunidades Autónomas no parece que controlen a TRAGSA. Por tanto la solución del caso no la encontramos, en principio, en la jurisprudencia *in house*. Ahora bien “por analogía” puede ser de gran ayuda: “39. De estas diferencias resulta que las respuestas a las cuestiones prejudiciales planteadas no pueden deducirse, sin más, de la jurisprudencia citada del Tribunal de Justicia, si bien es obvio que ésta puede ser, por analogía, de gran ayuda en la apreciación de tales cuestiones”. En la práctica, de todos modos, las conclusiones aplican, como veremos, el test Teckal.

Estos razonamientos son interesantes, pues parece por un momento que el Abogado General va a caer en la trampa del modelo TRAGSA. En efecto, la argumentación indicada parece aceptar que TRAGSA, atendiendo formalmente a una declaración normativa, es un medio propio de las Comunidades Autónomas con el que no se realizan operaciones contractuales, aunque al Abogado General, a la vez, le perturba la falta de control de éstas sobre la empresa.

Ahora bien, el defecto de este razonamiento es que, si realmente no hay control no podemos hablar de medio propio, por mucho que haya una ley que formalmente declare esa condición, y esto lleva a que sea ilusorio decir

ante operaciones de clara estructura económica contractual que no hay contrato basándose en la supuesta inexistencia de autonomía del pretendido medio propio. El razonamiento del Abogado General es, asimismo, peligroso, pues supone que bastaría una declaración normativa atribuyendo expresamente la condición de medio propio para burlar las exigencias de la doctrina *in house* y, por tanto, las directivas.

Sin embargo, pronto recupera el Abogado General la senda argumental correcta. Así, en el apartado 49 y 50 reconoce que los Estados miembros tienen plena flexibilidad en cuanto a la manera de organizar la ejecución de las actividades respecto de las cuales tienen una responsabilidad pública, lo que conlleva la posibilidad de realizar las tareas que les corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligados a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En estos casos no ha lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos, pues no existe contrato a título oneroso celebrado con una persona jurídica que jurídicamente deba distinguirse de la entidad adjudicadora⁷⁰.

Es, entonces, en el apartado 51 donde el Abogado General encuentra el eslabón débil del modelo TRAGSA: “51. De todos modos, parece que tal situación se produce también en la relación entre la Administración central española y TRAGSA. La cuestión de si asimismo se produce en la relación entre las Comunidades Autónomas y TRAGSA, como el Gobierno español y TRAGSA aparentemente dan por sentado⁷¹, es una de las cuestiones que requiere ser analizada en mayor profundidad. En efecto, ¿puede calificarse a TRAGSA, sin más, de medio técnico o administrativo “propio” de las Comunidades Autónomas cuando éstas no pueden ejercer sobre dicho “medio” competencias de control definidas en la legislación nacional y cuando tampoco pueden deducir tales competencias de su participación accionarial en este “medio”?

A partir de este momento, el Abogado General se va a centrar en las Comunidades Autónomas, como dijimos, el punto débil crítico del blindaje legal del modelo TRAGSA que el Tribunal Supremo no percibió: La clave es que la entidad sea realmente medio propio, no que se declare formalmente por ley; para saber si es medio propio tenemos que ver si hay control; la norma nacional tendrá que construir un modelo de control⁷².

⁷⁰ Esta es la línea de razonamiento correcta. Sólo si realmente un ente tiene un medio “propio” (porque lo controla), no cabe hablar de dos personas jurídicas distintas y entonces no ha lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos, porque no hay contrato.

⁷¹ Y el propio Tribunal Supremo.

⁷² La mayor virtud de las conclusiones del Abogado General es haber encontrado este punto débil en el modelo TRAGSA. El mayor defecto que cabe achacar a sus conclusiones es, sin

Las conclusiones indican que aunque los encargos a TRAGSA no se consideren contratos a título oneroso, tienen las mismas consecuencias que éstos, por lo que deben ser apreciados, en lo posible, con los mismos criterios. De esta manera, la entidad que encomienda encargos tiene que controlar a la persona jurídica o al servicio al que formule dichos encargos⁷³.

Pues bien, en el apartado 89 se indica que “también con respecto a TRAGSA habrá que examinar si dicha sociedad puede invocar los llamados criterios Teckal”.

En cuanto al primer requisito del Test Teckal, el Abogado General realiza una primera afirmación (apartado 90): “Tras un segundo examen parece que no cabe duda de que la relación entre, por una parte, la Administración central española y las Comunidades Autónomas y, por otra, TRAGSA, cumple el primer criterio Teckal: Todas las acciones de TRAGSA se hallan directa o indirectamente en manos del Estado español y de las Comunidades Autónomas, si bien sólo cuatro Comunidades Autónomas poseen una participación simbólica en el capital social de TRAGSA”.

Sin embargo, lo indicado se afirma tan sólo para poner de relieve la total titularidad pública de la sociedad, dado que, más adelante afirma (apartado 97): “...En los supuestos en que un medio instrumental actúa como “medio propio” de varios entes públicos, es preciso que el estatuto legal aplicable

embargo, las vacilaciones en su línea de razonamiento, un defecto lógico, que va a extenderse a la sentencia del Tribunal de Justicia. Este defecto lógico (después superado parcialmente en las propias conclusiones) es el de entender que no hay un contrato oneroso en el supuesto de que una normativa diga que una entidad es medio propio de una administración, que no va a controlarla, pero que puede hacerle encargos en un sentido estrictamente jerárquico.

⁷³ El Abogado General sigue entendiendo que no hay contrato a título oneroso, habla de encargo jerárquico. A nuestro modo de ver, debería decir que son estructuralmente equivalentes, con lo que debería asimilarlos a contratos, pero se queda en que son económicamente equivalentes en sus consecuencias. “58. El hecho de que en el presente caso se trate de encargos encomendados por una entidad (la Comunidad Autónoma) a un medio instrumental (TRAGSA) de otra entidad (la Administración central española), en los que falta todo elemento de un contrato a título oneroso, no es óbice para que esta actuación de la Administración tenga las mismas consecuencias económicas que una estructura en la que una entidad encomienda encargos en virtud de contratos onerosos a una persona jurídica sometida al control de otra entidad. 59. En ambos casos, los encargos para el suministro de bienes, la prestación de servicios y la realización de obras públicas se sustraen a las normas sobre la competencia, con todas sus consecuencias reales y potenciales para la libre circulación de bienes y servicios y para la libertad de establecimiento en el mercado común. Por consiguiente, deben ser apreciados, en lo posible, de conformidad con los mismos criterios”. En el apartado 60 se añade que “lo mismo debe afirmarse del criterio de que la entidad que encomienda encargos tiene que controlar a la persona jurídica o al servicio al que formule dichos encargos, y ello con independencia de que a tal efecto se celebre un contrato oneroso”. Por tanto, el Abogado General, concluye que, de todos modos, da igual que sea un mero encargo y no un contrato, debe controlarse al ente para poder hacer “encargos”.

garantice la influencia real que todos los entes públicos que formulen encargos tengan, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de este “medio propio”. Asimismo, resulta necesario que se definan con precisión las responsabilidades públicas para cuya ejecución los entes públicos correspondientes pueden formular encargos al servicio instrumental común como medio propio”.

En definitiva, el Abogado General, llega a la conclusión de que “TRAGSA, operando bajo un estatuto legal como el vigente actualmente, no puede ser considerada como “medio propio” de las Comunidades Autónomas porque éstas no pueden controlar las decisiones estratégicas y otras decisiones importantes de esta persona jurídica” (apartado 101).

Los argumentos del Abogado General son los siguientes (apartados 98 y 99):

- Del estatuto legal de TRAGSA, se desprende que ésta está regulada en su totalidad, o en su práctica totalidad, en la normativa legal y administrativa de la Administración central española.
- También el régimen de tarifas aplicables a las operaciones realizadas por TRAGSA por encargo de la Administración central y de las Comunidades Autónomas es establecido por la Administración central y bajo su responsabilidad. No existen indicios de que las Comunidades Autónomas tengan ninguna influencia directa.
- Pese a subrayar TRAGSA y el Gobierno español que las Comunidades Autónomas pueden hacer valer su influencia a través de sus encargos, este tipo de control del diseño y de la ejecución de las distintas obras y proyectos —un control inherente a cada encargo que un ente público formula a un servicio propio o a una persona jurídica externa— no es el control al que se refiere el Tribunal de Justicia cuando habla de una influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de, en el presente caso, el servicio instrumental “propio”.
- A mayor abundamiento, procede recordar que el hecho de que las Comunidades Autónomas no ejerzan ninguna influencia sobre el estatuto legal de TRAGSA ni en el ámbito del mismo no se ve compensado, en modo alguno, por la influencia que las Comunidades Autónomas podrían hacer valer como accionista de la persona jurídica, dado que sólo una pequeña minoría de ellas tiene una participación, además meramente simbólica, en el capital social de TRAGSA.

El corolario de esta conclusión es evidente (apartado 102): “Dado que no cabe calificar a TRAGSA de medio propio de las Comunidades Autónomas, resulta obvio concluir que las Comunidades Autónomas, indebidamente, no adjudican los encargos a TRAGSA mediante licitación pública”.

Lo importante no es sólo eso, sino que la brecha abierta en el flanco débil de TRAGSA va a arrastrar la caída de todo el sistema, dado que: ¿Qué ocurre entonces con la relación con la administración central? ¿Puede realizarle encargos? La respuesta es que no, pues la desaparición de las Comunidades Autónomas de la ecuación, por la aplicación del requisito de control análogo, determina que el Estado, que cumple el primer requisito del test, no pase del segundo, ya que TRAGSA viene realizando la mayor parte de su actividad con las Comunidades Autónomas.

El Abogado General lo expresa de la siguiente manera (apartado 109): “Si, a continuación, se sigue mi tesis de que, con respecto a TRAGSA, las Comunidades Autónomas no pueden ser consideradas entes públicos que la controlen, necesariamente se llega a la conclusión de que no se cumple el requisito de que TRAGSA realice la mayor parte de las actividades para el ente público que ejerce el control, ya que las actividades de TRAGSA para las Comunidades Autónomas representan más del 50 % de su volumen de negocios total”.

Al lado de otras interesantes consideraciones, podemos destacar que las conclusiones ofrecen también respuesta a las demás cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo⁷⁴.

Así por ejemplo, antes de pasar a responder a la cuestión de si las Comunidades Autónomas españolas, como organismos que encomiendan encargos a TRAGSA, ejercen efectivamente un control sobre esta persona jurídica, las conclusiones (apartados 56 y 57) indican que el hecho de que las Comunidades Autónomas españolas puedan encargar a un medio instrumental de la Administración central española una parte muy importante de las actividades efectivas para la mejora de la estructura agraria en sentido amplio, tiene consecuencias para la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios en el seno de la Comunidad, porque

⁷⁴ En particular, en cuanto a la interpretación de si la Sentencia de 8 de mayo de 2003 del Tribunal de Justicia en el asunto España/Comisión tiene consecuencias para la apreciación de la posición legal de TRAGSA en la concesión de contratos públicos, el abogado general (apartados 123 y siguientes) indica que en dicha sentencia, “el Tribunal de Justicia no necesitaba analizar cuestiones como las que son objeto del presente asunto”. “Por este motivo, de la referida sentencia no pueden sacarse conclusiones que vayan más allá de la apreciación de que TRAGSA, como servicio instrumental en materia de política de la estructura agraria en sentido amplio, debe considerarse un medio propio de la Administración central española”.

esta manera de proceder implica que, con ella, gran parte de las actividades de que se trate, que también podrían encargarse a particulares, queda reservada a TRAGSA como medio instrumental de la Administración central. De este modo, el mercado queda reducido proporcionalmente para los potenciales candidatos particulares procedentes de otro lugar de la Comunidad.

Por lo que se refiere al problema también planteado por el Tribunal Supremo de la compatibilidad de lo dispuesto en los artículos 152 y 194 de la Ley española vigente en materia de contratación pública sobre la ejecución de obras o suministros por administración con el Derecho comunitario de la competencia, el Abogado General afirma que la legislación española permite una protección avanzada, en su caso cierre, de determinados sectores del mercado nacional de contratos públicos. “El posible alcance de dicha protección o cierre depende de la capacidad de que disponen los servicios instrumentales correspondientes. Mediante la ampliación de la capacidad de estos servicios instrumentales y la mejora cualitativa de sus equipos y capacidades personales, resulta bastante sencillo colocar unos segmentos extensos del mercado de los contratos públicos bajo el dominio exclusivo de los servicios instrumentales de los órganos administrativos de que se trate” (apartado 79). El apartado 121 concreta más diciendo que “sin duda alguna, tales disposiciones crean una posición privilegiada a favor de los servicios instrumentales propios o de las personas jurídicas sometidas al control público, que actúen como operadores en el mercado excediéndose de sus competencias legales, administrativas o estatutarias, en la concesión de contratos públicos y por consiguiente infringen el artículo 86 CE, apartado 1”. De lo expuesto, se deduce que no se plantearía una incompatibilidad con el Tratado si a los medios propios se le encargan trabajos en el marco de sus competencias y no operan a la vez en el mercado.

En fin, por todo lo expuesto, el Abogado General propone al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo, en esencia de la siguiente manera:

- Las Directivas comunitarias en materia de contratación pública para el suministro de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, no son aplicables, en principio, a una persona jurídica de Derecho privado como TRAGSA, que con arreglo a su estatuto legal debe calificarse de un “medio propio” de la Administración y que, sin contratos a título oneroso, está obligada a ejecutar los encargos que le encomienden los entes públicos competentes para ello.

- A tal efecto, es preciso que se garantice, con arreglo a la normativa nacional correspondiente, que los entes nacionales competentes controlen a la persona jurídica de que se trate, en el sentido de que ejercen una influencia determinante tanto sobre sus objetivos estratégicos como sobre sus decisiones importantes, y que la persona jurídica realice a la vez la parte esencial de sus actividades para los entes públicos que la controlan, en el sentido de que cualquier otra actividad resulta marginal.
- No se cumple el requisito de que los entes públicos competentes puedan ejercer una influencia determinante, tanto sobre las decisiones estratégicas como sobre las decisiones importantes de la persona jurídica, cuando los servicios públicos que utilizan a la persona jurídica como servicio instrumental no tienen una influencia directa sobre el contenido del estatuto legal aplicable a esta persona jurídica, ni sobre las tarifas que ésta puede aplicar por sus actividades, y cuando, además, como accionista de dicha persona jurídica no pueden ejercer una influencia determinante sobre las decisiones de esta última.
- No se cumple el requisito de que la persona jurídica realice la parte esencial de sus actividades para los entes públicos que la controlan cuando el estatuto legal no limita el volumen de las demás actividades estableciendo que éstas han de ser marginales.
- De lo dispuesto en el artículo 86 CE, apartado 1, resulta que una persona jurídica que para la mayor parte de sus actividades opera como servicio instrumental de los entes públicos competentes al respecto debe separar de forma transparente, desde una perspectiva tanto organizativa como financiera-contable, las actividades que realiza para otros entes públicos y particulares de las que efectúa como medio propio de los entes públicos competentes.
- De la misma disposición del Tratado resulta que las administraciones nacionales no pueden encomendar encargos a una persona jurídica que actúa como servicio propio instrumental para el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras, cuando dichos encargos no están relacionados con las responsabilidades públicas de dichas administraciones, o cuando la realización de estos encargos no está comprendida dentro de las tareas estatutarias y legales de la persona jurídica de que se trate. Sólo se permite una excepción cuando tal encargo está justificado por motivos objetivos, como catástrofes naturales o circunstancias extraordinarias similares.

- El órgano jurisdiccional nacional deberá verificar si se cumplen estos requisitos en el contexto jurídico y fáctico del litigio principal.

VIII. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA SEGUNDA) DE 19 DE ABRIL DE 2007 (ASUNTO C 295/05)

El Tribunal⁷⁵ centra la cuestión de la siguiente manera: “La petición de decisión prejudicial versa sobre la cuestión de si, con arreglo al artículo 86 CE, apartado 1, un Estado miembro puede atribuir a una empresa pública un régimen jurídico que le permite llevar a cabo operaciones sin estar sujeta a las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios..., 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro..., y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras..., y si estas Directivas se oponen a tal régimen”.

En cuanto a la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales⁷⁶, el Tribunal comienza recordando (apartado 29) que según jurisprudencia reiterada, aunque no corresponde al Tribunal de Justicia, en un procedimiento promovido en virtud del artículo 234 CE, pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho comunitario, ya que la interpretación de estas normas corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, el Tribunal de Justicia sigue siendo competente para proporcio-

⁷⁵ Un comentario de la sentencia puede encontrarse en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Medios propios de la administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación. Comentario a la sentencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas de 19 de abril de 2007: cuestión prejudicial planteada por el tribunal supremo en el asunto ASEMFO c. TRAGSA y administración General del Estado”, *Revista de Administración Pública*, número 173, Madrid, (mayo-agosto 2007), pp. 217-237.

Asimismo puede citarse BERNAL BLAY, M.A., “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario a la STJCE de 19 de abril de 2007”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 137, 2008, pp. 115-138.

⁷⁶ La Sentencia recoge que TRAGSA, el Gobierno español y la Comisión de las Comunidades Europeas negaron que el Tribunal de Justicia fuese competente para pronunciarse sobre la petición de decisión prejudicial y pusieron en entredicho la admisibilidad de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

nar a estos órganos jurisdiccionales todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirles apreciar la compatibilidad de dichas normas con la normativa comunitaria.

Por ello, “en el asunto principal, si bien es cierto que el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse como tal sobre la compatibilidad del régimen jurídico de TRAGSA con el Derecho comunitario, nada le impide proporcionar los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que permitirán que el propio órgano jurisdiccional remitente se pronuncie sobre la compatibilidad del régimen jurídico de TRAGSA con el Derecho comunitario” (apartado 34).

El Tribunal examina si dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas y entiende que, si bien en lo relativo a las cuestiones segunda y tercera la resolución de remisión expone los hechos que dieron origen al litigio principal y las disposiciones pertinentes del Derecho nacional aplicable, sin embargo, en lo que se refiere a la primera cuestión entiende que la resolución de remisión no contiene indicaciones precisas sobre la existencia de una posición dominante, sobre la explotación abusiva de la misma por parte de TRAGSA, ni sobre la repercusión de dicha posición dominante en el comercio entre los Estados miembros, por lo que, en consecuencia, declara la inadmisibilidad de la primera cuestión.

Recordemos que en su primera cuestión el Tribunal Supremo se preguntaba si el artículo 86 CE, apartado 1, se opone al régimen jurídico de TRAGSA. El Tribunal de Justicia manifiesta que, según dicho artículo, los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado CE, especialmente las previstas en los artículos 12 CE y 81 CE a 89 CE, ambos inclusive. El Tribunal de Justicia entiende que de la resolución de remisión se desprende que la disposición pertinente contemplada por el órgano jurisdiccional remitente está en relación con el artículo 82 CE (que establece la prohibición del abuso de posición dominante).

Sin embargo, esta reconducción del Tribunal de Justicia de la primera cuestión a un problema de hecho de la existencia de abuso de posición dominante, que le permite inadmitir la primera cuestión, no se corresponde, a nuestro juicio, con lo planteado realmente por el Tribunal Supremo⁷⁷.

⁷⁷ El Tribunal Supremo lo que planteaba era “si es admisible en los términos del artículo 86 CE, apartado 1, que un Estado miembro de la Unión atribuya ex lege a una empresa pública un régimen jurídico que le permita realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico

Ahora bien, de todas maneras, pese a esta inadmisión, el Tribunal de Justicia va a contestar realmente a lo planteado por el Tribunal Supremo en su primera cuestión en el marco de la segunda⁷⁸.

Realmente, por tanto, la inadmisión de la primera cuestión no tiene relevancia real para la resolución del asunto planteado, deduciéndose del resto de la Sentencia argumentos suficientes para obtener la respuesta a lo planteado por el Tribunal Supremo.

Entrando en el fondo del asunto, identificado por el Tribunal de Justicia con la respuesta a la pregunta de si las directivas se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a TRAGSA, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen previsto por tales Directivas, el Tribunal (apartado 48) recuerda que, según las definiciones del artículo 1, letra a), de las directivas mencionadas en el apartado anterior, un contrato público de servicios, de suministro o de obras supone la existencia de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre, por una parte, un prestador de servicios, un proveedor o un contratista y, por otra parte, un poder adjudicador de los contemplados en este mismo artículo 1, letra b), de las directivas.

El Tribunal se refiere (apartado 52) a que ASEMFO sostiene que la relación jurídica derivada de los encargos que recibe TRAGSA, aunque formalmente revista carácter unilateral, refleja en realidad, como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un vínculo contractual indiscutible con la entidad que formula el encargo, de tal manera que, aunque TRAGSA parezca actuar siguiendo las órdenes de las autoridades públicas, en realidad es un cocontratante de la Administración, de modo que debería aplicarse la normativa sobre adjudicación de contratos públicos.

contemplado por las Directivas europeas a este respecto”. Esto es, no se remitía al artículo 82 CE, ni en ningún momento se refiere al abuso de posición dominante, a diferencia del planteamiento de ASEMFO, donde sí se alude. El Tribunal Supremo pone la cuestión en conexión con las directivas: “Éste régimen, sin embargo, plantea a la Sala dudas sobre su compatibilidad con el sistema de derecho comunitario, por la doctrina general sobre aplicabilidad a las empresas públicas de las disposiciones de derecho comunitario sobre contratación pública y libre competencia y por las alteraciones que pudiera ocasionar en el mercado de las obras públicas agrícolas”. En definitiva, lo que plantea el Tribunal Supremo es si el régimen legal del artículo 88 de la Ley 66/1997 pudiera ser contrario al régimen de derecho comunitario sobre contratación pública.

⁷⁸ Apartado 43: “Además, parece que, en su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente se refiere esencialmente a las operaciones susceptibles de ser calificadas de contratos públicos, premisa sobre la que, en cualquier caso, se solicita un pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el marco de la segunda cuestión”.

El propio Tribunal, a continuación, resta valor para la posible respuesta a su sentencia del año 2003, reconociendo que el contexto era diferente⁷⁹.

Tras ello, manifiesta en uno de los párrafos clave de la sentencia (apartado 54): “Procede observar que, si TRAGSA no goza de libertad alguna ni con respecto al curso que debe dar a un encargo formulado por las autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a sus prestaciones, afirmación que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente, no se cumple el requisito de aplicabilidad de las Directivas examinadas relativo a la existencia de un contrato”.

Este apartado, parece condicionado tanto por las afirmaciones del Tribunal Supremo en la resolución de remisión como por los razonamientos vistos anteriormente del Abogado General⁸⁰. En especial, como vimos, éste último afirmó, en su primera cadena de razonamientos, que faltaba por completo el elemento contractual entre el organismo que encomienda el encargo y la persona jurídica que lo ejecuta, elemento que estaba presente en todos los casos que llevaron al Tribunal de Justicia a desarrollar la jurisprudencia *in house*, aunque después trata a estos encargos como si fuesen contratos, por producir los mismos efectos económicos.

Decimos que el párrafo es clave no sólo para el razonamiento del Tribunal sino, en general, para la aplicación del test Teckal y de toda la doctrina *in house providing* ¿Puede juzgarse siempre la naturaleza de la operación antes y con independencia de los criterios Teckal? Si eso fuese así, bastaría con disponer normativamente el carácter de medio propio de un ente para que hubiese que concluir que no hay contrato, y por tanto no son de aplicación las directivas, sin necesidad de aplicar el test Teckal.

A nuestro juicio, con independencia de que exista una declaración legal como medio propio, cuando nos encontremos con operaciones de estructura contractual, deberá aplicarse siempre el test Teckal, y comprobarse en particular el requisito del control análogo, pues si este control no existe, la

⁷⁹ Dando así respuesta en parte a la tercera cuestión del Tribunal Supremo. Apartado 53 de la sentencia: “A este respecto, es preciso recordar que, en el apartado 205 de la sentencia España/Comisión, antes citada, el Tribunal de Justicia consideró, en un contexto que no es el del asunto principal, que TRAGSA, en cuanto medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración española, está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas”.

⁸⁰ El primero había hecho constar que TRAGSA “pese a su configuración como empresa pública con personalidad jurídica propia, no entra en el juego de la libre competencia, sino que se limita a ejecutar las intervenciones que la Administración le ordena, sin capacidad ni para negarse a actuar ni para determinar los precios y costes de su actuación. Es, en definitiva, una forma de actuar directamente la propia Administración”.

operación debe calificarse como un contrato al existir sus elementos esenciales, dado que la autonomía del supuesto medio propio determinará la presencia de dos personalidades y dos voluntades diferenciadas en persecución de intereses jurídicos y económicos distintos⁸¹.

Por tanto, entendemos que el razonamiento del párrafo 54 de la sentencia no puede verse como un argumento autónomo del test Teckal. El Tribunal de Justicia se limita a expresar lo indicado y no extrae mayores consecuencias de su razonamiento, de hecho, después aplica el test Teckal sin consideración alguna a la naturaleza de los encargos, partiendo de la base de que para efectuar los encargos es necesario el control del ente (como igualmente afirmó el Abogado General). En particular, el Tribunal no lleva el argumento del párrafo 54 a su fallo, sino que lo inserta en el apartado 60, cuando analiza el requisito del control, lo que apoya nuestra tesis de que no es un argumento autónomo.

En este sentido, el párrafo siguiente de la sentencia expresa “en cualquier caso, es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, de conformidad con las directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, la licitación no es obligatoria, aunque el cocontratante sea una persona jurídicamente distinta del poder adjudicador, cuando se cumplan dos requisitos. Por una parte, la autoridad pública que es poder adjudicador debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan”.

En definitiva, el Tribunal reafirma el test Teckal y lo aplica a TRAGSA.

Los razonamientos siguientes de la sentencia se refieren al primer requisito del test. Comienza el Tribunal recordando que 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 servicios⁸².

“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 Comunida-

⁸¹ Mantener una tesis distinta sería peligroso ya que bastaría una declaración normativa atribuyendo expresamente la condición de medio propio para burlar las exigencias de la doctrina *in house* y, por tanto, las directivas.

⁸² Sentencia Carbotermo, op. cit.

des 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”.

En este párrafo, el Tribunal pretende rechazar la tesis del Abogado General, que concluía (apartado 98) que del estatuto legal de TRAGSA se desprende que estaba regulada en la normativa de la Administración central española, y que el régimen de tarifas aplicables era establecido por la Administración central y bajo su responsabilidad, sin existir indicios de que las Comunidades Autónomas tuviesen ninguna influencia directa.

El argumento del rechazo de la tesis del Abogado General se recoge de la siguiente manera: “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”.

Es decir, se vuelve al argumento del apartado 54, relativo a la inexistencia de contrato como consecuencia de lo dispuesto en el estatuto legal de la empresa, atendiendo, por tanto, a motivos formales⁸³.

Ahora bien: ¿Qué requisito tiene que darse para poder concluir lo indicado? El razonamiento final del Tribunal indica: “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”.

En conexión con el apartado 59, lo que se está indicando, con una redacción tortuosa, es que las Comunidades Autónomas que poseen una parte de su capital no son tercero. *Ergo*, TRAGSA es tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que no poseen una parte de su capital, por lo que estas últimas no pueden hacerle encargos directamente.

⁸³ Este razonamiento, en definitiva, parece tomar de las conclusiones del Abogado General precisamente sus argumentos más débiles, relativos a la inexistencia de contrato a título oneroso, olvidando el argumento correctivo del Abogado General sobre las mismas consecuencias económicas de los encargos jerárquicos y los contratos onerosos.

Ante todo, hay que destacar que el Tribunal de Justicia, pese a reafirmar continuamente en la sentencia el test Teckal, en estos párrafos, pretendiendo seguirlo, se aparta de él. Sin razonamiento suficiente lo inaplica, cuando en los apartados anteriores se había preocupado de recordar que la autoridad pública que es poder adjudicador debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Sin embargo, el Tribunal, inatendiendo a toda su jurisprudencia anterior, sustituye, en la práctica el requisito del control análogo por el dato formal del estatuto legal del ente que lo declare como medio propio y una participación, aunque sea simbólica en el capital, otro elemento meramente formal. Pese a ello, el requisito del control análogo es llevado de nuevo a la declaración final de la sentencia y allí se reafirma⁸⁴.

El Abogado General se había preocupado de recordar que el requisito del control análogo implica un control sobre las decisiones importantes y estratégicas de una persona jurídica, advirtiendo que no podía ser sustituido por un control de la ejecución de los encargos concretos. También advertía que el hecho de que las Comunidades Autónomas no ejerciesen ninguna influencia sobre el estatuto legal de TRAGSA ni en el ámbito del mismo no se veía compensado, en modo alguno, por la influencia que las Comunidades Autónomas podrían hacer valer como accionista de la persona jurídica, dado que sólo una pequeña minoría de ellas tiene una participación, además meramente simbólica, en el capital social de TRAGSA.

El Tribunal, en este contexto, y frente a la interpretación del Abogado General, lo que parece afirmar es que el estatuto legal de TRAGSA, en cuanto consagra la obligatoriedad de los encargos, implica un control — con lo que acepta que es suficiente el control sobre los encargos concretos—, siempre que se una ello al dato de la participación en el capital, lo que permitirá concluir la existencia del requisito del control análogo.

El grave déficit de argumentación de la sentencia da pocas pistas más en una materia de importancia fundamental como es *la doctrina in house provi-*

⁸⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, “Medios propios...”, op. cit., entiende que el punto en el que la doctrina que surge de la nueva sentencia parece más discutible es el relativo al control de la sociedad por parte del órgano encomendante, pues no parece admisible que se pueda proporcionar la condición de medio propio a una entidad instrumental ajena, por no disponer ni directa ni indirectamente de un porcentaje suficiente su capital social, no resultando suficiente el que poseen algunas Comunidades Autónomas en el capital de la sociedad. También BERNAL BLAY, “Un paso en falso...”, op. cit., entiende que se desconoce absolutamente en la sentencia la doctrina fijada hasta ahora por el Tribunal. La explicación que busca el autor es que el Tribunal acepta que existe control análogo cuando el capital social del medio instrumental está íntegramente en manos públicas. Otro análisis se encuentra en las Conclusiones del Abogado General, Sra. VERICA TRSTENJAK, presentadas el 4 de junio de 2008, Asunto C 324/08, Coditel Bravant SPRL.

ding. Puede plantearse incluso si estamos ante una aplicación del test Teckal o, realmente, ante una nueva formulación de la doctrina. Como vimos, el Tribunal se preocupa enfáticamente de recordar el requisito del control análogo, incluso en la declaración final de la sentencia, con lo que parece dar a entender que estamos ante una mera aplicación de la doctrina a un caso concreto, especial o singular, porque está dotada la sociedad de un régimen jurídico como medio propio con las características reseñadas. Los elementos expuestos, esto es, estatuto legal y participación en el capital, serían equivalentes a ese control análogo. Sin embargo, el contraste con el concepto material de control análogo que se ha venido manteniendo por el propio Tribunal es tan evidente que nos introduce la duda de si realmente se está hablando de lo mismo.

Lo que parece imprescindible, en todo caso, por la propia redacción de la sentencia, es el requisito de la participación en el capital, elemento mínimo de conexión con el medio propio para evitar ser considerado tercero⁸⁵.

Por si fuese poco, los problemas de la sentencia no acaban ahí, pues, si bien lo anterior puede compartirse o no, o considerarse poco motivado, se puede comprender mínimamente, sin embargo en sus últimos párrafos se

⁸⁵ Somos conscientes que puede objetarse a nuestra lectura de la sentencia que es absurdo que baste una mera participación simbólica en el capital social junto con el estatuto normativo como medio propio para el cumplimiento del requisito del control análogo y que de los razonamientos posteriores de la sentencia puede deducirse que el Tribunal, de hecho, prescinde de la participación en el capital para juzgar el segundo requisito Teckal, por lo que parece que basta la existencia del estatuto legal ¿Para que hacer necesaria una participación simbólica que realmente nada añade al estatuto legal y al control? A nuestro modo de ver, es tan incorrecto basar el control análogo en la mera existencia de un estatuto legal de “medio propio” que, de hecho, no supone ningún control, como en la mera participación simbólica en el capital social, como en una combinación de los dos criterios. Ahora bien, la sentencia dice lo que dice en su apartado 61, y lo que no se puede hacer es coger de ella sólo lo que interesa y descartar el resto. Puede que el Tribunal entienda que el requisito de la participación en el capital es un elemento mínimo de conexión con el medio instrumental para evitar ser considerado tercero, aunque poco añada a la posición legal de esa administración. Coinciden con nuestra visión las Conclusiones del Abogado General TRSTENJAK en el asunto Coditel, op. cit.: “En el apartado 61 queda claro que esta afirmación no se refiere a todas las Comunidades Autónomas..., sino a las que son accionistas de TRAGSA” (nota el pie 57). Asimismo en su apartado 72 entiende que el Tribunal consideró cumplido el primer criterio Teckal “no sólo en cuanto al Estado español, sino también y expresamente en cuanto a las Comunidades Autónomas con participación en el capital social”. El análisis que efectúa el Abogado General del primer requisito del Test Teckal es que la sentencia TRAGSA supone que el tamaño de la participación de una corporación pública en una sociedad formada por diversas corporaciones públicas no puede utilizarse para cuantificar la facultad de control. Una participación reducida “no se opone a que pueda hablarse de una realización cuasi-interna de terceros...” (apartado 71).

analiza el segundo requisito Teckal, a nuestro modo de ver, de forma incoherente con lo expresado en sus fundamentos anteriores.

En efecto, la sentencia en el apartado 62 a 64 indica: “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”

Aquí la sentencia se olvida de lo que acaba de decir en cuanto a los requisitos del control. Si quiere ser coherente con sus propios argumentos, para juzgar el requisito de la realización de la parte esencial de la actividad con el ente o entes que controlan a la entidad sólo debería considerar el volumen de actividad con el Estado y con las Comunidades Autónomas que tienen una acción en su capital (la propia sentencia comienza su razonamiento haciendo referencia al segundo requisito como referido a la “actividad con el ente o entes públicos a los que pertenece”). Esto supondría llegar a una conclusión contraria a la alcanzada, ya que la proporción de trabajos realizada para las Comunidades Autónomas que no tenían acción evidenciaría que no se cumpliría el segundo requisito Teckal, teniendo en cuenta que la proporción necesaria de actividad con los entes que controlan al medio propio la viene a fijar la propia sentencia en un 90%, de forma coherente con la jurisprudencia que exige que el resto de la actividad sea meramente marginal.

Finalmente, el apartado 66 de la sentencia, en relación con tercera pregunta del Tribunal Supremo, expresa que “habida cuenta de la respuesta dada a la segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, no procede responder a la tercera cuestión”.

Recordemos que la tercera cuestión del Tribunal Supremo planteaba si podía considerarse a TRAGSA como un medio propio instrumental y servicio técnico de la administración española, como se había declarado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2003, teniendo en cuen-

ta el resto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de contratación pública, y considerando que la Administración encarga a TRAGSA un alto número de obras que quedan detraídas del régimen de libre competencia, y que esta circunstancia pudiera suponer una distorsión significativa del mercado relevante.

De lo expresado por la sentencia se concluye que si se cumplen los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia *in house* y estamos, por tanto, ante la actuación de un auténtico medio propio, el Tribunal de Justicia considera que su actuación no afecta a la competencia

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia declara:

“Las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a TRAGSA, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por dichas 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”.

IX. LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA. LA IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Uno de los aspectos más destacables de la sentencia es que, pese a inadmitir la primera cuestión planteada del Tribunal Supremo, implícitamente la resuelve, pues del análisis efectuado del régimen de las directivas y de la excepción *in house*, se deduce que para el Tribunal de Justicia, si se cumple la doctrina Teckal, no hay posible violación del artículo 86.1 del Tratado CE⁸⁶.

⁸⁶ Sin que la sentencia se plantee la necesidad de añadir las precisiones garantistas del Abogado General acerca de la separación de forma transparente, organizativa y contable, de las actividades que el medio propio realiza para otros entes públicos y particulares de las que efectúa como medio propio de los entes públicos competentes, de la relación de los encargos con las

Sin embargo, la sentencia comentada presenta una gran ambivalencia. Por un lado, reafirma el test Teckal (a nuestro modo de ver, es lo más positivo de la sentencia), consagrándolo incluso en su declaración final, pero por otro, deja irresueltas cuestiones fundamentales planteadas por el Abogado General y concluye que el régimen jurídico de TRAGSA respeta las directivas, en una aplicación sorprendente del test indicado, que poco tiene que ver con los elementos del caso que detalladamente pone el Abogado General a disposición del Tribunal. La sentencia conjuga la abstracción propia de las sentencias que resuelven las cuestiones prejudiciales con una aplicación de sus declaraciones al caso, en los apartados 62 a 64, que no se corresponde con los elementos del caso y con las previas declaraciones del Tribunal.

En efecto, como vimos, la sentencia no aclara cuál es el estándar utilizado para aplicar el primer requisito Teckal, pareciendo que lo cifra en un estatuto legal como medio propio unido a una participación en el capital y conjuga ello con una consideración del segundo requisito ajena a ese estándar.

El Tribunal no ha querido aprovechar la oportunidad que le brindaba el análisis del Abogado General para entrar en cuestiones claves de las relaciones de los poderes adjudicadores con sus medios propios, como el concepto de control análogo y su aplicación a las entidades instrumentales dependientes de varias autoridades.

En definitiva, si bien la propia sentencia recuerda la función del Tribunal de Justicia de proporcionar al órgano jurisdiccional nacional los elementos necesarios para ayudarle a resolver el fondo del litigio, nos tememos que esa función no se cumple en este caso.

La perplejidad ante la situación planteada aumenta si consideramos que la sentencia, pese a terminar declarando que las directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a TRAGSA, a la vez y paradójicamente, contiene en su interior el razonamiento que puede arrastrar la caída del sistema TRAGSA.

En efecto, si se concluye que para que una Comunidad Autónoma pueda efectuar encargos a la sociedad estatal TRAGSA, debe tener participación en su capital, es forzoso llegar a la conclusión, en una consideración de los hechos del caso, de que el sistema estaba viciado en origen por incumplir los criterios Teckal. TRAGSA no sólo viene realizando una parte relevante de sus actividades para antes que no la controlan, sino que además ello determina el incumplimiento del segundo requisito Teckal en los encargos efec-

responsabilidades públicas de las administraciones y la inclusión de estos encargos dentro de las tareas estatutarias y legales de la persona jurídica de que se trate.

tuados por el Estado y las Comunidades Autónomas con participación en el capital⁸⁷.

Entonces, todo se vendría abajo, pues la denuncia de 1996 de ASE-MFO⁸⁸, después de este largo periplo, al final tendría razón: TRAGSA efectúa un elevado número de obras por encargo directo de la Administración vulnerando los principios de contratación y libre competencia impidiendo que otras empresas puedan realizar las obras que se encargan a la empresa, dado que se la viene considerando indebidamente como un servicio técnico de la Administración. En definitiva, un estatuto legal habría producido una indebida reserva del mercado a favor de TRAGSA a través de la concesión de derechos especiales o exclusivos en forma contraria al Tratado y directivas de contratos.

Al final, el examen de si TRAGSA cumple los criterios Teckal incumbía al Tribunal Supremo, como recordaban el Abogado General y el Tribunal de Justicia, que debía analizar el contexto legal y fáctico en el que TRAGSA opera. De acuerdo con la naturaleza de las cuestiones prejudiciales, se recogen en la sentencia continuas referencias a que le incumbe verificar y comprobar al órgano jurisdiccional remitente los elementos de hecho a tener en cuenta, incluyendo el análisis de si la sociedad pública goza de libertad en cuanto a los encargos y tarifas, la comprobación de la pertenencia del capital social y la de la realización de lo esencial de su actividad con los entes territoriales y organismos públicos que la controlan.

De ahí quizás también el contenido de la declaración final de la sentencia, dotado de gran generalidad, pues se limita a repetir los dos requisitos generales para la admisión de los encargos *in house providing*.

En efecto, la función del Tribunal de Justicia en las cuestiones prejudiciales no se extiende ni a la interpretación de la legislación nacional ni a su aplicación a los hechos del caso planteado en los órganos jurisdiccionales nacionales. Es el Tribunal Supremo el que debía resolver el caso, aplicando el derecho comunitario en los términos establecidos en la sentencia prejudicial.

En definitiva, era fundamental la interpretación y examen de los requisitos que debía hacer la sentencia del Tribunal Supremo, a la vista de los elementos interpretativos que le intenta proporcionar la sentencia del Tribunal de Justicia, para resolver la cuestión de carácter general de si en el sistema TRAGSA se cumplen los dos requisitos de la doctrina *in house*.

⁸⁷ Podemos preguntarnos entonces, incluso, si ha el Estado “ganado” o “perdido” el pleito, dentro de lo impropio que resulta esta forma de expresarse en el contexto de una sentencia que resuelve una cuestión prejudicial.

⁸⁸ Tal y como la recoge el auto del planteamiento del Tribunal Supremo.

En particular, la posición del Tribunal Supremo resultaba particularmente difícil, dado que le incumbía intentar aplicar los elementos interpretativos suministrados por el Tribunal de Justicia, cuando la sentencia dictada, como vimos, adolece de falta de coherencia interna. El Tribunal Supremo (sin perjuicio de que pudiese, si estimaba que la respuesta no era suficientemente clara, volver a plantear la cuestión) tenía que pronunciarse sobre si, como a nuestro juicio parece deducirse del párrafo 61 de la sentencia, es requisito necesario que las Comunidades Autónomas posean una parte del capital social de la sociedad pública para que pueda estimarse cumplido el requisito del control análogo, así como en tal caso pronunciarse sobre si se puede estimar cumplido el segundo requisito cuando la sociedad pública ha venido realizando, entonces, una parte muy relevante de su actividad con entes que no la controlaban.

Posteriormente analizaremos la Sentencia de 30 de enero de 2008 del Tribunal Supremo, destaquemos ahora que el alcance de la sentencia del Tribunal de Justicia trasciende, además, del ámbito del procedimiento principal. No pueden desconocerse los efectos mediatos que producen este tipo de sentencias prejudiciales, tanto para otros eventuales litigios nacionales en que se planteen las mismas cuestiones como para las administraciones públicas, que deberán interpretar el derecho comunitario de conformidad con la doctrina recogida en la sentencia.

En este sentido, es probable que la sentencia desencadene que muchas Comunidades Autónomas que no tienen acción y pretendan continuar realizando encargos adquieran acciones de la sociedad para evitar que se discuta el cumplimiento del primer requisito de la doctrina *in house*.

X. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA: EL RÉGIMEN ESTABLECIDO POR LA LEY DE CONTRATOS DE SECTOR PÚBLICO PARA TRAGSA Y LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS

La sentencia del Tribunal de Justicia provocó que el legislador, pese a estar el caso en ese momento pendiente de resolución por el Tribunal Supremo y distar mucho la cuestión de estar clara desde la perspectiva del derecho comunitario, de una manera como mínimo apresurada, en la nueva Ley de Contratos del Sector Público no sólo insista en la regulación discutida de TRAGSA, sino que le haya dado validez general al modelo, convirtiéndolo en sistema general de relaciones con los entes instrumentales para todas las administraciones, modificando paralelamente, en este sentido, las disposiciones de la Ley de Bases de Régimen Local. En definitiva, ante el cuestio-

namiento del sistema TRAGSA la aproximación del legislador ha sido *more and bigger*.

1. EL RÉGIMEN DE TRAGSA EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TRIGÉSIMA

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece en su Disposición adicional trigésima el “Régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima, (TRAGSA), y de sus filiales”.

En esta disposición se trata ya a TRAGSA expresamente como un grupo de sociedades mercantiles estatales integrado por TRAGSA, y las sociedades cuyo capital sea íntegramente de titularidad de ésta, que tiene por función la prestación de servicios esenciales en materia de desarrollo rural, conservación del medio ambiente, atención a emergencias, y otros ámbitos conexos, con arreglo a lo establecido en esta disposición⁸⁹.

La expansión del modelo es evidente en el número 2 de la disposición: “TRAGSA y sus filiales integradas en el grupo definido en el apartado anterior tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, estando obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que éstos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad⁹⁰ a aquéllos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren⁹¹”.

Debe observarse la enorme expansión del modelo en su aceptación de las llamadas “encomiendas horizontales”: TRAGSA es medio propio no sólo de las administraciones y de los entes públicos sino de todos los poderes adjudicadores dependientes de las administraciones, esto es, de prácticamente todo el sector público del Estado y Comunidades Autónomas (sólo se exceptúan, por tanto, los entes que desarrollan una actividad estrictamente industrial o mercantil).

Se insiste en la ley en que las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no con-

⁸⁹ Cabe destacar la consideración ya expresa de las filiales como prestadoras también de servicios esenciales y la ampliación del objeto del grupo a “otros ámbitos conexos”.

⁹⁰ Prioridad que se supone que TRAGSA decide.

⁹¹ De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y sus filiales podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias.

tractual, articulándose a través de encomiendas de gestión de las previstas en el artículo 24.6 de la ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado. La comunicación efectuada por uno de estos poderes adjudicadores encargando una actuación a alguna de las sociedades del grupo supondrá la orden para iniciarla.

Lo expuesto nos suscita la reflexión de que, si ya debe ser difícil ser siervo del Estado y de las Comunidades Autónomas, ser siervo de quizás centenares de amos parece poco realista o posible, si no es con el riesgo de que la actuación de la sociedad, intentando complacer a tanto mandante, que no tienen por qué estar de acuerdo y pueden tener sus propias interpretaciones contrapuestas sobre la prioridad a dar a sus encargos, se deslice hacia el caos o la impotencia, porque, en efecto, ¿cómo es posible cumplir encargos obligatorios incompatibles o contradictorios o que sobrepasen las capacidades de la sociedad?

La respuesta más realista a la situación, ante la imposibilidad práctica de este teórico ejército de tantos mandos y un soldado es que TRAGSA, paradójicamente, podrá hacer lo que quiera (o lo que le ordene su auténtico dueño, el Estado). TRAGSA será la que ante exigencias contradictorias o que sobrepasen sus capacidades decida sus prioridades y el orden de realización de los encargos. El requisito del “control análogo” se disuelve todavía más en el nuevo régimen legal.

Además de recogerse ya expresamente en la ley que el capital social de TRAGSA será íntegramente de titularidad pública, se mantiene el actual sistema de posible participación de las Comunidades Autónomas en el capital⁹².

De lo expuesto se deduce que sigue sin preocuparse el legislador de establecer un estatuto jurídico que garantice un cierto control real de las Comunidades Autónomas. Se insiste en el modelo de sólo participación accionarial.

En definitiva, el legislador realiza su propia interpretación de la sentencia TRAGSA: no es necesario tener acciones para encargar, basta un estatuto legal que formalmente declare que TRAGSA es medio propio de hasta el último ente público, sociedad o fundación del Estado o de una Comunidad autónoma. La deficiencia de este planteamiento nos parece evidente. Su único aspecto positivo es que reduce al absurdo los argumentos de la sentencia del Tribunal de Justicia y evidencia, por tanto, sus carencias.

⁹² De acuerdo con la ley, éstas podrán participar en el capital social de TRAGSA mediante la adquisición de acciones, cuya enajenación será autorizada por el Ministerio de Economía y Hacienda, a iniciativa de los Ministerios de Agricultura, Pesca y Alimentación y de Medio Ambiente. Las Comunidades Autónomas solo podrán enajenar sus participaciones a favor de la Administración General del Estado o de organismos de derecho público vinculados o dependientes de aquélla. No se alude, sin embargo a la posibilidad de otros poderes adjudicadores de adquirir acciones.

Las funciones de las sociedades del grupo TRAGSA se aluden en el número 4 de la Disposición adicional⁹³, destaquemos que, en línea con la aproximación *more and bigger* a la cuestión, se dispone que prestarán, por encargo de los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales, entre otras muchas, todo tipo de actuaciones para la mejora de los servicios y recursos públicos, la realización de obras y tareas de apoyo técnico de carácter urgente y la realización de tareas o actividades complementarias o accesorias a todas las citadas en la ley. Como se puede observar, las actividades de la empresa abarcan casi cualquier cosa⁹⁴.

En particular “las sociedades del grupo TRAGSA también estarán obligadas a satisfacer las necesidades de los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales en la consecución de sus objetivos de interés

⁹³:

- a) La realización de todo tipo de actuaciones, obras, trabajos y prestación de servicios agrícolas, ganaderos, forestales, de desarrollo rural, de conservación y protección del medio natural y medioambiental, de acuicultura y de pesca, así como los necesarios para el mejor uso y gestión de los recursos naturales, y para la mejora de los servicios y recursos públicos, incluida la ejecución de obras de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español en el medio rural, al amparo de lo establecido en el artículo 68 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.
- b) La actividad agrícola, ganadera, animal, forestal y de acuicultura y la comercialización de sus productos, la administración y la gestión de fincas, montes, centros agrarios, forestales, medioambientales o de conservación de la naturaleza, así como de espacios y de recursos naturales.
- c) La promoción, investigación, desarrollo, innovación, y adaptación de nuevas técnicas, equipos y sistemas de carácter agrario, forestal, medioambiental, de acuicultura y pesca, de protección de la naturaleza y para el uso sostenible de sus recursos.
- d) La fabricación y comercialización de bienes muebles para el cumplimiento de sus funciones.
- e) La prevención y lucha contra las plagas y enfermedades vegetales y animales y contra los incendios forestales, así como la realización de obras y tareas de apoyo técnico de carácter urgente.
- f) La financiación, en los términos que se establezcan reglamentariamente, de la construcción o de la explotación de infraestructuras agrarias, medioambientales y de equipamientos de núcleos rurales, así como la constitución de sociedades y la participación en otras ya constituidas, que tengan fines relacionados con el objeto social de la empresa.
- g) La planificación, organización, investigación, desarrollo, innovación, gestión, administración y supervisión de cualquier tipo de servicios ganaderos, veterinarios, de seguridad y sanidad animal y alimentaria.
- h) La recogida, transporte, almacenamiento, transformación, valorización, gestión y eliminación de productos, subproductos y residuos de origen animal, vegetal y mineral.
- i) La realización de tareas o actividades complementarias o accesorias a las citadas anteriormente.

⁹⁴ Si se nos permite la licencia, entendemos que casi hubiese sido más rápido que la ley dijese lo que TRAGSA no puede hacer.

público mediante la realización, por encargo de los mismos, de la planificación, organización, investigación, desarrollo, innovación, gestión, administración y supervisión de cualquier tipo de asistencias y servicios técnicos en los ámbitos de actuación señalados en el apartado anterior, o mediante la adaptación y aplicación de la experiencia y conocimientos desarrollados en dichos ámbitos a otros sectores de la actividad administrativa”.

Este párrafo cabe ponerlo en conexión con nuestros temores antes expresados de que por esta vía TRAGSA ya no sólo ejecute meros trabajos técnicos materiales sino que al “gestionar” o “administrar” las actividades encomendadas, pase, pura y duramente, a administrar en sustitución de la administración. A las prevenciones efectuadas en su momento nos remitimos.

Por otro lado, de acuerdo con la ley, las sociedades del grupo TRAGSA estarán obligadas a participar y actuar, por encargo de los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales, en tareas de emergencia y protección civil de todo tipo⁹⁵. Asimismo, las sociedades del grupo TRAGSA podrán realizar actuaciones de apoyo y servicio institucional a la cooperación española en el ámbito internacional.

Como ya sabemos, las sociedades del grupo TRAGSA no podrán participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por los poderes adjudicadores de los que sea medio propio. No obstante, cuando no concurra ningún licitador podrá encargarse a estas sociedades la ejecución de la actividad objeto de licitación pública (número 6 de la Disposición adicional).

El modelo legal pone un límite al recurso de TRAGSA a terceros, aclarando legalmente que para aplicarlo debe estarse al importe total del proyecto encomendado. En efecto, “en el supuesto de que la ejecución de obras, la fabricación de bienes muebles o la prestación de servicios por las sociedades del grupo se lleve a cabo con la colaboración de empresarios particulares, el importe de la parte de prestación a cargo de éstos deberá ser inferior al 50 por ciento del importe total del proyecto, suministro o servicio”.

Además de reiterar el régimen de tarifas en términos análogos a lo que ya conocemos⁹⁶, se recoge de forma explícita como novedad que “a los efec-

⁹⁵ En especial, la intervención en catástrofes medioambientales o en crisis o necesidades de carácter agrario, pecuario o ambiental; a desarrollar tareas de prevención de riesgos y emergencias de todo tipo; y a realizar actividades de formación e información pública en supuestos de interés público y, en especial, para la prevención de riesgos, catástrofes o emergencias.

⁹⁶ “7. El importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por medio del grupo TRAGSA se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados. La ela-

tos de la aplicación de la presente Ley, las sociedades integradas en el grupo TRAGSA tendrán la consideración de poderes adjudicadores de los previstos en el artículo 3.3” (número 8 de la Disposición).

Por último, se establece, evidenciando de nuevo, como hemos dicho, el déficit de participación en el modelo de las Comunidades Autónomas que “la competencia para proceder a la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos que celebren TRAGSA y sus filiales, así como para resolver el recurso especial en materia de contratación, corresponderá al Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación”. Lo expuesto posibilita legalmente que el Estado pueda, por ejemplo, en vía de recurso especial, paralizar la ejecución de una infraestructura encomendada a TRAGSA por una Comunidad Autónoma, lo que permite, como dijimos en su momento, dudar de la constitucionalidad del modelo.

2. LA EXTENSIÓN DEL MODELO TRAGSA AL RÉGIMEN GENERAL ESTABLECIDO POR LA LEY DE CONTRATOS DE SECTOR PÚBLICO PARA LAS ENCOMIENDAS *IN HOUSE PROVIDING*

La Ley de Contratos del Sector Público, dentro de los negocios y contratos excluidos, se refiere a “4.1.n) 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 prestación”.

El precepto al que se remite reitera en primer lugar la doctrina *in house*: “A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública”.

A continuación se añade: “En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retri-

boración y aprobación de las tarifas se realizará por las Administraciones de las que el grupo es medio propio instrumental, con arreglo al procedimiento establecido reglamentariamente.”

bución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan”.

Como se puede observar, el legislador recoge aquí su interpretación del requisito del control análogo después de la sentencia TRAGSA, dándole carta de naturaleza al sistema TRAGSA como modelo general de relaciones con los entes instrumentales. Posibilita, además las “encomiendas horizontales”.

Sin embargo, la declaración carece de lógica y puede ser puesta como ejemplo de razonamiento circular: En el fondo, se dice que si se le pueden hacer encomiendas obligatorias a un ente es que es un medio propio que está obligado a hacerlas. Lo expuesto, además de poner en evidencia de nuevo, por reducción al absurdo, el argumento del Tribunal de Justicia, representa exactamente una inversión de la doctrina *in house*, pues ésta se basa precisamente en que sólo si el ente es un medio propio por aplicación de los requisitos Teckal se le pueden realizar encomiendas obligatorias.

Es también evidente la influencia del modelo TRAGSA en el resto del precepto, pues la ley añade que la condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas⁹⁷.

⁹⁷ La Ley de Contratos del sector público parece inspirada parcialmente en las ideas de Ortiz Vaamonde. ORTIZ VAAMONDE, S., *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la administración entre sí y con terceros*, LA LEY-ACTUALIDAD, 2004, págs 351 y ss. En particular el autor manifiesta su opinión favorable a que la ley pueda considerar medio propio de una administración a una entidad que pertenece a otra. A nuestro modo de ver, este razonamiento no es correcto o completo, dado que el autor parece admitir, en una consideración formal de la cuestión, el mero hecho de que una norma lo prevea, sin exigir que la entidad esté sujeta a un “control análogo”. Así, a juicio de Ortiz debería considerarse organismo de derecho público a la entidad configurada por la normativa aplicable como medio propio del poder adjudicador del que depende y acaso también de otro u otros poderes adjudicadores. En cuanto a las relaciones entre un poder adjudicador y entidades bajo control de otro poder adjudicador distinto, el autor entiende que un poder adjudicador no debe encomendar directamente la gestión de un servicio de su competencia o la realización de un suministro, obra o servicio, a una entidad bajo control de otro u otros poderes adjudicadores distintos, si dicha entidad compite en el mercado, aunque sea una entidad instrumental organismo de derecho público (por ejemplo, porque disfruta de derechos exclusivos otorgados por el poder adjudicador que la controla). Es posible que una entidad esté legalmente configurada como medio propio, dice Ortiz, no sólo del poder adjudicador del que depende

El caso TRAGSA, además, extiende su sombra a la regulación de la gestión de servicios públicos, pues, modificando la anterior redacción del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁹⁸, el artículo 8.2 de la ley indica que las disposiciones de esta ley referidas a este contrato “no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a

sino también de otros; normalmente estos otros tendrán el derecho, no la obligación, de encargarle directamente una actividad. Así sucede, según el autor, con TRAGSA y Correos y Telégrafos. El autor alude a que esta carga puede estar acaso supeditada a la celebración de un convenio o a que el poder adjudicador que reclama los servicios participe en el control de la entidad que los ha de prestar (deducimos que no considera necesario el control). Según el autor, esta carga puede imponerse a la entidad instrumental de una administración territorial en favor de las administraciones incluidas en su ámbito territorial: de esta forma una entidad instrumental de la administración estatal podrá estar configurada como medio propio de cualesquiera administraciones; una entidad instrumental de una Comunidad Autónoma, respecto de entidades locales incluidas en su territorio. El autor entiende que para que aquel poder adjudicador pudiera considerar medio propio a esta entidad a la que no controla, debería estar configurada como tal por las normas aplicables, ley, estatutos o contrato. No siendo así, tal entidad es un tercero con el que no debería contratar sino a través de las normas sobre contratación pública.

El autor entiende que es medio propio la entidad bajo control de un poder adjudicador que tiene como función desarrollar para él cierta actividad o está obligada a efectuar los encargos que directamente le encomiende el poder adjudicador. En ambos casos cabe hablar de entidad en mano pública con derechos exclusivos directamente asignados, persona instrumental de la administración, por tanto. Por otro lado, entiende que la configuración de la entidad como medio propio resultará normalmente de las normas reguladoras de la entidad, por ejemplo los estatutos de la sociedad mercantil, pero puede plasmarse también en un contrato como se infiere de alguna Sentencia del Tribunal de Justicia. Continúa el autor citado indicando que si el poder adjudicador aplica los procedimientos de las directivas, el medio propio no debería estar facultado para optar al contrato. En efecto, o es un tercero capaz de competir con otros para obtener contratos del poder adjudicador, o una entidad instrumental del poder adjudicador a través de la cual éste realiza actividad con sus propios medios.

Ahora bien, el autor también recuerda en su obra que del artículo 86.2 del Tratado CE, como más adelante veremos, se infiere que el otorgamiento de derechos exclusivos no depende de la exclusiva voluntad del estado miembro: Ortiz entiende que los derechos especiales o exclusivos a que alude el artículo 86 del Tratado son excepciones a las normas del tratado, normalmente sobre libre competencia, de que disfruta una determinada empresa por razón del servicio de interés económico general que presta. Entiende que el Tratado sólo parece concebir la derogación de sus normas mediante el otorgamiento de derechos exclusivos cuando se hacen favor de empresas encargadas de gestionar servicios de interés económico general. Nada de esto, que matiza en parte las opiniones del autor, ha sido tenido en cuenta por la Ley de Contratos del Sector Público.

⁹⁸ Ésta establecía que sus disposiciones no eran aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la administración o de un ente público de la misma (154.2).

una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

La intención de esta modificación es la de posibilitar las encomiendas horizontales de gestión de servicios públicos a entes o sociedades de otras administraciones.

Así lo demuestra también la Disposición final primera de la ley, que redacta nuevamente el apartado 2 del artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local para establecer como modalidad de la gestión directa, al lado de la gestión por la propia entidad local, por organismo autónomo local y por entidad pública empresarial local, la gestión por “sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública”, sin exigir que pertenezca, siquiera sea parcialmente, a la propia entidad local que realiza el encargo.

XI. EL CAMBIO DE CRITERIO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN CUANTO A LA APRECIACIÓN DE LA EXISTENCIA O NO DE CONTRATO EN LA SENTENCIA CORREOS Y TELÉGRAFOS DE 18 DE DICIEMBRE DE 2007

En la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2007 (Sala Primera), Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia contra la Administración del Estado (asunto C-220/06), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la Audiencia Nacional, mediante resolución de 15 de marzo de 2006, sobre el régimen de los convenios de prestación de servicios postales con Correos y Telégrafos, se adopta un criterio distinto al mantenido en la sentencia referida a TRAGSA.

Se puede observar la semejanza del supuesto con el caso TRAGSA, ya que el órgano jurisdiccional remitente indicaba que, en virtud del artículo 58 de la Ley 14/2000, la prestación de determinados servicios postales le viene impuesta a Correos con carácter obligatorio, pues, entre sus funciones destaca la asunción obligatoria de los servicios relacionados con su objeto social que puedan encargarse las Administraciones públicas. De este modo, faltaría la voluntad en la contratación para una de las partes.

El Tribunal se plantea la cuestión de determinar si el convenio de colaboración constituye efectivamente un contrato en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50. En efecto, el Gobierno español consideraba que el citado convenio de colaboración no reviste carácter contractual sino

instrumental, dado que Correos no tiene ninguna posibilidad de negarse a celebrar tal convenio, sino que debe aceptarlo obligatoriamente.

El razonamiento del Tribunal es distinto del efectuado en el caso TRAGSA. En primer lugar (apartado 50) recuerda que la definición de un contrato público de servicios es materia del Derecho comunitario, de modo que la calificación del convenio de colaboración en Derecho español no es pertinente para dilucidar si este último está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50⁹⁹.

A continuación vuelve sobre lo indicado en la sentencia TRAGSA, diciendo que “es verdad que, en el apartado 54 de la sentencia de 19 de abril de 2007, ASEMFO (C-295/05), el Tribunal de Justicia declaró que el requisito de aplicabilidad de las Directivas en materia de adjudicación de contratos públicos relativo a la existencia de un contrato no se cumple cuando la sociedad estatal controvertida en el asunto que dio lugar a aquella sentencia no dispone de libertad alguna ni en lo que atañe a la aceptación y ejecución de los encargos de las autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a los servicios que presta, extremo que incumbía verificar al órgano jurisdiccional remitente” (apartado 51).

“52. Tal razonamiento debe entenderse, no obstante, en su contexto específico. En efecto, es el corolario de la constatación según la cual, en virtud de la legislación española, la citada sociedad estatal es un medio propio instrumental y un servicio técnico de la Administración General del Estado y de la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas interesadas, habiendo ya considerado el Tribunal de Justicia, en un contexto que no es el del asunto que dio lugar a la sentencia ASEMFO, antes citada, que la sociedad en cuestión, en cuanto medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración española, está obligada a realizar con carácter exclusivo los trabajos que le encarguen la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas (sentencia ASEMFO, antes citada, apartados 49 y 53)”.

No parece que el Tribunal esté cómodo con lo entonces resuelto, y justifica el criterio distinto que va a adoptar en el “contexto específico” del caso TRAGSA, sin aclarar del todo en que consistía su singularidad respecto al supuesto que resuelve, salvo la indicación del carácter de medio propio instrumental de acuerdo con la legislación española.

El hecho es que el Tribunal se aparta de la línea de razonamiento seguida en el caso TRAGSA, con base en que Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal, tiene un cometido totalmente distinto, que im-

⁹⁹ La Sala cita las sentencias de 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia, C-264/03, apartado 36, y de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, apartado 30).

plica en particular que su clientela está compuesta por cualquier persona interesada en utilizar el servicio postal universal. “El mero hecho de que Correos no disponga de libertad alguna ni en lo que atañe a la aceptación y ejecución de los encargos del Ministerio ni en cuanto a la tarifa aplicable a los servicios que presta no puede tener como consecuencia automática el que no se haya celebrado ningún contrato entre ambas entidades” (apartado 53). “En efecto, tal situación no es necesariamente diferente de la que existe cuando un cliente privado quiere utilizar los servicios de Correos que forman parte del servicio postal universal, puesto que del propio cometido del proveedor de este servicio se desprende que, en tal supuesto, también está obligado a prestar el servicio solicitado, y ello, en su caso, a tarifas fijas o, de todos modos, a tarifas transparentes y no discriminatorias. Pues bien, no cabe duda alguna de que tal relación debe calificarse de contractual. Tan sólo en el supuesto de que el convenio celebrado entre Correos y el Ministerio fuera en realidad un acto administrativo unilateral que impusiera obligaciones exclusivamente a cargo de Correos, acto que se apartaría sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de dicha sociedad —extremo que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente—, podría llegarse a la conclusión de que no existe contrato alguno y de que, por consiguiente, no resulta aplicable la Directiva 92/50” (apartado 54).

El expuesto constituye un razonamiento mucho más preciso que el empleado en la sentencia TRAGSA, con énfasis en los elementos materiales y no formales de la cuestión¹⁰⁰.

Por lo demás, la sentencia desestima los restantes argumentos alegados por el Gobierno español en el sentido de que un convenio de colaboración como el controvertido en el litigio principal no estaría sujeto a las normas aplicables en materia de contratos públicos. En particular la sentencia rechaza que en el convenio concurren los criterios *in house*, reafirmando el test Teckal¹⁰¹.

¹⁰⁰ En este sentido, el apartado 55 expresa: “En el marco de tal verificación, el órgano jurisdiccional remitente habrá de examinar, entre otros extremos, si Correos dispone de la capacidad de negociar con el Ministerio el contenido concreto de los servicios que debe prestar y las tarifas aplicables a tales servicios, así como si dicha sociedad tiene, en lo que atañe a los servicios no reservados, la facultad de liberarse de las obligaciones derivadas del convenio de colaboración, observando el preaviso que dicho convenio establece”.

¹⁰¹ La sentencia declara que en el litigio principal no se cumple el segundo requisito, relativo a la parte esencial de la actividad. “En efecto, consta que Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal en España, no realiza la parte esencial de su actividad con el Ministerio ni con la Administración Pública en general, sino que dicha sociedad presta servicios postales a un número indeterminado de clientes del referido servicio postal”. Por consiguiente, concluye

XII. EN PARTICULAR, LA POSIBLE CONSIDERACIÓN DEL ARTÍCULO 86.2 DEL TRATADO CE COMO ÚLTIMA LÍNEA DE DEFENSA DE TRAGSA

Al no haber penetrado la sentencia TRAGSA la primera línea de blindaje legal del modelo, no se ha pronunciado sobre su argumento último de defensa —mucho más débil— esto es si, no tratándose de un caso de aplicación de la doctrina *in house*, las funciones o servicios “esenciales” que TRAGSA desarrolla según la declaración legal justificarían unos derechos especiales o exclusivos que fuesen excepción a las normas del Tratado sobre competencia y a las directivas, de acuerdo con el artículo 86.2 del Tratado CE.

La intención del legislador estatal es, sin duda, justificar el régimen de TRAGSA, calificando los servicios que presta como “esenciales”. De nuevo parece que nos encontramos ante un ejercicio de formalismo jurídico, dado que la desmesurada extensión de los trabajos que puede prestar la compañía desmiente su pretendida “esencialidad”.

En particular, la cuestión está relacionada con los artículos 86.1 y 2 del Tratado CE. El primero dispone que “los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive”.

El artículo 86 CE, apartado 2, establece que “las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad”. Este precepto, en definitiva, como lo interpretan las conclusiones del Abogado General en el asunto Correos, prevé una excepción a la prohibición de adoptar o de mantener derechos especiales o exclusivos a determinadas empresas en los casos en que la aplicación de las normas del Tratado impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica confiada a la empresa pública encargada de una misión de interés general.

Desde este punto de vista, si TRAGSA se pudiese considerar como prestadora de un “servicio de interés económico general” (TRAGSA desarrolla una actividad económica, dado que a estos efectos se entiende por tal cual-

que un convenio de colaboración como el controvertido en el litigio principal no cumple los requisitos Teckal y no puede, por ello, quedar al margen de la aplicación de la Directiva 92/50.

quier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado), podría defenderse que puede dotársele de derechos especiales o exclusivos que excepcionasen las normas sobre competencia, en lo necesario para el cumplimiento de su misión.

Para la Comisión Europea la expresión de “servicio de interés económico general”¹⁰², utilizada en el artículo 16 y en el apartado 2 del artículo 86 del Tratado, no aparece definida ni en el Tratado ni en el Derecho derivado. Sin embargo, en la práctica comunitaria, se suele designar con este término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general.

¿Puede considerarse que TRAGSA presta un servicio de interés económico general?¹⁰³.

No existe ningún dato que nos permita concluir que el Estado esté intentando prestar a través de TRAGSA un servicio que el mercado no pueda prestar satisfactoriamente. Debemos recordar que es especialmente el hecho de que las fuerzas del mercado no basten por sí solas para prestar los servicios de forma satisfactoria, una de las circunstancias que puede determinar que las autoridades públicas encomienden a determinados operadores de servicios unas obligaciones de interés general concediéndoles, en caso necesario, derechos especiales o exclusivos. Los servicios de interés económico general se diferencian de los servicios ordinarios en que los poderes públicos consideran que deben prestarse incluso cuando el mercado puede no tener suficientes incentivos para hacerlo y ello determina que se establezcan, en forma de obligaciones de servicio de inte-

¹⁰² En las consideraciones que siguen nos basamos en los criterios que para los servicios de interés económico general se recogen en: la Comunicación de la Comisión “Los servicios de interés general en Europa” (96/C 281/03); la Comunicación de la Comisión “Los servicios de interés general en Europa” (2001/C 17/04); el Informe al Consejo Europeo de Laeken “Los servicios de interés general” (Presentado por la Comisión) de 17 de octubre de 2001 COM(2001) 598 final; el “Libro verde sobre los servicios de interés general” (presentado por la Comisión) de 21 de mayo de 2003 COM(2003) 270 final; y el documento “Servicios de interés económico general y ayudas estatales” de la Dirección General de la Competencia de la Comisión de 12 de noviembre de 2002.

¹⁰³ Las conclusiones del Abogado General en el asunto ASEMFO, advertían que TRAGSA no presta servicios esenciales, en el sentido de reservados al poder público o que implican ejercicio del poder público (apartado 54): “la inmensa mayoría de las operaciones efectivas que TRAGSA ejecuta por encargo de la Administración central española no son actividades relacionadas con el ejercicio del poder público conferido al Estado español. El hecho de que dichas operaciones guarden relación con finalidades de políticas públicas y con responsabilidades públicas no les distingue, en principio, de actuaciones que los particulares llevan a cabo por encargo de la Administración, como la construcción de infraestructuras”.

rés general, varias prestaciones de servicios concretas con objeto de satisfacer estas necesidades. El cumplimiento de estas obligaciones puede implicar, aunque no necesariamente, la concesión de derechos especiales o exclusivos¹⁰⁴.

Sin embargo, el régimen legal de TRAGSA quiere indicar que a la sociedad estatal se le asigna una misión específica de interés público, lo que remite al concepto de servicio de interés económico general, pues el régimen legal incide en que TRAGSA está sujeta a unas obligaciones específicas con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público.

En efecto, el concepto de servicio de interés económico general en el sentido del artículo 86 del Tratado implica, en especial, que el Estado confíe a una empresa una “misión específica”¹⁰⁵.

Se entiende por obligaciones de servicio público, las obligaciones que la empresa no asumiría, o no lo haría en la misma medida ni en las mismas condiciones, si considerara su propio interés comercial. Estas obligaciones pueden interpretarse, a la vez, como la concesión de derechos especiales o exclusivos, pues se permite a TRAGSA operar por vía de encomienda directa¹⁰⁶. La ley interpreta que TRAGSA debe tener esos derechos exclusivos porque es necesario para el cumplimiento de su misión de interés general.

En caso de conflicto el cumplimiento de una misión de servicio público puede efectivamente prevalecer sobre la aplicación de las normas comunitarias, incluidas las normas sobre competencia y mercado interior, en las condiciones previstas en el apartado 2 del artículo 86.

Es importante destacar que tales restricciones de la competencia sólo pueden justificarse en la medida en que son necesarias para la realización de la misión de servicio público. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario pueden infringir las disposiciones del artículo 86¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Todo ello de acuerdo con la Comunicación de la Comisión “Los servicios de interés general en Europa” (2001/C 17/04).

¹⁰⁵ De acuerdo también con la Comunicación citada.

¹⁰⁶ Así, las Conclusiones del Abogado General, (Sr. Yves Bot), en el caso Correos y Telégrafos, presentadas el 20 de septiembre de 2007 (asunto C-220/06), interpretan que la normativa española que permitía hacer a correos el encargo directo de prestar servicios postales más allá de los considerados reservados suponía la concesión de un derecho exclusivo.

¹⁰⁷ ORTIZ VAAMONDE, S., *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la administración entre sí y con terceros*, LA LEY-AC-TUALIDAD, 2004. El autor indica que derecho comunitario no impide la existencia de entidades en mano pública que operan con derechos exclusivos o excepciones a las reglas del tratado y, a la vez, en régimen de plena competencia. Para ello han de estar encargadas de desarrollar un

De acuerdo con la Comisión Europea, la definición de los servicios de interés general y de la forma en que éstos deben prestarse es ante todo responsabilidad de las autoridades públicas al nivel apropiado. La libertad de los Estados miembros significa que los Estados miembros son ante todo responsables para definir lo que consideran servicios de interés económico general, en las áreas que no están cubiertas específicamente por una normativa comunitaria, basándose en la características específicas de las actividades. Esta definición sólo puede estar sujeta al control de los errores manifiestos. El papel de la Comisión es velar por que los medios empleados sean compatibles y coherentes con el Derecho comunitario¹⁰⁸.

En sus decisiones, la Comisión procura seguir la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, impugnando en ocasiones la calificación de servicios como de interés económico general. Estas intervenciones tienen por objeto evitar los abusos. Así sucede en especial cuando la actividad de que se trata no presenta ninguna característica específica respecto a las de otras actividades económicas, o cuando dicha actividad ya la realizan de manera satisfactoria empresas que operan según las reglas del mercado¹⁰⁹.

Pues bien, a nuestro juicio, la Administración del Estado no podría invocar la excepción del artículo 86.2 del Tratado CE en el marco de los trabajos que TRAGSA desarrolla. En primer lugar, la propia extensión de las actividades de TRAGSA pugna con la existencia de un auténtico servicio de interés económico general, pues la Comisión parte de que se debe definir claramente la misión de servicio público encargada¹¹⁰. Aún de considerarse

servicio de interés económico general que no puede llevarse a cabo en condiciones normales de mercado (página 285). En las páginas 294 y 295 desarrolla la idea de que los medios propios de un poder adjudicador están al margen de la libre competencia porque disfrutan de derechos exclusivos. De acuerdo con el autor, un medio propio de un poder adjudicador ésta, al menos en parte, al margen de la libre competencia: disfruta de derechos exclusivos, dado que los demás operadores interesados han de competir entre sí para obtener contratos públicos, no pudiendo recibir encargos directos. La conclusión del autor es que la entidad dependiente de un poder adjudicador configurada como medio propio de éste es, a su vez, poder adjudicador, y debería someter a los procedimientos de la directiva su contratación con terceros. Asimismo afirma que las relaciones entre el poder adjudicador y su medio propio quedan necesariamente al margen de las directivas siempre que el medio propio actúe en calidad de tal. Añade que la contraprestación percibida por un medio propio que compite a la vez en el mercado no debe superar el coste de la actividad que realiza o el alcance de las cargas impuestas: en otro caso, es defendible que existe ayuda de estado.

¹⁰⁸ Seguimos los razonamientos de la Comunicación citada.

¹⁰⁹ Así se deduce del documento de la Dirección General de la Competencia, de 12 de noviembre de 2002, "Servicios de interés económico general y ayudas estatales".

¹¹⁰ Comunicación de la Comisión "Los servicios de interés general en Europa" (2001/C 17/04).

que realmente realiza una misión susceptible de considerarse de interés general, los derechos exclusivos concedidos a TRAGSA son de una gran extensión material, dado el amplio catálogo de actividades en que cabe una encomienda directa a TRAGSA y afectan a contratos tanto de obras como de servicios y suministros. En estas circunstancias es muy difícil entender que se da el requisito de la proporcionalidad.

Por último, si finalmente se considerase que no se trata de un caso de aplicación de la doctrina *in house*, el régimen de TRAGSA parece incompatible con las directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos (hoy, Directiva 2004/18/CE), que parten de la apertura a la competencia de los contratos públicos de obras, servicios y suministros. En efecto, el régimen de TRAGSA supone, en definitiva, que cualquier contrato de obras, servicios o suministros comprendido en las amplísimas funciones atribuidas a TRAGSA que una Comunidad Autónoma pretenda adjudicar podría ser susceptible de ser encomendado directamente a TRAGSA sin necesidad de mayor justificación de por qué no se saca a licitación. Esta situación parece contraria a la finalidad de las directivas¹¹¹.

¹¹¹ En este sentido, en las Conclusiones del Abogado General en el caso Correos y Telégrafos, presentadas el 20 de septiembre de 2007 (asunto C-220/06), recuerdan que en la medida en que el contrato público de servicios postales controvertido puede interesar a las empresas establecidas en otro Estado miembro, su adjudicación directa, sin concurso público, priva a estas últimas de toda posibilidad de licitar. Además, se desalienta a las empresas que ofrecen servicios análogos a los de Correos de venir a establecerse en el Estado miembro de que se trata, puesto que no tendrán la posibilidad de licitar. “El artículo 43 CE, párrafo primero, establece que están prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. En cuanto al artículo 49 CE, párrafo primero, prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación”. “Los artículos 43 CE y 49 CE son una expresión específica del principio de igualdad de trato, que implica el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, enunciado en el artículo 12 CE”. “En su jurisprudencia relativa a los contratos públicos, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad”. “En consecuencia, el Tribunal de Justicia ha estimado que el respeto de los principios de igualdad de trato y de no discriminación implica, en materia de contratos públicos, que la entidad adjudicadora respete el principio de transparencia sometiendo al contrato público a una publicidad adecuada. De este modo, todos los licitadores potenciales podrán tener conocimiento de la existencia de dicho contrato y responder así a la licitación”. “Dicho de otro modo, la discriminación, en materia de contratos públicos, consiste en no someter al contrato a las normas de publicidad y privar de este modo a las empresas establecidas en otro Estado miembro de la posibilidad de licitar”.

XIII. LA DECISIÓN SOBRE EL CASO ASEMFO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ENERO DE 2008

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008 desestima el recurso de casación interpuesto por ASEMFO contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2001. El caso TRAGSA ha sido polémico hasta el final, pues en los antecedentes de hecho de la sentencia figura que la Sala volvió a considerar el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, acordando oír a las partes sobre este extremo, aunque finalmente no estimó necesario plantearla. De acuerdo con los antecedentes de hecho, al no conformarse el Magistrado Ponente con el voto de la mayoría declinó la redacción de la sentencia. La sentencia cuenta con su voto particular y con el otro de los magistrados¹¹².

La sentencia, tras referirse ampliamente al auto del Tribunal en el que plantea la cuestión prejudicial y recoger literalmente buena parte de la sentencia del Tribunal de Justicia, desestima en primer lugar los motivos del recurso fundados en la infracción por inaplicación a TRAGSA de la normativa nacional sobre contratación pública, de las Directivas comunitarias sobre la misma materia y de los artículos 45, 46 y concordantes del Tratado por admitir la inaplicación de los procedimientos de adjudicación en materia de contratación pública.

Los argumentos del Tribunal Supremo parten de que la sentencia impugnada en el recurso de casación estableció que la sociedad TRAGSA se configura como un medio propio de la administración, sin autonomía para rechazar la ejecución de las obras que se le encomiendan o para decidir los precios de las mismas; que su régimen jurídico está determinado por norma con rango de ley y que queda comprendido en el supuesto previsto por el artículo 153 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo); y, en definitiva, que dicho régimen jurídico excluye a TRAGSA del sometimiento a la regulación ordinaria sobre contratación pública establecida por la citada ley¹¹³.

¹¹² Magistrados Espín Templado y Campos Sánchez-Bordona. Ambos votos particulares se basan en que la Sala debía haber planteado una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

¹¹³ En particular, la asociación actora sostenía que la figura de la ejecución de obras y suministros por la administración sólo sería aplicable a sus propios servicios técnicos e industriales, no a TRAGSA y sus filiales que cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propios. En consecuencia, de acuerdo con el recurrente, con la consideración de TRAGSA como medio propio de la administración se quebrantarían los principios de publicidad, igualdad y concurrencia sancionados por la legislación sobre contratación administrativa. Sin embargo, sin mo-

El Tribunal Supremo considera que desde el punto de vista del derecho interno el hecho de que el régimen jurídico de TRAGSA esté configurado por la Ley 66/1997 y “expresamente contemplado por la propia ley de contratos de las administraciones públicas (artículo 153)”, hace que “debamos partir de la conformidad a derecho de la inaplicación a TRAGSA y sus filiales de la regulación ordinaria sobre contratación pública, salvo que entendiésemos que dicho régimen es contrario a la Constitución o al derecho comunitario”.

Por lo que se refiere a la compatibilidad de dicho régimen con el derecho comunitario, de acuerdo con el Tribunal Supremo “queda expresa y claramente establecida por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2007”. Esta compatibilidad admitida por el Tribunal de Justicia, según el Tribunal Supremo, hace que se rechacen “sin necesidad de mayor argumentación”, los motivos relativos a la infracción de las directivas comunitarias y de los preceptos del Tratado¹¹⁴.

Además de llamar la atención que se afirme por el Tribunal Supremo la claridad de la sentencia, dada la gran ambivalencia que presenta, sorprende que no se detenga a examinar si se cumplen realmente en el sistema TRAGSA los requisitos del test Teckal. En particular, la sentencia del Tribunal Supremo opta por no problematizar la cuestión clave de si es necesario que una Comunidad Autónoma tenga participación en el capital de TRAGSA para que pueda efectuarle encargos, cuestión que, como vimos, podía arrastrar la caída de todo el sistema.

La sentencia renuncia a intentar aplicar los elementos interpretativos suministrados por el Tribunal de Justicia y parte de su declaración final, dotada de gran generalidad, sin un examen razonado de sus argumentos y, en particular, sin detenerse a verificar y comprobar los elementos de hecho a tener en cuenta, pese a las enfáticas declaraciones del Abogado General y del propio Tribunal de Justicia de que debía analizar el contexto legal y fáctico en el que TRAGSA opera (incluyendo, como vimos, el análisis de si la sociedad pública goza de libertad en cuanto a los encargos y tarifas, la comprobación de la pertenencia del capital social y la de la realización de lo esencial de su actividad con los entes territoriales y organismos públicos que la controlan).

tivar especialmente la razón, el Tribunal Supremo parte de la base de que el artículo 153 de la Ley de contratos de 1995 comprende los encargos a servicios técnicos personificados.

¹¹⁴ Por lo que se refiere a la infracción de los artículos 45, 46 y concordantes del Tratado, en particular, el Tribunal la rechaza partiendo de la base de que establecida la compatibilidad del régimen jurídico de TRAGSA con el derecho comunitario no serían aplicables las directivas invocadas ni los procedimientos de adjudicación en materia de contratación pública.

Realmente, el Tribunal Supremo deja irresuelto el caso, al no aplicar el derecho comunitario en los términos establecidos en la sentencia prejudicial y no pronunciarse sobre la cuestión de carácter general de si en el sistema TRAGSA se cumplen los requisitos para su utilización como medio propio de las administraciones estatal y autonómica. La sentencia suple lo que debía ser su argumentación con una incorporación literal de la sentencia del Tribunal de Justicia, cuando no es a éste al que le incumbe pronunciarse en un procedimiento promovido en virtud del artículo 234 CE sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho comunitario, ya que la interpretación de estas normas corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales. Es el Tribunal Supremo el que estaba en una posición ineludible frente al caso y el que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Justicia, tenía que comprobar si en el caso se cumplían los dos requisitos exigidos por el test Teckal¹¹⁵.

Por otro lado, el recurrente alegaba que el marco constitucional configurado por los artículos 31, 38, 128 y 103 de la Constitución no permitía la configuración de TRAGSA como medio propio y servicio técnico de la administración pública en un ámbito económico en el que existe un sector privado concurrente y que tampoco podría ampararse dicha configuración en la necesidad de realizar actividades de interés general, pues no puede caracterizarse de dicha forma la realización de todo tipo de obras, servicios y suministros que TRAGSA y sus filiales realizan en el ámbito agrario y forestal.

El Tribunal Supremo descarta la infracción de los preceptos constitucionales alegados “ya que su invocación no pasa de ser una apelación genérica a la falta de justificación de la existencia de una entidad como TRAGSA y de su calificación como medio propio y servicio técnico de la administración para el sector agrícola y forestal”. La sentencia añade que el marco constitucional económico “permite una amplísima posibilidad de intervención del sector público, de tal forma que resulta prácticamente inviable descartar, con esa sola base genérica, una concreta actuación económica de la administración”. El Tribunal Supremo razona que la existencia de TRAGSA y sus filiales no impide la actuación privada en el sector ni puede considerarse manifiestamente arbitraria o carente de justificación, “habida cuenta de la existencia de fincas de titularidad pública y de la concurrencia en el ámbito agrario forestal de circunstancias como la necesidad de actuaciones urgentes o la existencia de obras de escasa o nula rentabilidad económica como para generar la intervención de la iniciativa privada”. Asimismo, de

¹¹⁵ La sentencia del Tribunal de Justicia, en su apartado 64, entiende que en el caso se cumplen los dos requisitos exigidos por el test Teckal “a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente”.

acuerdo con la sentencia, es claro que la actuación económica pública se trata de un ámbito “en el que forzosamente hay que dar un amplio margen de discrecionalidad tanto al gobierno como, en mayor medida todavía, al legislador, que es el directo responsable en este caso de la configuración jurídica de TRAGSA”.

Por lo que se refiere a los motivos del recurso basados en el supuesto falseamiento de la competencia como consecuencia de la posición dominante que se le atribuye, según el recurrente, a TRAGSA¹¹⁶ el Tribunal Supremo acepta las declaraciones de la sentencia de la Audiencia Nacional que rechaza la aplicación al caso del artículo 6.3 de la Ley de Defensa de la Competencia por no estar acreditado que TRAGSA goce de una posición de dominio en un determinado mercado y por no haberse tampoco comprobado ninguna concreta práctica abusiva. El Tribunal Supremo añade además el argumento de que “la virtualidad para el caso de dicho precepto quedaría igualmente excluida desde el momento en que quien actúa es la propia administración por medio de un servicio propio sin margen de actuación autónoma, no una empresa que aunque pudiese tener naturaleza pública, actuase al menos con autonomía funcional”.

El Tribunal Supremo, lo más que llega reconocer es que si bien “resulta evidente que desde la perspectiva del derecho de la competencia no resultaría discutible la intervención de la administración a través de un servicio técnico propio en casos de emergencia o falta de rentabilidad de la actuación”, “sin embargo, sí podría resultar cuestionable tal intervención en el resto de los casos si la misma afecta de manera relevante al mercado afectado”. “Aún sin contar con datos respecto al significado relativo de la actuación de TRAGSA y sus filiales en el conjunto de las obras y actuaciones agrícolas y forestales, todo parece apuntar a que no se trata de una intervención marginal, como lo prueba el hecho, reiteradamente mencionado, de que el Servicio de la Competencia propusiese al Tribunal de Defensa de la Competencia el planteamiento al gobierno de la posibilidad de modificar el marco normativo debido a la perturbación que la actuación de TRAGSA pudiese ocasionar en dicho sector económico”.

El Tribunal Supremo examina esta cuestión junto con las alegaciones del recurrente en relación con la infracción de los artículos 81, 86, 87 y concordantes del Tratado. El recurrente concluye que en TRAGSA no concurren las premisas legales para aplicar la excepción contemplada en el artículo 86.2 del Tratado para el cumplimiento de servicios económicos de interés

¹¹⁶ El recurso alegaba la infracción del artículo 6.3 y concordantes de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio), así como de los artículos 81, 86, 87 y concordantes del Tratado por admitirse prácticas de TRAGSA contrarias a la libre competencia.

general, generándose una situación contraria a las normas comunitarias sobre competencia y que el régimen jurídico de TRAGSA coloca a ésta en una posición privilegiada que vendría a ser abusiva por sí misma. Afirma también el recurrente que no se habría encargado a TRAGSA el cumplimiento de una actividad de interés general y que su actividad tiene una justificación exclusivamente comercial.

Pues bien, el Tribunal Supremo, resolviendo estas cuestiones conjuntamente, entiende que “no cabe desconocer que el Tribunal de Justicia era sabedor de que el régimen jurídico de TRAGSA permite a ésta intervenir de forma relevante — aunque no se hubiese acreditado que ostentará una posición dominante— e incondicionada en el sector económico agrícola y forestal en el que se configura como medio propio de la administración, y que llegó a la conclusión que dicho régimen no planteaba problemas desde la perspectiva de la inaplicación a la misma del régimen comunitario de contratación pública y como consecuencia de ello, el considerar innecesario dar respuesta a la tercera pregunta, como hemos visto en el anterior fundamento de derecho. Esta posición del Tribunal de Justicia hace que debamos ahora desestimar también estos dos motivos, pues sin duda la consecuencia fundamental del régimen jurídico de TRAGSA no es, como parece entender la actora, que el mismo suponga por sí mismo ostentar una posición dominante y abusiva, sino la inaplicación del referido régimen ordinario de contratación pública y, consiguientemente, la afectación que ello supone de la competencia en el sector al dejar fuera del mercado una parte relevante del mismo. De esta manera, si se llega a la conclusión de que el régimen de TRAGSA es conforme con el derecho comunitario, ello supone admitir la falta de trascendencia en el caso concreto de reducir el mercado afectado desde el punto de vista de la competencia, con independencia de la mayor o menor justificación de la intervención pública en dicho sector”.

A nuestro juicio, la sentencia cae en el mismo error que el cometido en su día en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, esto es, dejarse llevar por la declaración formal legal de TRAGSA como medio propio sin plantearse si en el caso de las Comunidades Autónomas lo es materialmente o ello es una mera ficción legal.

En efecto, como analizamos en su momento, en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial partía el Tribunal Supremo de la premisa de la configuración legal de TRAGSA como medio propio de la administración y la duda principal que se le planteaba era si puede la ley permitir la ejecución directa de obras por la administración en el supuesto de tener servicios propios sin ningún tipo de condicionamiento, de tal manera que incluso pueda realizar un número tal de contratos que altere de manera decisiva el mercado en cuestión.

Ni el auto ni la sentencia se centran en la doctrina *in house providing*, pues realmente parten de la base de la declaración legal de TRAGSA como medio propio y no la cuestionan. En ninguna de las dos resoluciones se utilizan los instrumentos de análisis que proporciona el test Teckal, aspecto que si bien puede resultar disculpable en el auto no lo es en la sentencia después de las conclusiones del Abogado General y de la sentencia del Tribunal de Justicia. El Tribunal Supremo no se centra en su sentencia en el punto crítico del modelo TRAGSA, pese a que las consecuencias del modelo configurado parece que le siguen perturbando pues semeja que no le convencen sus propios argumentos justificadores de la existencia de TRAGSA (pues, en verdad, habida cuenta de la amplitud de las actividades que TRAGSA desarrolla, no son nada convincentes los argumentos aludidos en la sentencia, esto es, la existencia de fincas de titularidad pública, la necesidad de actuaciones urgentes o la existencia de obras de escasa o nula rentabilidad) y sigue percibiendo que la intervención incondicionada de la sociedad pública puede afectar de manera relevante al mercado.

El Tribunal Supremo, parece finalmente resolver sus dudas atendiendo al hecho de que el Tribunal de Justicia, pese a ser “sabedor de que el régimen jurídico de TRAGSA permite a ésta intervenir de forma relevante... e incondicionada en el sector económico agrícola y forestal en el que se configura como medio propio de la administración”, llegó a la conclusión de que dicho régimen no planteaba problemas desde la perspectiva de la inaplicación a la misma del régimen comunitario de contratación pública.

En conclusión, en nuestra opinión el Tribunal Supremo acierta al concluir que la actuación de los medios propios no afecta a la competencia, en donde falla su razonamiento es en considerar a TRAGSA como un medio propio del Estado y de las Comunidades Autónomas sin analizar detenidamente la aplicación al caso de la doctrina *in house providing*.

Resulta de interés examinar los dos votos particulares¹¹⁷ pues nos informan también de las razones por las que el Tribunal Supremo formuló la cuestión prejudicial y los riesgos que los Magistrados advierten en la solución ofrecida por el Tribunal de Justicia y en la recepción de su doctrina por la Ley de Contratos del Sector Público.

El voto particular del Magistrado Espín Templado afirma que el fundamento de su discrepancia, “más que a las consideraciones de fondo que se expresan en la sentencia”, se circunscribe a la procedencia de haber dictado sentencia en ese momento en vez de plantear antes una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

¹¹⁷ En ellos, además, cada Magistrado hace suyo el otro voto.

El voto particular no se llega a plantear si TRAGSA cumple o no los requisitos Teckal, pues considera que en la contestación a la segunda pregunta el Tribunal de Justicia “confirmó inequívocamente la posición expresada en su Sentencia de 8 de mayo de 2003 sobre la consideración de TRAGSA como medio propio de la administración española”.

La argumentación del Magistrado, por el contrario, versa sobre la inadmisión de la primera pregunta formulada por el Tribunal Supremo, manifestando que ésta, como ya nos referimos en su momento, no hacía ninguna referencia a la hipotética posición dominante de TRAGSA, sino que se refería a la posibilidad de la configuración legal de TRAGSA como un medio propio con la consecuente “detracción del sistema de contratación pública de la realización de obras públicas”, “sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público y sin límite económico mínimo o máximo”. “Por tanto, la referencia del artículo 86.1 debería haberse extendido más bien al 43 y al 49, relativos a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios”.

De acuerdo con el voto particular, la misma problemática se explicitaba en la tercera pregunta, en que “se demandaba al tribunal una clarificación de su pronunciamiento sobre TRAGSA de 8 de mayo de 2003”.

En definitiva, el Magistrado considera que el Tribunal de Justicia ratifica la decisión de 2003, por cumplir TRAGSA los requisitos de la sentencia Teckal, pero deja sin responder una cuestión de fondo de relevancia, esto es, “sobre si había alguna limitación a los legisladores nacionales en la configuración de un medio propio”.

El Magistrado destaca que esta problemática “se agudizará previsiblemente en el futuro a la vista de la falta de respuesta comunitaria”, aludiendo a la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Esta ley no solo ratifica el régimen jurídico de TRAGSA sino que, por la amplitud de la disposición adicional, “que va mucho más allá de lo que podría calificarse como servicios esenciales en el sector”, “prácticamente se abre a dicho conglomerado empresarial público todo el mercado de la obra agrícola y forestal, sin condicionamiento en razón de un especial interés público como la ausencia de iniciativa privada por falta de rentabilidad, emergencias, etc”.

“En definitiva, dicha cuestión sigue abierta y, en consecuencia, entiendo que lo procedente hubiera sido plantear una nueva cuestión prejudicial en la que, al margen ya de la cuestión de la configuración general de TRAGSA como servicio técnico de la propia administración, se hubiera inquirido al

Tribunal de Justicia sobre los límites de su actuación como tal medio propio en el sentido ya indicado”¹¹⁸.

El voto particular resulta, por tanto, muy revelador tanto sobre los motivos por los que el Tribunal Supremo formuló la cuestión prejudicial, como del disgusto por entender que no se ha obtenido respuesta, y de quizás la razón por la que no se cuestiona la aplicación a TRAGSA de los requisitos Teckal. En efecto, el Tribunal Supremo no se cuestionaba realmente la consideración de TRAGSA como medio propio de las administraciones estatal y autonómicas pues partía de la declaración legal formal como medio propio sin cuestionar su realidad y de la declaración de la Sentencia de 8 de mayo de 2003. Lo que el Tribunal Supremo realmente se planteaba era si esa declaración legal como medio propio tenía alguna limitación para no afectar al mercado. La visión ya cristalizada de la cuestión le impide, a nuestro juicio, leer en la sentencia del Tribunal de Justicia la respuesta dada a su primera pregunta en el marco de la segunda cuestión planteada y de la tercera. En nuestra opinión, de lo expresado por la sentencia se concluye que si se cumplen los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia *in house* y estamos, por tanto, ante la actuación de un auténtico medio propio, el Tribunal de Justicia considera que su actuación no afecta a la competencia

El Tribunal Supremo intenta descubrir en la sentencia lo que esperaba encontrar en ella por lo que, pese a las pistas dejadas por el Abogado General, no ve el elemento ansiado que supondría encontrar un argumento para librarse de la perturbación que visiblemente le ocasiona la extensión de la actuación de TRAGSA: el cuestionamiento del sistema por el hecho del no cumplimiento de los requisitos Teckal, arrastrado por la no pertenencia de todas las comunidades autónomas al capital social de la empresa, elemento, es verdad, escondido por el Tribunal de Justicia en su sentencia.

Las mismas consideraciones pueden hacerse del Voto particular del Magistrado Campos Sánchez-Bordona, que, sin embargo va más allá en el

¹¹⁸ Los términos en que el Magistrado entiende que se debía haber planteado la nueva pregunta son los siguientes: “¿Es compatible con el artículo 86 del Tratado CE, en relación con el 12, el 43 y el 49 del mismo texto legal, una regulación nacional que configura un medio propio de la administración con competencias para intervenir en un sector del mercado sin limitación de ningún género — como la necesaria presencia de un interés público relevante, razones de necesidad o urgencia o ausencia de iniciativa privada—, de tal forma que dicho sector económico o un porcentaje significativo del mismo queda fuera de la posibilidad de que las empresas comunitarias accedan al mismo mediante los sistemas de contratación administrativa, cuando dicho mercado está abierto a la concurrencia comunitaria en otros países de la Unión? ¿Admiten las directivas comunitarias sobre contratación pública su inaplicación mediante la creación libre y discrecional de cualquier medio propio, aunque no medie un interés público relevante que requiera la intervención directa de la administración, razones de necesidad o urgencia, ausencia de iniciativa privada u otro fundamento o análogo?”.

examen y crítica del estándar establecido en la sentencia del Tribunal de Justicia.

Este voto particular, del que se deduce también el malestar por el interpretado rechazo del Tribunal de Justicia de dar respuesta a la primera cuestión planteada, se basa también en que la Sala debería haber formulado de nuevo la cuestión prejudicial una vez ampliada, “ante la persistencia de las dudas sobre la compatibilidad con el derecho comunitario del régimen jurídico de la empresa pública TRAGSA, dudas que no ha resuelto en su integridad la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2007”.

El Magistrado manifiesta que su discrepancia con la tesis mayoritaria de la Sala no se refiere a la parte de la sentencia relativa a la aplicación de las normas comunitarias en materia de contratación pública, pues como afirmaba la Sala en la Providencia de 9 de octubre de 2007 (en que se sometía de nuevo a las partes del proceso, para que alegarán al respecto, la oportunidad o conveniencia de que la Sala se dirigiera de nuevo al Tribunal de Justicia suscitando la cuestión inadmitida) “de la respuesta dada por el Tribunal de Justicia a la segunda pregunta hemos de concluir que un régimen jurídico como el de TRAGSA resulta compatible con la legislación comunitaria sobre contratación pública, en la medida en que cumple con los requisitos necesarios para ser considerada como un medio instrumental y servicio técnico propio de la administración pública (control sobre la empresa por parte del poder público y realización de lo esencial del trabajo empresarial con esa misma autoridad pública)”.

El Magistrado considera que si, pese a las serias objeciones que ante el Tribunal expuso el Abogado General que llegaba hablar en sus conclusiones del grave riesgo de vaciamiento del efecto útil de las directivas comunitarias en materia de contratación pública, el Tribunal de Justicia “ha optado por interpretar ésta según determinado sentido y extender los criterios de su jurisprudencia precedente (“criterios Teckal”) a supuestos como el de autos, por nuestra parte no podemos sino aceptarlo”.

“El debido acatamiento a la interpretación de las normas comunitarias sobre contratación pública que hace la Sentencia de 19 de abril de 2007 no impide, sin embargo, expresar las inquietudes que suscita. Pues sí cualquier empresa pública (y ahora también sus filiales) puede ser considerada como un medio instrumental y servicio técnico propio de cualesquiera de las administraciones públicas que poseen en ella una participación ínfima y meramente simbólica, el requisito del “control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios” (primer “criterio Teckal”) queda indudablemente devaluado”.

“Las administraciones estatales, autonómicas y municipales pueden sentirse, con este precedente, invitadas o bien a crear o bien a participar (en este

último caso sin coste alguno, sólo con su presencia simbólica) en sociedades mercantiles públicas, propias o ajenas, que sean calificadas de medios instrumentales propios, encomendándoles por la vía del encargo directo lo que, de otro modo, serían contratos públicos sujetos al régimen de adjudicación comunitario”. “Los riesgos que esta “apertura” interpretativa comporta para la efectividad del sistema comunitario de contratación pública, incluye los principios de publicidad, transparencia y no discriminación, son evidentes”.

Compartimos plenamente la crítica del Magistrado Campos Sánchez-Bordona a la devaluación del requisito del control análogo que efectúa la sentencia del Tribunal de Justicia y la prevención que el Magistrado realiza de sus posibles consecuencias negativas¹¹⁹.

Ahora bien, de lo que el Magistrado expone se deduce que el voto particular interpreta la sentencia TRAGSA precisamente en el sentido en el que nosotros lo hacemos, esto es, que el estándar establecido por la sentencia exige, además de una calificación como medio propio, que las administraciones públicas posean en la sociedad una participación, aunque pueda ser “ínfima y meramente simbólica”. Por tanto, en donde falla a nuestro juicio el razonamiento del voto particular es en no detectar que en el caso sometido a enjuiciamiento no se cumple el estándar mínimo exigido por el Tribunal de Justicia, pues no todas las comunidades autónomas tienen acción en TRAGSA, lo que provoca el incumplimiento del segundo requisito del test Teckal.

En definitiva, la razón de la discrepancia del voto particular con la sentencia mayoritariamente votada se basa en la subsistencia de las dudas que propiciaron el planteamiento de la primera cuestión prejudicial, que convergían en el punto de “si existen límites previos (ex artículo 86 del Tratado) para que las administraciones públicas excluyan o eviten, por la vía de las encomiendas *in house*, el régimen de contratación pública comunitario”. El voto particular entiende que “al responder a la segunda pregunta prejudicial el Tribunal de Justicia viene afirmar, en definitiva, que TRAGSA —en cuanto medio instrumental y servicio técnico propio de la administración pública— es destinataria de unos encargos o encomiendas carentes de naturaleza contractual, razón por la que no le son aplicables las directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (de servicios, suministros y obras)”. Sin embargo “no llega a responder a la pregunta clave que le planteábamos: ¿pueden las administraciones públicas utilizar sin restricciones las

¹¹⁹ En particular, el voto particular detecta adecuadamente que el propio Tribunal de Justicia ha dado, poco después de su sentencia de 19 de abril de 2007 un sesgo en parte diferente en la sentencia de 18 de diciembre de 2007 (Asunto C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia).

encomiendas que cumplan los “criterios Teckal” cuando, con ello, sustraen del mercado una parte significativa de las obras públicas forestales y agrarias?”

El voto particular destaca también que en la Providencia de 9 de octubre de 2007 se afirmaba por la Sala que subsistía la “duda de si el derecho comunitario impone algún tipo de limitación al legislador a la hora de crear y definir un medio propio de la administración en un determinado sector”, y que estas dudas, a su juicio, seguían existiendo en el momento del dictado de la sentencia, por lo que se debería haber vuelto a plantear la primera de las cuestiones prejudiciales, reformulada, al Tribunal de Justicia, dado que sin la respuesta a dicha cuestión no puede resolver la Sala en plenitud de conocimiento el recurso de casación.

XIV. EPÍLOGO

La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido que una autoridad pública que sea a la vez una entidad adjudicadora tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios.

Entendemos, por tanto, que no afecta a la competencia la actuación de las administraciones o poderes adjudicadores que, en vez de acudir al mercado, encargan sus obras, gestión de servicios públicos, servicios y suministros a entes formalmente distintos por estar dotados de personalidad jurídica, pero dependientes e instrumentales de las indicadas autoridades, siempre que se cumplan los requisitos de la doctrina *in house providing* que hemos expuesto en este trabajo. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, por ser, en el fondo, meras operaciones internas, por lo que no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

Sin embargo, si no se cumplen los requisitos de la doctrina indicada, las encomiendas directas realizadas infringirán los principios derivados de Tratado CE y las directivas de contratación.

El estatuto legal de TRAGSA, tanto en su configuración originaria como, todavía más, en la realizada por la Ley de Contratos del Sector Público, no cumple, a nuestro juicio, los requisitos de la doctrina *in house*, pese a sus determinaciones formales. No estamos en presencia de un auténtico medio propio de las Comunidades Autónomas, pese a declarar la ley expresamente su condición de tal.

El estatuto legal de TRAGSA, incluso, plantea problemas en cuanto al propio fundamento del modelo en el bloque de la constitucionalidad. En efecto, uno de los problemas irresueltos del régimen de TRAGSA es el de la cuestión de si es posible que el Estado la configure como una entidad que presta para las Comunidades Autónomas servicios esenciales en unas determinadas materias, cuando no tiene la titularidad de las competencias de que se trata. Por otro lado, la amplitud con que se configura el sistema legal de encargos a la sociedad plantea el riesgo de interferencias en unas materias, como la agricultura y la ganadería, en que las competencias exclusivas de ejecución son de las Comunidades Autónomas.

En todo caso, debe darse una interpretación al sistema que impida que el Estado pueda utilizar a TRAGSA para atraer para sí o recuperar competencias de ejecución en sectores que han quedado íntegramente descentralizados a favor de las Comunidades Autónomas. En particular, no parece conforme con el orden constitucional de competencias que los recursos contra actuaciones contractuales de la sociedad estatal en la ejecución de trabajos encomendados por las Comunidades Autónomas se resuelvan por órganos estatales, dado que están relacionados con el control y vigilancia concernientes al cumplimiento de los compromisos asumidos por TRAGSA y al cumplimiento de los objetivos de las obras.

El análisis de la materia desde el punto de vista competencial pone en evidencia el déficit real que existe en el sistema TRAGSA de participación y auténtico control de las Comunidades Autónomas y la necesidad de un estatuto jurídico que permita hablar de un control compartido de todas las administraciones sobre la empresa.

La regulación de rango legal de TRAGSA, lejos de pretender la resolución de estos problemas, ha venido condicionada por sus estrechos objetivos de elevar el rango de la regulación existente, para consolidar su posición como medio propio de las Comunidades Autónomas y “defenderla” ante las reclamaciones por infracción de la normativa de defensa de la competencia.

El planteamiento de la cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo, pese a no centrarse en el punto débil del modelo TRAGSA, que es precisamente el formalismo jurídico presente en la declaración como medio propio de las Comunidades Autónomas, ha tenido una importancia extraordinaria, pues ha permitido un pronunciamiento específico del Tribunal de Justicia.

Ha sido mérito del Abogado general el haber explicitado ese punto débil crítico del blindaje legal del modelo TRAGSA. La clave de la doctrina *in house* es que la entidad sea realmente medio propio, no que se declare formalmente por ley. Hay que estar a un concepto material de control análogo. Partiendo de estas premisas el Abogado General, llega a la conclusión de que TRAGSA, operando bajo un estatuto legal como el vigente actualmente, no

puede ser considerada como medio propio de las Comunidades Autónomas porque éstas no pueden controlar las decisiones estratégicas y otras decisiones importantes de esta persona jurídica, por lo que las Comunidades Autónomas, indebidamente, no adjudican los encargos a TRAGSA mediante licitación pública. La brecha abierta en el flanco débil de TRAGSA puede arrastrar la caída de todo el sistema, dado que la desaparición de las Comunidades Autónomas de la ecuación, por la aplicación del requisito de control análogo, determina que el Estado, que cumple el primer requisito del test Teckal, no pase el control del segundo, ya que TRAGSA viene realizando la mayor parte de su actividad con las Comunidades Autónomas.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2007, pese a la inadmisión de la primera cuestión, contesta a lo planteado por el Tribunal Supremo en el marco de la segunda, ya que, del análisis efectuado del régimen de las directivas y de la excepción *in house*, se deduce que para el Tribunal de Justicia, si se cumple la doctrina Teckal, no hay posible violación del artículo 86.1 del Tratado CE, apartado 1.

Sin embargo, la sentencia deja irresueltas cuestiones fundamentales planteadas por el Abogado General y concluye que el régimen jurídico de TRAGSA respeta las directivas, en una aplicación sorprendente del test Teckal que poco tiene que ver con los elementos del caso. No aprovecha la oportunidad que le brindaba el análisis del Abogado General para entrar en cuestiones claves de las relaciones de los poderes adjudicadores con sus medios propios como el concepto de control análogo y su aplicación a las entidades instrumentales dependientes de varias autoridades.

Paradójicamente, sus argumentos, pese a reafirmar explícitamente la doctrina Teckal, hacen una aplicación concreta de sus requisitos irreconocible y poco argumentada, hasta el punto de que pueden incluso suponer su disolución, dado que en el fondo la sentencia acepta que basta con disponer normativamente el carácter de medio propio de un ente y su consecuente obligación de realizar los encargos para que haya que concluir que no hay contrato, y por tanto no son de aplicación las directivas.

A la vez, de su tortuoso apartado 61, quizá la auténtica clave de la sentencia, se deduce que TRAGSA es tercero respecto a las Comunidades Autónomas que no poseen una parte de su capital, por lo que estas últimas no pueden hacerle encargos directamente.

En nuestra interpretación de la sentencia, los elementos expuestos, esto es, estatuto legal como medio propio y participación en el capital, se consideraran por el Tribunal equivalentes al control análogo del test Teckal.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia, analiza el cumplimiento del segundo requisito Teckal, a nuestro modo de ver, de forma incoherente con lo expresado en sus fundamentos anteriores, dado que para juzgar el requisito

de la realización de la parte esencial de la actividad con el ente o entes que controlan a la entidad considera el volumen de actividad con el Estado y con las Comunidades Autónomas, tengan éstas acciones o no en el capital. El razonamiento adecuado sería el de que no se cumple el segundo requisito del test, ya que la proporción de trabajos realizada para las Comunidades Autónomas que no tenían acción no podía configurarse como meramente marginal. Ello arrastraría la caída de todo el sistema.

En efecto, si se concluye que para que una Comunidad Autónoma pueda efectuar encargos a la sociedad estatal TRAGSA, debe tener participación en su capital, es forzoso llegar a la conclusión, en una consideración de los hechos del caso, de que el sistema estaba viciado en origen por incumplir los criterios Teckal. TRAGSA no sólo viene realizando una parte relevante de sus actividades para entes que no la controlan, sino que además ello determina el incumplimiento del segundo requisito Teckal en los encargos efectuados por el Estado y las Comunidades Autónomas con participación en el capital.

En definitiva, era fundamental, la interpretación y examen de los requisitos que tenía que hacer el Tribunal Supremo, a la vista de los elementos interpretativos que le intenta proporcionar la sentencia del Tribunal de Justicia, para resolver la cuestión de carácter general de si en el sistema TRAGSA se cumplen los dos requisitos de la doctrina *in house*. En particular, la posición del Tribunal Supremo resultaba particularmente difícil, dado que le incumbía intentar aplicar los elementos interpretativos suministrados por el Tribunal de Justicia, cuando la sentencia dictada, como vimos, adolece de falta de coherencia interna.

El alcance de la sentencia trasciende, además, del ámbito del procedimiento principal. Las administraciones públicas deberán interpretar el derecho comunitario de conformidad con la doctrina recogida en la sentencia. En este sentido, es probable que la sentencia desencadene que muchas Comunidades Autónomas que no tienen acción y pretendan continuar realizando encargos adquieran acciones de la sociedad para evitar que se discuta el cumplimiento del primer requisito de la doctrina *in house*.

La sentencia del Tribunal de Justicia ha provocado que el legislador, pese a estar el caso en aquel momento pendiente de resolución por el Tribunal Supremo y distar mucho la cuestión de estar clara desde la perspectiva del derecho comunitario, de una manera como mínimo apresurada, en la nueva Ley de Contratos del Sector Público no sólo insiste en la regulación discutida de TRAGSA, sino que le ha dado validez general al modelo, convirtiéndolo en sistema general de relaciones con los entes instrumentales para todas las administraciones.

Por lo que se refiere al *in house* la ley, en una declaración carente de lógica y opuesta al derecho comunitario, indica en su artículo 26 que “En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan”. El precepto representa exactamente una inversión de la doctrina *in house*, pues ésta se basa precisamente en que sólo si el ente es un medio propio por aplicación de los requisitos Teckal se le pueden realizar encomiendas obligatorias.

El régimen de TRAGSA en la Disposición adicional trigésima realiza una enorme expansión del modelo en su aceptación sin correctivos de las llamadas “encomiendas horizontales”: TRAGSA es medio propio no sólo de las administraciones sino de todos los poderes adjudicadores dependientes de las administraciones, esto es, de prácticamente todo el sector público del Estado y Comunidades Autónomas. El requisito del “control análogo” se disuelve completamente en el nuevo régimen legal.

El legislador, sin establecer un estatuto jurídico que garantice un control real de las Comunidades Autónomas, realiza su propia interpretación de la sentencia TRAGSA: no es necesario tener acciones para encargar, basta un estatuto legal que formalmente declare que TRAGSA es medio propio.

La gran ampliación legal de las funciones de TRAGSA incrementa el riesgo de que no se limite a ejecutar meros trabajos técnicos materiales sino que pase, pura y duramente, a administrar en sustitución de la administración.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2007 relativa al caso de Correos y Telégrafos (asunto C-220/06) se adopta un criterio distinto al mantenido en la sentencia referida a TRAGSA, considerando que criterio de esta sentencia debía entenderse “en su contexto específico”. El Tribunal entiende que “el mero hecho de que Correos no disponga de libertad alguna ni en lo que atañe a la aceptación y ejecución de los encargos del Ministerio ni en cuanto a la tarifa aplicable a los servicios que presta no puede tener como consecuencia automática el que no se haya celebrado ningún contrato entre ambas entidades. El razonamiento de esta sentencia vuelve a hacer énfasis en los elementos materiales y no formales de la cuestión.

Por lo demás, al no haber penetrado la sentencia TRAGSA la primera línea de blindaje legal del modelo, no se ha pronunciado sobre su argumento último de defensa —mucho más débil— esto es si, no tratándose de un caso de aplicación de la doctrina *in house*, las funciones o servicios “esenciales” que TRAGSA desarrolla según la declaración legal justificarían unos derechos especiales o exclusivos que fuesen excepción a las normas del Tra-

tado sobre competencia y a las directivas, de acuerdo con el artículo 86.2 del Tratado CE.

A nuestro modo de ver, las normas sobre competencia del tratado y la apertura de la competencia efectuada por las directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (hoy, la Directiva 2004/18/CE) se oponen a una reserva de servicios como la que supone el estatuto legal de TRAGSA, fuera de los supuestos de aplicación de la doctrina *in house*. Abiertos los campos en los que TRAGSA opera a la competencia, el Estado no puede invocar el artículo 86.2 del Tratado CE. En efecto, aún si se pudiese considerar que TRAGSA desarrolla un servicio de interés económico general, lo que es discutible, el régimen legal de TRAGSA configura unos derechos exclusivos que, en los ámbitos en que actúa no parecen necesarios para el cumplimiento de las misiones que desempeña.

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008 desestima el recurso de casación interpuesto por ASEMFO contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2001. El Tribunal Supremo entiende que la compatibilidad de dicho régimen con el derecho comunitario “queda expresa y claramente establecida por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2007”. La sentencia no se detiene a examinar si se cumplen realmente en el sistema TRAGSA los requisitos del test Teckal. En particular, la sentencia del Tribunal Supremo opta por no problematizar la cuestión clave de si es necesario que una Comunidad Autónoma tenga participación en el capital de TRAGSA para que pueda efectuarle encargos, cuestión que, como sabemos, podía arrastrar la caída de todo el sistema.

La sentencia, a nuestro modo de ver, deja irresuelto el caso, al no aplicar el derecho comunitario en los términos establecidos en la sentencia prejudicial y no pronunciarse sobre la cuestión de carácter general de si en el sistema TRAGSA se cumplen los requisitos para su utilización como medio propio de las administraciones estatal y autonómica.

Dictada ya su decisión por el Tribunal Supremo, y apuntalado todavía más, si cabe, con ella el modelo TRAGSA, la importancia de este caso es que los juristas tenemos que construir el entramado de las relaciones de las administraciones públicas con todo su sector público teniendo en cuenta la doctrina emanada del Tribunal de Justicia y de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, que se apresura a recoger los elementos más discutibles de la sentencia del Tribunal de Justicia en una interpretación, además, extensiva. La importancia administrativa, económica y social de la sentencia y sus consecuencias no se han comprendido, en este sentido, todavía.

