

FORO DE ACTUALIDAD

UNIÓN EUROPEA

SENTENCIA DEL TJCE RESPONDIENDO A LA PETICIÓN DE DECISIÓN PREJUDICIAL EN EL ASUNTO TRAGSA SOBRE CONTRATACIÓN *IN HOUSE*

Antecedentes

EL TJCE, en su sentencia del pasado 19 de abril de 2007, resuelve sobre la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español relativa a la compatibilidad con la normativa comunitaria sobre contratación pública del régimen jurídico de Empresa Pública de Transformación Agraria S.A. («TRAGSA»). TRAGSA es una empresa pública sujeta a Derecho privado que constituye un «medio propio», es decir, un servicio propio instrumental del Estado y de las Comunidades Autónomas, aunque también puede realizar actividades para empresas y organizaciones particulares.

El planteamiento de la cuestión prejudicial se produjo en el marco de un litigio entre la Asociación Nacional de Empresas Forestales («ASEMFO») y la Administración del Estado como consecuencia de la no aplicación a TRAGSA de la normativa comunitaria sobre contratación pública.

En particular, ASEMFO formuló denuncia en febrero de 1996 contra TRAGSA ante el Servicio de Defensa de la Competencia, entendiendo que ésta abusaba de su posición dominante en el mercado español de obras, servicios y proyectos forestales. ASEMFO alegó que las entidades de Derecho público que le encomendaban los encargos no seguían los procedimientos de adjudicación previstos en la

Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

ASEMFO alegó que el régimen jurídico del que disfrutaba TRAGSA le permitía efectuar obras muy diversas por encargo directo tanto de la Administración Central como de las administraciones descentralizadas, sin licitación previa, contradiciendo así los principios de adjudicación de contratos públicos. Como consecuencia, en España se eliminaba el juego de la libre competencia en los mercados de servicios y obras en los ámbitos de la agricultura y de la silvicultura.

Además, ASEMFO entendía que TRAGSA, como empresa pública en el sentido conceptual que ofrece el Derecho comunitario, no podía recibir un trato privilegiado respecto a las normas de adjudicación de contratos públicos bajo el pretexto de que se trata de un servicio técnico de la Administración.

Inicialmente, la denuncia fue sobreesída en octubre de 1997. El Servicio de Defensa de la Competencia entendía que TRAGSA operaba como «medio propio» de la administración pública, es decir, como un servicio propio instrumental de los entes públicos sin disponer de competencias que se pudieran considerar como propias y autónomas para tomar sus propias decisiones, estando, por tanto, obligada a realizar por sí misma los trabajos que se le encomendaban. En consecuencia, el Servicio de Defensa de la Competencia consideró que se trataba de relaciones internas de la propia Administración entre, por una parte, los órganos que formulaban encargos y, por otra, los órganos que realizaban dichos encargos. A la luz de estas afirmaciones, el Servicio de Defensa de la Competencia concluyó que TRAGSA era ajena al mercado y por lo tanto no le era de aplicación el Derecho de la competencia aplicable a las

empresas privadas y públicas que operaban en dicho mercado.

Contra el acuerdo de sobreseimiento por el Servicio de Defensa de la Competencia, ASEMFO interpuso recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia. En marzo de 1988 el Tribunal de Defensa de la Competencia desestimó dicho recurso basándose fundamentalmente en los mismos pronunciamientos esgrimidos por el Servicio de Defensa de la Competencia. En efecto, el Tribunal entendió que las operaciones efectuadas por TRAGSA debían de considerarse como realizadas por la propia Administración Pública. Además, confirmó que sólo podría haber vulneración del Derecho de competencia si TRAGSA actuase de forma autónoma como empresa pública.

ASEMFO interpuso recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia. La Audiencia Nacional confirmó la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en septiembre de 2001.

Finalmente, ASEMFO recurrió en casación ante el Tribunal Supremo contra la sentencia de la Audiencia Nacional. Básicamente, el recurso se fundamentaba en que TRAGSA, por su condición de empresa pública, no puede calificarse de «medio propio», es decir, de «servicio propio instrumental de la Administración», con la consecuencia de quedar exenta de la normativa comunitaria en materia de contratación pública. Además, ASEMFO reafirmó que el régimen jurídico de TRAGSA, regulado en el artículo 88 de la Ley 66/1997 de 30 de septiembre de 1997, resultaba incompatible con el Derecho comunitario.

Actuaciones del Tribunal Supremo

Por su parte, el Tribunal Supremo constató, en primer lugar, que, efectivamente, TRAGSA constituye un medio a disposición de la Administración. Como consecuencia, TRAGSA se limita a ejecutar las actuaciones que le ordenan los poderes públicos, sin que pueda negarse a actuar ni a determinar los precios de su actuación.

A continuación, a la luz de la jurisprudencia del TJCE sobre la aplicabilidad a las empresas públicas de las disposiciones de Derecho comunitario en materia de contratación pública y de libre competencia, el Tribunal Supremo expresó ciertas dudas acerca de la compatibilidad del régimen jurídico de TRAGSA con el Derecho comunitario.

El Tribunal Supremo, se refirió a la sentencia del TJCE de mayo de 2003 en el asunto *España c. Comisión* en la que el TJCE declaró que la actividad desarrollada por la empresa TRAGSA debía ser considerada como una forma de actuación directa de la propia Administración. No obstante, el Tribunal Supremo afirmó que, en el caso presente, concurrían una serie de circunstancias de hecho que no se consideraron en la sentencia del TJCE. En particular, se refirió a la fuerte participación pública en el mercado de obras de naturaleza agrícola, que entraña una importante distorsión del mismo, por mucho que la actuación de la referida sociedad sea formalmente ajena al mercado, en la medida en que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, es la propia Administración la que actúa.

Cuestiones prejudiciales planteadas al TJCE

El Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento y plantear al TJCE las siguientes cuestiones prejudiciales:

(i) Si es admisible de acuerdo con el artículo 86.1 del Tratado CE que un Estado miembro 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 superiores como inferiores al umbral de tipo económico establecido por las Directivas europeas a este respecto.

(ii) Si dicho régimen jurídico sería compatible con las normativa Europea en materia de contratación pública (Directivas 93/36/CEE del Consejo y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, así como las directivas 97/52/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1997, y 2001/78/CE de la Comisión, de modificación de las anteriores (recientemente refundida esta normativa en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004)).

(iii) Si la sentencia del TJCE de 8 de mayo de 2003 *España c. Comisión* era aplicable en todo caso a TRAGSA y sus filiales, teniendo en cuenta el resto de jurisprudencia del TJCE en materia de contratación pública así como un alto número de las obras que la Administración encarga a TRAGSA quedan detraídas del régimen de libre competencia, lo que podría suponer una distorsión significativa de las condiciones competitivas en el mercado relevante.

Admisibilidad de las cuestiones prejudiciales

Antes de entrar en el fondo del asunto, el TJCE se pronuncia sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo. En particular, el TJCE recuerda los principios establecidos en reiterada jurisprudencia sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales y afirma, en primer lugar, que aunque no le corresponde pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de derecho interno con el Derecho comunitario, lo cual entiende es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, el TJCE es competente para proporcionar a dichos órganos los elementos de interpretación del Derecho comunitario que puedan permitirles apreciar la referida compatibilidad.

Aplicando los postulados anteriores al caso de autos, el TJCE establece que, si bien es cierto que no puede pronunciarse sobre la compatibilidad del régimen jurídico de TRAGSA con la normativa comunitaria, nada le impide proporcionar los elementos de interpretación relacionados con este ordenamiento que permitan resolver al propio órgano jurisdiccional remitente (el Tribunal Supremo en el caso de autos) sobre la compatibilidad del régimen jurídico de TRAGSA con el Derecho comunitario.

En segundo lugar, el TJCE se refiere a su obligación de pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales ante él planteadas. A tal fin, afirma que corresponde exclusivamente al juez nacional que conoce del litigio apreciar, a la luz de las particularidades del asunto pendiente ante él, tanto sobre la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como sobre la pertinencia de las cuestiones que plantea al TJCE. Por lo tanto, cuando las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales versan sobre la interpretación de una disposición de Derecho comunitario, en principio el TJCE está obligado a pronunciarse.

En tercer lugar, el TJCE recuerda la reiterada jurisprudencia por la que se establece que una petición presentada por un órgano jurisdiccional nacional sólo puede ser rechazada en tres supuestos: (i) cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal; (ii) cuando el problema sea de naturaleza hipotética; o (iii) cuando el TJCE no disponga de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.

A este fin, el TJCE recuerda la necesidad de que el juez nacional, por una parte, defina el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones que plantea o que, al menos, explique los presupuestos fácticos en los que se basan tales cuestiones y, por otra, que justifique las razones que motivan la elección de las disposiciones comunitarias cuya interpretación solicita y sobre la relación que pretende establecer entre estas disposiciones y la legislación nacional aplicable al litigio.

A continuación, el TJCE examina si dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas, y concluye que, respecto a las cuestiones segunda y tercera, tanto el origen del litigio como las alegaciones de ASEMFO son claras. El TJCE sostiene que, en efecto, la resolución de remisión explica tanto las razones por las que el órgano jurisdiccional remitente solicita la interpretación de las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos como la relación entre la normativa comunitario pertinente y la legislación nacional aplicable en la materia.

Sin embargo, respecto a la primera de las cuestiones, el TJCE sostiene en primer lugar que la disposición pertinente es el artículo 86 del Tratado CE, apartado 1, y que, dado que esta disposición carece de alcance autónomo, debe ser aplicada en relación al artículo 82 del Tratado CE. A este respecto, el TJCE señala que la Resolución de remisión no contiene indicaciones precisas sobre la existencia de una posición dominante, sobre la existencia abusiva de la misma por parte de TRAGSA ni sobre la repercusión de dicha posición dominante en el comercio entre los Estados miembros.

Por todo ello, el TJCE concluye que, contrariamente a lo que ocurre con las cuestiones segunda y tercer, el TJCE no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ofrecer una respuesta útil a la primera cuestión. En consecuencia, declara inadmisibles la primera cuestión y admisibles las cuestiones segunda y tercera (ver *supra*).

Decisión sobre el fondo de las cuestiones segunda y tercera

El TJCE comienza analizando la segunda cuestión estableciendo las características principales de TRAGSA según lo establecido en el artículo 88 de la Ley 66/1997. En particular, el TJCE concluye que TRAGSA es una sociedad estatal en cuyo capital social también pueden participar las Comunidades Autónomas concluyendo que se trata de un medio

propio instrumental y un servicio técnico de la Administración General del Estado y de la de cada Comunidad Autónoma interesada. El TJCE recuerda, en este sentido, que de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 371/1999, TRAGSA está obligada a realizar la actividad encomendada en cuantas materias constituyan su objeto social. La Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ella son sus comitentes, y la referida empresa no dispone de autonomía para fijar libremente la tarifa de sus intervenciones.

Por último, el TJCE también se refiere a las relaciones de TRAGSA con estos entes públicos afirmando que tales relaciones carecen de naturaleza contractual, debiendo considerarse a todos los efectos de carácter interno, dependiente y subordinado, en la medida en que esta sociedad constituye un medio propio instrumental y un servicio técnico de los entes de que depende.

Respecto a la alegación por parte de ASEMFO de que TRAGSA, aunque aparentemente actúa siguiendo las ordenes de las autoridades públicas, en realidad se trata de un contratante de la Administración al que se le debería aplicar la normativa sobre adjudicación de contratos públicos, el TJCE recuerda que TRAGSA 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 sin posibilidad de declinar la aceptación de los mismos.

De aquí, que El TJCE pase a continuación a determinar si, en el desarrollo de su actividad, concurren en TRAGSA los requisitos fijados por la jurisprudencia del TJCE en orden a aceptar el carácter obligatorio de la licitación. Los condicionantes asumidos por la doctrina del TJCE son los dos siguientes: (i) la autoridad pública, que es quien adjudica debe ejercer sobre la empresa un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; y (ii) que dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad para el ente o entes públicos que la controlan.

En cuanto al primero de ellos, el TJCE recuerda 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*» que aquél ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que dispone sobre sus propios servicios. En el caso de autos, el TJCE observa que el 99 % del capital social de TRAGSA pertenece al

Estado español, directamente y a través de una sociedad holding y de un fondo de garantía, y que cuatro Comunidades Autónomas, titulares cada una de una acción, poseen el 1 % de dicho capital.

Con respecto a dicha participación minoritaria de las Comunidades Autónomas, el TJCE parte de dos presupuestos extraídos de la legislación nacional reguladora del régimen jurídico de TRAGSA. Por una parte, la empresa está obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos incluidas las Comunidades Autónomas. Por otra parte, al igual que ocurre en sus relaciones con la Administración Central del Estado, TRAGSA no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones, a más de que sus relaciones con dichas Comunidades no tienen, como se ha advertido en la opinión de la jurisprudencia comunitaria, naturaleza contractual.

Por todo ello, el TJCE concluye que TRAGSA no puede tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que posean una parte de su capital.

En cuanto al segundo requisito, el TJCE concluye que puede considerarse existente si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de los entes públicos para los que desarrolla sus actividades (en el caso de autos Administración General o Comunidades Autónomas) sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto. Finalmente, el TJCE observa que TRAGSA realiza por término medio más del 55 % de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35 % con el Estado, por lo que la mayor parte de su actividad se relaciona con encargos procedentes de los propios entes territoriales y los organismos públicos que la controlan.

Así pues, el TJCE concluye que en el caso de autos se cumplían los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria en la materia, por lo que responde a la segunda de las cuestiones prejudiciales acordando que las Directivas 92/50, 93/36, 93/37 no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a TRAGSA, lo que le permite:

«[...] realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por tales Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios

servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades».

Habida cuenta de la respuesta dada a la segunda cuestión, el TJCE concluye que no procede responder a la tercera cuestión planteada.

Consideraciones finales

La sentencia del TJCE en contestación a las cuestiones prejudiciales planteadas por Tribunal Supremo resulta significativa básicamente por tres razones. En primer lugar, por la contradicción que supone con respecto a las conclusiones del Abogado General Sr. Geelhoed de 28 de septiembre de 2006 en el litigio principal, el cual recomendaba al TJCE decidir sobre las cuestiones planteadas de manera afirmativa, esto es, declarando la aplicabilidad de las Directivas comunitarias sobre contratación pública a TRAGSA. En particular, las razones en las que se basó el Abogado General se referían al no cumplimiento en el caso de autos de (i) el requisito referente a que los entes públicos pudieran ejercer una influencia decisiva y directa sobre el contenido del estatuto legal aplicable a TRAGSA, ni sobre las tarifas que esta puede aplicar por sus actividades; y (ii) que TRAGSA realizara la parte esencial de sus actividades para los entes públicos que la controlan, lo cual no es posible si su estatuto legal no limita el volumen de las demás actividades estableciendo únicamente que éstas han de ser marginales.

En segundo lugar, por cuanto el TJCE refuerza el funcionamiento de este tipo de sociedades mercantiles de capital exclusivamente público que se encuentran en manos de varias administraciones —y que, a su vez, pueden encargar actuaciones a dichas sociedades sin importar el volumen de la participación de cada una de ellas en el capital social— con el único requisito de que la sociedad en cuestión pueda considerarse como «medio propio instrumental». La doctrina asentada sorprende en la medida en que estas sociedades pueden suponer, como ocurría en el caso de autos y como afirmó el propio Tribunal Supremo, una distorsión clara de las condiciones y del nivel de competencia existentes en el mercado en el que actúe la sociedad en cuestión.

Por último, no deja de sorprender el criterio seguido por el TJCE para negar la aplicabilidad de la normativa comunitaria sobre contratación pública a TRAGSA. En efecto, el TJCE sigue un criterio puramente funcional, tomando en consideración esen-

cialmente los objetivos de esta empresa en la medida en que se vinculan exclusivamente a la ejecución de encargos realizados por parte de los entes públicos creadas con esos objetivos y para instrumentarse a través de ella.

El TJCE relega así a un segundo plano el carácter jurídico privado de este tipo de entidades en beneficio de la consideración de sus aspectos estrictamente funcionales vinculados a la actividad que desarrollan.

JAVIER PRADOS MATEOS (*)

A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DEL TEAC DE 28 DE SEPTIEMBRE 2006: EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO Y SU APLICACIÓN POR LOS PODERES PÚBLICOS NACIONALES

Introducción

La resolución del Tribunal Económico Administrativo Central («TEAC», «Tribunal») de 28 de septiembre 2006, recaída en reclamación económica-administrativa núm. 2396/2004, además de confirmar la incompatibilidad con el Derecho comunitario de la norma de subcapitalización española recogida en el artículo 20 de la Ley 43/1995 de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades («Ley 43/1995»), en su versión en vigor a 31 de diciembre de 2000 (en su redacción previa a la modificación introducida por la Ley 62/2003, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, «Ley 62/2003»), debe destacarse por reconocer expresamente la obligación que incumbe a los tribunales económico-administrativos, así como al resto de los poderes públicos, de aplicar la normativa interna a la luz de las disposiciones del Derecho comunitario y, especialmente, de la interpretación que de éstas realiza el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas («TJCE»). A efectos prácticos, los postulados y argumentos desarrollados en la resolución del TEAC recogen el derecho de los contribuyentes a exigir ante la Administración Tributaria y los tribunales económico-administrativos la aplicación directa del Derecho comunitario que, con los criterios sentados por la jurisprudencia del TJCE, pue-

(*) Abogado del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid).