

Prestación del servicio universal y doctrina de las prestaciones *in house*

A propósito de la Sentencia *Correos*, de 18 de
diciembre de 2007, del Tribunal de Justicia

Julio V. González García

Profesor Titular de Derecho administrativo.
Universidad Complutense de Madrid.

RESUMEN

Este artículo comenta la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 2007 por la que se responde la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo sobre la compatibilidad del régimen de CORREOS, SA con las Directivas públicas de contratación, teniendo presente que dicha empresa recibe directamente encargos del Estado y las Comunidades Autónomas. La sentencia declara la incompatibilidad del régimen por no prestar la mayor parte de los trabajos para el Estado.

Palabras clave: Contratación administrativa, servicios públicos, técnicas *in-house*.

Keywords: public procurement, public services, in-house techniques

ABSTRACT

This study aims to analyse the recent judgment of the European Court of Justice of 18 December 2007. Spanish law enables CORREOS to perform operations on the direct instructions of the public authorities without being subject to the general rules for the award of public procurement contracts. The judgment declares that the incompatibility with Community Law, because the services were not delivered mainly to the State.

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO
 - II. UN BREVE RECORDATORIO DE LOS ASPECTOS BÁSICOS DE LA RESOLUCIÓN
 - III. ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y ENTIDADES PRIVADAS: ASIMETRÍA REGULADORIO EN SUS RELACIONES CON ENTIDADES INSTRUMENTALES
 - IV. UNA VISIÓN GENERAL, CRÍTICA, DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE SOBRE LAS PRESTACIONES IN HOUSE—IV.1. *Cuestiones generales*—IV.2. *Aspectos básicos de la jurisprudencia sobre las prestaciones in house*—IV.3. *Destinatarios de los trabajos de las entidades instrumentales y prestación del servicio universal. Naturaleza de la relación entre administración matriz y entidad instrumental*
 - IV. CONSIDERACIONES FINALES: LA DOCTRINA DE LAS PRESTACIONES IN HOUSE ENTRE EL FORMALISMO Y LA FALTA DE RAZONABILIDAD
-

I. PLANTEAMIENTO

Uno de las cuestiones que últimamente está apareciendo con más asiduidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratación administrativa es la relativa a las denominadas prestaciones *in house*, esto es, aquellos supuestos en los que una Administración pública encomienda a una entidad dependiente la realización de actividades que, en su caso, podrían ser objeto de contratación fuera del ámbito administrativo.

Realmente, ésta es una cuestión bastante antigua en la práctica administrativa, como es conocido por todos. Cuestión que, incluso, se podría plantear como de *sentido común*, en las palabras de REBOLLO PUIG, el que «la Administración no está obligada a contratar lo que puede hacer por sus propios medios, aunque éstos medios estén personificados»¹. Desde luego, a primera vista, parece poco razonable que haya que abrir un procedimiento competitivo para la prestación de un servicio a la Administración cuando se dispone de medios propios para la ejecución del trabajo, aunque éstos se dediquen a prestar servicios a terceros.

El problema recurrente que está apareciendo en los últimos tiempos con los encargos a entes instrumentales aparece por la perspectiva, distorsionante en ocasiones, del Derecho de la competencia, que está transformando la forma de analizar la cuestión. En efecto, como han señalado SOSA y FUERTES, «ha crecido de forma desmesurada el derecho de la competencia, es decir, el conjunto de reglas que tratan de garantizarla en el mercado libre. Lo que se ha visto con normalidad a lo largo de muchos años, ahora se contempla bajo la lupa de esa nueva rama del ordenamiento. Lupa que es de gran aumento»². Y ciertamente, están apareciendo aspectos muy discutibles cuando se aplican esos principios del Derecho de la competencia sin analizar en su conjunto la totalidad de las situaciones, tal como veremos con posterioridad.

El ordenamiento español ha sido analizado en el último año en dos resoluciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que afectan directamente a este tipo de problemas, aunque planteando aspectos diferentes de las prestaciones *in house*. Por un lado, la problemática de TRAGSA, que planteaba la cuestión de cómo se armoniza el ser «medio propio de un

¹ REBOLLO PUIG, M., «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», en la *Revista de Administración Pública*, núm. 161 (mayo-agosto 2003), pg. 379.

² SOSA WAGNER, F., y FUERTES LÓPEZ, M., «¿Pueden los contratos quedar en casa? (La problemática europea sobre la contratación *in house*)», en el *Diario La Ley*, núm. 6715.

ajeno», esto es, qué ocurre cuando una Administración distinta de la matriz y que sólo es propietaria de un escaso 1% de las acciones encomienda directamente este tipo de encargos³. La segunda es más reciente, siendo la que resuelve la cuestión prejudicial planteada en relación con Correos, S.A. y la validez del Convenio suscrito entre la sociedad y el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, el 6 de junio de 2002, para la prestación de servicios postales y telegráficos⁴. A partir de esta resolución es cómo se va a efectuar el análisis de algunos de los puntos de la jurisprudencia sobre las prestaciones *in house*, en particular aquella que afecta a la exigencia de que la mayor parte de la actividad esté efectuada para terceros ajenos a la Administración matriz, lo que se complica especialmente en el caso de las obligaciones de servicio universal.

II. UN BREVE RECORDATORIO DE LOS ASPECTOS BÁSICOS DE LA RESOLUCIÓN

La STJCE de 18 de diciembre de 2007 parte, como se ha señalado, del análisis de la compatibilidad con el Derecho comunitario de la contratación pública del Convenio que suscribieron el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y la Sociedad Estatal Correos, S.A. el 6 de junio de 2002, para la prestación de servicios postales y telegráficos. Se trataba de un convenio de duración indefinida y con una cuantía superior a los umbrales de las directivas. En virtud de dicho convenio Correos se iba a encargar de la distribución de los siguientes servicios postales y telegráficos: i) Cartas (ordinarias, certificadas y urgentes), urbanas, interurbanas e internacionales, sin limitación de peso o volumen; ii) Paquetes (postal, azul e internacional) sin limitación de peso o volumen; iii) Postal exprés nacional y EMS («Express Mail Service») internacional, sin limitación de peso o volumen y iv) Entrega de libros, correo bibliotecario, revistas y el Boletín Oficial del Ministerio a nivel nacional (urbana e interurbana) e internacional (por vía terrestre y aérea), sin limitación de peso o volumen.

Este convenio fue impugnado ante la Audiencia Nacional por parte de la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia. El órgano jurisdiccional cual planteó, con arreglo al artículo 234

³ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de abril de 2007. Asunto C-295/05. Conclusiones del Abogado General Geelhoed, presentadas el 28 de septiembre de 2006. Un comentario a esta sentencia se puede consultar 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*», en la *Revista de Administración Pública*, núm. 173 (mayo-agosto 2007), pgs. 217 y ss.

⁴ STJCE (Sala Primera) de 18 de diciembre de 2007 (As. C220/06), Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia c. Administración General del Estado.

CE, una cuestión prejudicial, mediante resolución de 15 de marzo de 2006; en donde se enmarca el Convenio dentro del proceso general de liberalización de servicios, concretamente, «sobre la interpretación de los artículos 43 CE y 49 CE, en relación con el artículo 86 CE, en el contexto del proceso de liberalización de los servicios postales y a la luz de las normas comunitarias en materia de contratación pública».

El análisis que efectúa le conduce a que se considere que «la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su versión modificada por la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique i) alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50 y ii) constituyan, con arreglo al artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 2001/78, contratos celebrados por escrito y a título oneroso».

El fallo no puede dejar indiferente, sobre todo, después del planteamiento totalmente permisivo que latía en la sentencia del caso TRAGSA. Pero sobre todo porque plantea problemas de gran importancia sobre las relaciones entre las Administraciones públicas y su Administración instrumental, que en determinadas ocasiones ha sido creada para cubrir servicios a la propia Administración.

Sí conviene resaltar la posición compleja en la que se encontraba el TJCE a la hora de la resolución de este litigio. La sentencia TRAGSA tenía aspectos que, sin duda, resultaban insatisfactorios para el Tribunal, fruto de la ausencia de razonamiento en el elemento central de la resolución, lo que permite dar validez al modelo TRAGSA de «medio propio de un ajeno». En esta ocasión se ha querido proporcionar la solución distinta, teniendo en cuenta que, incluso, la sala que ha resuelto el asunto es otra diferente, y sin los condicionantes externos que se produjeron en el primer caso y que, sin duda, nos han perjudicado en la actualidad. No obstante, cae en el mismo defecto de no justificar adecuadamente las bases por las que modifica aspectos sustanciales de aquella doctrina. Es un defecto casi natural de todo Tribunal no reconocer que esté cambiando de doctrina aunque lo esté haciendo. El problema es que los contornos de la doctrina de las prestaciones *in house* día a día quedan más difuminados en una tensión entre la lógica de la realización de las actividades por un propio y el peso del derecho de la competencia. Los vaivenes del Tribunal no son más que un complemento.

III. ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y ENTIDADES PRIVADAS: ASIMETRÍA REGULATORIO EN SUS RELACIONES CON ENTIDADES INSTRUMENTALES

La situación derivada del fallo de la sentencia relativa a Correos nos plantea un primer interrogante ¿ante una situación similar en el sector privado –incluso en los sectores publicados– la respuesta del Derecho comunitario sería similar? Porque, evidentemente, no parecería demasiado razonable que se colocara las relaciones entre las Administraciones públicas y sus entidades instrumentales en una situación peor, aunque sea sólo por el perjuicio que se está causando a los intereses generales.

Si tomamos la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, observamos que la Directiva no se aplicará en aquellos supuestos en los cuales hay una situación de dominio de una empresa por otra, entendiéndose como tal cuando presenten cuentas anuales consolidadas con las de la entidad adjudicadora o, si se trata de entidades que no están sujetas a dicha Directiva, las empresas sobre las cuales la entidad adjudicadora pueda ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante a efectos de la letra b) del apartado 1 del artículo 2, o que puedan ejercer una influencia dominante sobre la entidad adjudicadora, o que, al igual que la entidad adjudicadora, estén sometidas a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que las rigen. Ello siempre que haya un volumen de negocio del 80%. Como se puede apreciar, existe un determinado margen, amplio, para que se pueda producir una adjudicación directa de contratos en los sectores especiales entre empresas del mismo grupo de sociedades.

Frente a ello, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios parte de una situación distinta. Sólo en el art. 18 se reconoce la posibilidad de que no exista necesidad de recurrir a procedimientos públicos para la adjudicación de encargos de trabajo, ya que su contenido «no se aplicará a los contratos públicos de servicios adjudicados por un poder adjudicador a otro poder adjudicador o a una agrupación de poderes adjudicadores sobre la base de un derecho exclusivo del que gocen éstos en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado».

La situación no es, ciertamente, equivalente en uno y otra circunstancia, lo que no deja de resultar significativo, sobre todo por el perjuicio que con ello se puede causar a los intereses públicos, al condicionar las actividades que puedan realizar los medios propios, que contribuirían, en su caso, a mejorar la competitividad de las empresas por un aumento de los recursos. Como han señalado SOSA y FUERTES, «sorprende este resultado final, de tanta

diferencia de régimen entre dos regulaciones que atienden a materias tan relacionadas y que se tramitaron de manera simultánea. La Directiva de contratación pública no acoge aspectos tan importantes para la adecuada interpretación y aplicación de la misma, y que están regulados en la otra Directiva de sectores económicos, como la definición de empresa pública o una más adecuada atención a los contratos domésticos de las Administraciones y sus organismos y sociedades. La Directiva de contratos sólo admite la excepción cuando afecte a contratos de servicios con derechos exclusivos entre poderes adjudicadores o agrupaciones de éstos (supuesto similar a la empresa conjunta). Quizá se trate de esperar y, así, dentro de diez años, la futura Directiva de contratación aluda sin mayor conflicto a los contratos entre las sociedades pertenecientes al mismo grupo. Aunque no parece que apelar a la paciencia sea una opción razonable»⁵.

IV. UNA VISIÓN GENERAL, CRÍTICA, DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE SOBRE LAS PRESTACIONES *IN HOUSE*

IV.1. Cuestiones generales

Como es conocido, la jurisprudencia sobre las prestaciones *in house* constituye la construcción realizada por el TJCE en una materia en la que el Derecho público de la contratación no ha introducido ninguna especialidad. No hay, como se acaba de apreciar, una ordenación general de las relaciones internas en los casos en los que participan las empresas privadas y se restringen al máximo las relaciones dentro de una Administración pública. El planteamiento parece ser que allá dónde se ha utilizado una entidad instrumental se presume que hay un mercado abierto, mercado en el cual las Administraciones públicas tienen la obligación de abrir sus relaciones jurídicas y económicas. Es, sin duda, una suerte de privatización forzada, teniendo en cuenta además que si el elemento de la personificación jurídica no existiera no se plantearía siquiera la posibilidad de que terceros tuvieran que prestar esos servicios a la Administración.

Hay un factor que, en el contexto actual, agrava especialmente la situación. En multitud de ocasiones, que desde luego no afectan al caso de autos, el recurso a entidades instrumentales deriva de los propios actos comunitarios, básicamente en materia de cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, que, en determinadas ocasiones favorece la realización de actividades fuera del entramado administrativo siempre que esto suponga la asunción de los riesgos para la entidad instrumental, lo cual se está fomentando especialmente en materia de infraestructuras y ciertos servicios públicos⁶. Y esto, que supone en ocasiones un cómputo total del volumen de negocio

⁵ SOSA WAGNER, F., y FUERTES LÓPEZ, M., «¿Pueden los...» *op. cit.*

⁶ Sobre estabilidad presupuestaria y su cómputo en relación con las actividades públicas, véase mi estudio Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria; Tirant lo Blanch, Valencia (2007).

de la empresa para valorar su independencia, requiere actividades para terceros –lo que es uno de los elementos más complejos en el caso de Correos–.

Precisamente por ello, la exposición de los aspectos de la resolución se va a realizar a partir de la exposición de los aspectos básicos de la doctrina de las prestaciones *in house* tal cual han sido configurados, con los vaivenes señalados, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a partir de la sentencia Teckal. Creo que es el medio para que se puedan apreciar todas las consecuencias que tiene la limitación en las relaciones directas entre Administración matriz y entidades instrumentales.

IV.2. Aspectos básicos de la jurisprudencia sobre las prestaciones *in house*

Los requisitos que ha ido configurando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pretenden acotar estos encargos a entidades instrumentales, de tal manera que exijan una situación casi equivalente a la relación orgánica. En efecto, la formulación básica que, como ya he indicado proviene de la sentencia de 18 de noviembre de 1999, que resuelve el caso *Teckal*⁷, configura tres elementos sobre los cuales se monta la doctrina de las prestaciones *in house providing* o, en francés *contrats maison*⁸: no será necesario abrir un procedimiento público de contratación «*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*». Realmente no hay un contrato y por ello se cae fuera del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias, tal y como ha reconocido la propia sentencia Teckal⁹.

De este modo, tal como señaló en otra de las relevantes resoluciones sobre prestaciones *in house*, la Sentencia Stadt Halle¹⁰ y tomando como partida que las Directivas comunitarias se han de aplicar cuando «*una entidad adjudicadora proyecta celebrar con una entidad jurídicamente distinta de ella un contrato a título oneroso, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora*»; se afirmó el siguiente principio sobre el sometimiento a las directivas de los mecanismos de encomienda de actividad a las entidades dependientes de la Administración matriz: «*Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés*

⁷ La base está en la STJCE Teckal, de 18.11.1999, C-107/98. En el mismo sentido, puede verse entre otras SSTJCE de 7 de diciembre de 2000, ARGE Gewässerschutz (C-94/99) y de 8 de mayo de 2003, España c. Comisión (c-349/97).

⁸ Partiendo de la jurisprudencia comunitaria, puede verse DEVOLVÉ, P., «Marchés publics: les critères des “contrats-maison”», en la *Revue du Droit de l'Union Européenne*, núm. 1/2002, pgs. 53 y ss.

⁹ Concretamente, señala que la Directiva ha de ser aplicada cuando «una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso».

¹⁰ STJCE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, As. C-26/03.

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».

Es por tanto una situación especial –y, por ende, a la que se ha de proporcionar una interpretación restrictiva¹¹ en aras de favorecer la máxima aplicación de las directivas– lo que permite eludir la aplicación del régimen de la contratación pública a los encargos entre Administración matriz y entidades instrumentales:

De entrada, como se acaba de indicar, resulta imprescindible que para que una sociedad instrumental tenga encomendado de acuerdo con una norma con rango suficiente la ejecución de la gestión de las actividades.

En segundo lugar, resulta imprescindible que exista equivalencia entre el control que efectúa la Administración matriz de los órganos propios y el que efectúa del funcionamiento de la sociedad, ya que es lo que garantiza la indiferencia desde un punto jurídico entre una y otro procedimiento de realización de obras públicas. En este punto, conviene recordar 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, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios»*¹². Este control similar al que efectúe sobre los órganos propios ha de suponer el que tanto los objetivos estratégicos como las decisiones relevantes son tomadas en la sociedad de acuerdo con la voluntad de la Administración de la que dependen; lo cual afecta, indudablemente, a que la determinación de los trabajos que ha de efectuar y las condiciones en que se ejecutarán dependerán directamente de la Administración matriz.

Hay un matiz importante que merece la pena destacarse, que afecta a cómo se articula este control. No puede ser una relación de jerarquía, ya que no nos encontramos estrictamente ante una relación vertical, sino ante una de naturaleza horizontal. Pero ello no impide una incidencia en la vida de la sociedad, de manera que como ente instrumental que es, actúe para el cumplimiento de las finalidades públicas que tiene el ente matriz. Esto es, aunque no existan los vínculos dependientes de la jerarquía «pero sí de dirección de la gestión de la entidad, la posibilidad de encauzar su planificación, su estrategia empresarial, aprobar sus presupuestos, designar a sus con-

¹¹ La jurisprudencia comunitaria ha señalado sobre la aparición de estos requisitos que «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 ella» Asunto Parking Brixen GMBH, C- 458/03, de 13.10.2005.

¹² STJCE de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, As. 340/04.

sejeros, etc. Estos serán ejemplos significativos para admitir ese *control análogo*¹³.

Precisamente por ello, la situación de dependencia *sólo* ha de ser similar a la jerarquía orgánica, en la medida en que la personificación impide una asimilación absoluta entre la Administración matriz y la sociedad dependiente, aunque aquélla tenga un papel determinante en el funcionamiento de ésta, que impide que los presupuestos para que nos encontremos ante una relación contractual se produzcan. Tal como se afirmó en la sentencia ARGE, la «*capacidad de la colectividad a determinar el funcionamiento del prestatario y la ausencia de autonomía que se produce para este último, niegan toda realidad contractual*». De hecho, sigue afirmando, «*la ausencia de autonomía de una entidad económica en relación con la administración territorial hace imposible o ilusorio la existencia de un contrato entre estas dos personas aunque sean jurídicamente diferentes*». Ni que decir tiene que en este caso, el de Correos, el Tribunal de Justicia se ha olvidado de este principio tan razonable y que afecta a la propia esencia de la relación entre Administración matriz y entidad instrumental. No obstante, con posterioridad volveré sobre ello, ya que me parece un aspecto muy relevante.

Esto se ha de mantener con independencia de que, desde el punto de vista del Derecho comunitario, la entidad controlada sea o no poder adjudicador, ya que lo que se está examinando es la actividad que realiza en cuanto ente instrumental de la Administración. Obviamente, esta exigencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para permitir la adjudicación directa de los trabajos cuestiona que una sociedad que tenga este carácter pueda, paralelamente, lograr la desconsolidación contable de su actividad, ya que la doctrina de Eurostat precisamente exige una libertad de funcionamiento que, aunque limitada, se separa del control que se pretende para lograr el encargo directo de trabajos a la sociedad instrumental.

El problema surge cuando se suscribe un convenio de colaboración como el que dio origen a este litigio. La apariencia de separación hace que se puede plantear como una voluntad separada de la entidad instrumental. Es difícil pensar que las condiciones esenciales de estos convenios de colaboración no son sino procedentes de la administración matriz. Precisamente aquí llega el *distishing* del TJCE en relación con el caso TRAGSA¹⁴, vincu-

¹³ SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., «¿Pueden los contratos...» *op. cit.*

¹⁴ Concretamente, el Tribunal afirma lo siguiente (§ 51 y 52): «Es verdad que, en el apartado 54 de la sentencia de 19 de abril de 2007, Asemfo (C295/05, Rec. pg. I-2999), 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. 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».

lado a la prestación del servicio universal y a la naturaleza de medio propio de la Administración, condición que no tiene Correos, aunque por la propia esencia de una empresa pública se puede entender que hay casi una presunción en este sentido; sobre todo si tenemos en cuenta que el elemento del control, en cuanto a actividades para la administración matriz y condiciones económicas resultan impuestas a la entidad instrumental. Es una constante en todo funcionamiento administrativo.

Este control puede ser realizado por una única Administración pública o, de la misma forma, por una pluralidad de entes públicos constituyendo un mecanismo institucionalizado de colaboración interadministrativa; obviamente siempre que la participación resulte significativa para poder condicionar la vida de la sociedad. En este sentido, lo que no parece asumible es que con un 1% resulte suficiente, a pesar de lo afirmado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el marco de la sentencia TRAGSA. Que me parezca una solución razonable deriva básicamente de la necesidad que hay de coordinar la realización de actividades entre los distintos niveles de la Administración, algo a lo que obliga el propio texto constitucional. Hay proyectos que necesariamente se han de asumir de forma común y este dato de la pluralidad interadministrativa no elimina los demás elementos para la utilización de entidades instrumentales. De hecho, no constituir mecanismos conjuntos podría ser indicativo de ineficacia e ineficiencia en la ejecución de este tipo de proyectos, factores ambos que han de ser ponderados antes de examinar cómo se ejecuta un proyecto público. Eso sí, ha de existir una participación suficiente, en función de los títulos competenciales afectados, tal como ocurre con dos sociedades de obras hidráulicas, Canal de Navarra, SA y Depuradora del Baix Llobregat S.A., en las que las Comunidades autónomas afectadas disponen del 10% y el 15% de su capital social, respectivamente¹⁵.

El tercer requisito es que se trate de una entidad enteramente pública, ya sea dependiente de una única Administración pública o de que sean varias las que consorciadamente concurren conjuntamente a la creación de la entidad por razones de eficacia¹⁶. Que se trate de una sociedad de capital entera-

mas 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)».

¹⁵ De hecho, el propio Abogado General Geelhoed en el asunto TRAGSA, que hizo unas consideraciones que rechazaban el modelo en sus relaciones con las Comunidades Autónomas, admitía esta posibilidad siempre y cuando se configurara la sociedad común de una forma diferente, con participación suficiente de todas las entidades participantes. Concretamente, afirmó que «si este servicio instrumental común se organiza en forma de persona jurídica distinta, las partes interesadas pueden ejercer su influencia determinante sobre las decisiones estratégicas de la persona jurídica en su calidad de accionista y a través de su representación en los órganos de administración de la persona jurídica».

¹⁶ Esta posibilidad, que permite subsanar el problema que se verá con posterioridad de las sociedades instrumentales que tienen la consideración de «medios propios» de

mente público, en la medida es lo único que permite asegurar que el único elemento que caracteriza a la sociedad es la consecución de una finalidad de interés general. Un socio privado indica siempre la consecución de intereses de otra naturaleza, de carácter privado, y, además, «la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora en cuestión excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios»¹⁷, no pudiendo, en consecuencia cumplir los requisitos indicados en el apartado anterior¹⁸. A estas razones que impiden que se considere medio propio se añade un elemento complementario, desde el punto de vista del derecho de la competencia, concretamente el hecho de que si pudiera participar una empresa privada se le colocaría en una posición de ventaja comparativa con respecto a otros operadores.

IV.3. Destinatarios de los trabajos de las entidades instrumentales y prestación del servicio universal. Naturaleza de la relación entre administración matriz y entidad instrumental

El cuarto elemento de la jurisprudencia sobre prestaciones *in house* afecta al destinatario de los trabajos que efectúe. En nuestro caso, cumple un papel esencial, en la medida en que va a ser lo que permite diferenciar al Tribunal con los postulados del caso TRAGSA. En este caso, Correos tiene la obligación de prestar el servicio postal universal, lo que permite al Tribunal afirmar lo siguiente (§ 53 y 54):

Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal, tiene un

otra Administración pública, está admitida expresamente en la STJCE de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei. Aquí lo que se exigirá es que «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 conjunto». STJCE de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, As. 340/04.

¹⁷ Entre otras, véanse las SSTJCE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, As. C-26/03 y la de 10 de noviembre de 2005, Comisión c. Austria, As. C-29/04. Recientemente, la sentencia de 18 de enero de 2007 –As. C-220/05; Aroux c. Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)– se reafirma en el mismo planteamiento, afirmando que «el hecho de que la SEDL sea una sociedad mercantil de capital mixto en la que se da participación privada excluye que pueda considerarse que el municipio de Roanne ejerce sobre ella un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos distintos de los perseguidos por una autoridad pública».

¹⁸ Sí conviene recordar que esta posición no es unánime. Recordemos, en este sentido, que la STC 177/2002 indica que una sociedad con participación privada puede ser totalmente controlada por la Administración matriz. Concretamente señaló que «no se puede compartir que el porcentaje en una empresa sea el criterio decisivo para calificar a una sociedad como privada o pública, como tampoco se puede sostener que un porcentaje minoritario, incluso reducido, puede excluir el control de una empresa por otros cauces».

cometido totalmente distinto, que implica 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.

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.

En esta sentencia lo que está recalcando es el principio de carácter general de que el destinatario de las actividades de la sociedad instrumental ha de ser la Administración de la que depende. O, expuesto con las propias palabras del TJCE, «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», para lo cual deben ser tomadas en consideración «todas las circunstancias del caso, tanto cualitativas como cuantitativas». Concretando algo más las circunstancias cuantitativas, «el volumen de negocios determinante es el que la empresa en cuestión realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el ente territorial que la controla, incluido el realizado con los usuarios en ejecución de tales decisiones». Y, obviamente, no se da la situación en las circunstancias en las que se está prestando el servicio universal, por imponerlo así la Ley¹⁹. Aunque por las razones de obligatoriedad en la prestación del servicio y de las condiciones económicas en las que se ha de prestar a la ciudadanía, la situación desde luego no es la de un operador que opere libremente en el mercado sino que tiene un cierto grado de sujeción en aras de proteger el interés general²⁰. De

¹⁹ Concretamente, se afirma lo siguiente: «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».

²⁰ Aunque sea en relación con las telecomunicaciones y no con el servicio postal, debe consultarse, dado el planteamiento general que contiene, el excelente libro de CARLÓN

hecho, si hay un régimen distinto de aplicación de las reglas de competencia en la vertiente de otorgamiento de subvenciones y ayudas públicas, esto habría de notarse también en otros aspectos, como el que se está analizando en la actualidad.

Pero nótese el contrasentido. El análisis que efectúa el Tribunal deriva no de los elementos de la relación entre Correos y la Administración General del Estado sino por la relación que aquélla tiene con los usuarios del servicio postal. Y la relación no es similar. En el fondo el convenio no es el mecanismo de exteriorización de un mandato. Recordemos que, de acuerdo con lo dispuesto el art. 1709 CC por el mandato «se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra»; que es exactamente lo que ocurre en estas relaciones entre Administración matriz y sociedad instrumental. Una obligación de hacer que en nuestro caso está constituida la prestación el servicio postal para la Administración matriz. Por parte de la sociedad instrumental ha de aceptarse la encomienda del trabajo –como ocurre en toda situación de mandato, tal como lo señala el art. 1710 CC–.

Esto realmente ocurre porque no hay una dualidad de voluntades sino una única, la de la Administración matriz. Como ha señalado Rebollo Puig, «puede y debe hacerse mediante un acto administrativo y, aunque apareciese en forma de convenio, no cambiaría su verdadera naturaleza. De hecho los entes institucionales –puros entes instrumentales de la Administración matriz– deben realizar lo que se les encargue sin que puedan negarse, su voluntad no importa y su consentimiento no es necesario»²¹. Y, en este vínculo, ni quita ni pone nada el hecho de que además, haya de realizar actuaciones para los restantes usuarios del servicio postal, con los cuales, por cierto, las condiciones están sometidos a ciertas condiciones de naturaleza económica.

El elemento determinante en este sentido resulta ser la entidad que efectúa la encomienda de los trabajos, de tal manera que «carece de importancia la cuestión de quién remunera a la mencionada empresa, ya sea el ente territorial que la controla, ya sea una entidad instrumental de esa administración sometida al derecho público, ya fueran los terceros usuarios de los servicios prestados en virtud de concesiones o de otras relaciones jurídicas establecidas por dicho ente territorial. También resulta irrelevante la cuestión de en qué territorio se prestan dichos servicios»²².

En todo caso, la justificación que se proporciona para exigir el cumplimiento de este requisito plantea dudas, lo que afecta a la propia exigencia.

RUIZ, M., Servicio universal de telecomunicaciones, Thompson-Civitas, Madrid (2006), en especial, pgs. 58 y ss.

²¹ REBOLLO PUIG, M., «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», en la *Revista de Administración Pública*, núm. 161 (mayo-agosto 2003), pg. 377.

²² Todos los entrecomillados provienen de la STJCE de 11 de mayo de 2006, Carbotermino y Consorzio Alisei, As. 340/04.

Así, se ha señalado que «es ciertamente coherente si se considera que todo el concepto gira en torno a la falta de autonomía contractual de dicho ente controlado. En efecto, si la exención del ámbito de la contratación pública se basta en que el contrato “in house” no es sino una forma de “autoprovisión” por parte de la entidad adjudicadora, tal exención pierde su sentido si el ente instrumental se dedica a proveer también a otros operadores públicos y privados como cualquier agente del mercado»²³. Ahora bien, creo que la situación de autoprovisión con respecto a una relación concreta no se ve afectada por el hecho de que se presten, paralelamente, servicios para terceros. Téngase en cuenta que lo que parece exigible es que cada prestación concreta se efectúe de forma similar a cómo se produciría si se estuviera gestionando sin recursos a personificaciones aunque sean en mano pública, aspecto este con el que hay que ser absolutamente riguroso para asegurarnos que nos encontramos ante una prestación *in house* y no ante otra cosa, que afecte a los intereses de terceros. Aquí sí hay que exigir que se trata de un mandato, en el que sólo cabe la aceptación por parte de la sociedad instrumental.

De hecho, impidiendo que pudiera prestar servicios para terceros lo que se está haciendo es una restricción no razonable al funcionamiento administrativo, impidiendo que se pudieran obtener recursos para afrontar la realización de otras actividades, insisto, siempre que la adjudicación de los contratos se produzca de acuerdo con el procedimiento que resulte más adecuado teniendo en cuenta quién es el poder adjudicador. Más aún, en los casos de constitución de sociedades instrumentales precisamente lo que se pretende es algo más que la mera desconcentración, la posibilidad de poder realizar actividades para terceros, que complementen los recursos administrativos. Con el planteamiento que late en la sentencia Teckal y que se acepta hubieran sido inviables muchas obras hidráulicas sufragadas con los beneficios generados por las actividades para terceros de las sociedades de obras hidráulicas. Por ello, no me parece razonable el tener que restringir su ámbito de actividad a las prestaciones para la Administración de la que depende; siempre, claro está, que los mecanismos de adjudicación de los contratos resulten adecuados a la naturaleza del poder adjudicador.

Y no creo que el problema, tal como alegó la representación española, fuera que haya un derecho exclusivo o no, derivado de la propia norma en la que se impone que se preste el servicio para las Administraciones públicas. Porque evidentemente, esto conduce necesariamente a la conclusión a la que llega el Tribunal. Y de hecho, la respuesta en este comentario a la sentencia sería otra si la Administración para la que Correos está prestando los servicios no fuera la Administración matriz sino otra Administración pública.

El problema es que el planteamiento de la apertura de los mercados no puede afectar a las relaciones puramente internas, en donde no hay los

²³ GIMENO FELIÚ, J. M^a. 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; Civitas (Madrid) 2006, pg. 144.

elementos básicos de una relación económica sino un mandato de la Administración matriz a la dependiente. Dicho de otro modo, se trata de una situación en las que realmente los presupuestos básicos para que aparezca no están presentes, precisamente porque la situación es similar a si nos encontráramos ante una actuación dentro del mismo ente público. Y piénsese que, además, la justificación para que no se pueda hacer es la creación de una entidad separada, que

Esto es, en mi opinión, una consecuencia de la distorsión que provoca la utilización indiscriminada del Derecho de la competencia.

V. CONSIDERACIONES FINALES: LA DOCTRINA DE LAS PRESTACIONES *IN HOUSE* ENTRE EL FORMALISMO Y LA FALTA DE RAZONABILIDAD

La sentencia por la que se resuelve el caso de CORREOS plantea una cuestión de cierta importancia que afecta a la propia esencia de los denominados «medios propios» de las Administraciones Públicas como medio para la ejecución de actividades para la Administración.

De entrada, plantea un problema de extraordinario formalismo. Lo relevante, de acuerdo con lo señalado por la resolución, es que exista una declaración legal de que una determinada entidad instrumental tiene este carácter peculiar; sin examinar si realmente ejecuta actividades para la Administración matriz. Y ello olvidando que la propia creación de una entidad instrumental lleva ínsito este papel.

No obstante, conviene recordar que, para dar cumplimiento a lo señalado en esta sentencia, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2008 precisamente pretende dar cumplimiento a este requisito, autorizando a la Dirección General del Patrimonio del Estado y a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales a que modifiquen los estatutos de las sociedades dependientes del Estado para que tengan atribuido este carácter específico de medio propio y servicio técnico a la hora de configurar encargos a estas entidades, «que se retribuirán mediante tarifas» y «que llevará aparejada la potestad para el órgano que configure el encargo de dictar las instrucciones necesarias para su ejecución» (Segundo).

Pero este formalismo no deja de plantear un problema añadido, el de las entidades que se pueden considerar «medios propios virtuales», esto es, aquéllas que tienen atribuida esta naturaleza y que sin embargo son gestores de los procesos de ejecución de infraestructuras ya que, careciendo de medios para la ejecución material de las obras, los encomienda a terceros. Esta posibilidad, representada por las sociedades estatales de obras públicas, podría, sin embargo, entrar fácilmente en la calificación.

A este carácter formal hay que añadir una valoración negativa sobre las limitaciones a la actividad administrativa que se desprende de la doctrina de las prestaciones *in house*. Por un lado, resultan contradictorias con la

propia configuración que ha recogido y fomentado la Oficina Estadística de la Unión Europea para la desconsolidación que pretende la realización de actividades para tercero. Un dato que es relevante para que las sociedades europeas dispongan de infraestructuras suficientes para sus necesidades.

Y, por el otro, esta exigencia –que está latente en la resolución– de abrir mercados a la competencia por el mero hecho de disponer de una entidad personificada no parece demasiado razonable: la situación de un Ministerio que utiliza a una empresa privada ajena a la Administración, teniendo una sociedad estatal que se dedica a los servicios postales no resulta lógica y, desde luego, no sería exigible para una empresa privada.