16. Viabilidad de los convenios de colaboración que la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos continua celebrando con las Administraciones Públicas

Consulta sobre la viabilidad de que, tras la promulgación del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, Correos y Telégrafos, S. A. continúe celebrando convenios de colaboración con las Administraciones Públicas para la prestación a las mismas de servicios postales. Confirmación de la conclusión (favorable a la celebración de esos convenios de colaboración) establecida en el anterior informe de este Centro Directivo de 22 de septiembre de 2003, cuyos argumentos no experimentan alteración, al no haber supuesto el Real Decreto Ley 5/2005 de 11 de marzo, modificación normativa respecto de las previsiones del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas relativas a convenios de colaboración. Inaplicación de la figura de la encomienda de gestión *.

ANTECEDENTES

1. El escrito de consulta expone los antecedentes de la cuestión planteada en los términos siguientes:

> «Como consecuencia de la entrada en vigor del RD Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, se ha producido la reforma del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en algunos aspectos importantes como sería, por ejemplo, la regulación de los Convenios de Colaboración.
>
> Como consecuencia de lo anterior se ha dictado la Instrucción 2/2005 de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, en relación con el Régimen jurídico aplicable a los Convenios de Colaboración y a los Acuerdos de Encomienda de Gestión celebrados por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales y restantes entidades públicas y privadas del Sector Público Estatal.

---

* Dictamen de la Abogacía General del Estado de 10 de noviembre de 2005 (ref.: A. G. Entes Públicos 71/05). Ponente: M.ª Jesús Prieto Jiménez.

A la luz de la anterior Instrucción, y en lo que se refiere a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S. A. se han planteado a la Sociedad por parte de algún Departamento Ministerial dudas de si es jurídicamente posible la celebración de Convenios de Colaboración. La cuestión fue informada de forma favorable por esa Abogacía General del Estado en informe de fecha 22 de septiembre de 2003 que esta Sociedad Estatal considera que sigue siendo plenamente aplicable sobre la base de que el art. 3.1.*d)* de la Ley de Contratos se mantiene inalterado lo mismo que el art. 58 Dos de la Ley 58/2000 de Creación de la Sociedad Estatal y el carácter instrumental que Correos y Telégrafos tiene para las Administraciones Públicas.

Sobre la base de todo lo anterior se solicita informe jurídico sobre la viabilidad de que la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S. A. continúe celebrando Convenios de Colaboración con las Administraciones Públicas.»

2. Al referido escrito se adjunta una nota elaborada por la Asesoría Jurídica de la sociedad estatal «Correos y Telégrafos, S. A.» en la que, tras analizar la situación antes y después de la modificación del citado artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) operada por el Real Decreto Ley 5/2005 también citado, se alcanzan las siguientes conclusiones:

«Primera: El Establecimiento de las condiciones de prestación de servicios postales por parte de Correos a las Administraciones Públicas puede continuar articulándose a través de convenio de colaboración, ello en base a lo previsto en el artículo 3.1.*d)* del TRLCAP –cuya redacción original no ha variado– en coordinación con la habilitación legal al respecto de la prestación de los servicios incluidos en el objeto social de Correos que expresamente establece el apartado Dos, punto 1, penúltimo párrafo del artículo 58 de la Ley 14/2000.

Segunda: Abunda en lo anterior el hecho de que al haberse atribuido a Correos la prestación de los servicios que, por mandato legal deben figurar incluidos en su objeto social, denota el carácter instrumental de Correos con respecto a la Administración y a los efectos de la prestación de los servicios postales, por lo que unido a la previsión expresa de instrumentar dichas relaciones en convenios de colaboración conduce a la misma conclusión anterior.»

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Los convenios de colaboración a los que se refiere la consulta que plantea la sociedad estatal «Correos y Telégrafos, S. A.» (en adelante, Correos) son los previstos en el artículo 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, precepto a cuyo amparo se llevó a cabo la constitución por el Consejo de

16 Ministros de la referida sociedad estatal con capital perteneciente íntegramente a la Administración del Estado por expresa disposición del mismo (apartado uno, punto 1) y que, de acuerdo con sus previsiones (apartado dos, punto 1), ha sucedido a la anterior entidad pública empresarial Correos y Telégrafos, asumiendo sus funciones y subrogándose en la condición de operador habilitado para la prestación del servicio postal universal atribuida a la misma por la disposición adicional primera de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales (LSPU-LSP).

El penúltimo inciso del citado apartado dos, punto 1, incluye la habilitación legal a las Administraciones Públicas para la celebración de convenios de colaboración con Correos en los términos siguientes:

> «Las Administraciones públicas podrán celebrar convenios de colaboración a los que se refiere el artículo 3 del Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con la "Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima", para la prestación de las actividades propias de su objeto social [...].»

La remisión legal al artículo 3 del Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) ha de entenderse efectuada a su apartado 1.*d),* al haberse transformado Correos en una sociedad mercantil estatal que es, por su naturaleza, una persona jurídico–privada, precepto que, como subraya la nota de la asesoría jurídica de Correos adjunta a la consulta, no ha sido modificado por el Real Decreto Ley 5/2005, de modo que, como señala la Instrucción 2/2005 de este Centro Directivo (apartado I, punto 2.2, la exclusión de la aplicación del TRLCAP derivada de este apartado sigue afectando únicamente a los convenios de colaboración celebrados entre la Administración General del Estado o sus Organismos y Entidades públicas con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado cuyo objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.

La conclusión consiguiente es, por ello, idéntica a la que podía mantenerse con anterioridad a la reforma, salvo en lo que respecta a la excepción que pudieran representar las encomiendas de gestión a que se refiere la nueva letra *l)* del artículo 3.1, y así lo refleja la citada Instrucción 2/2005 en el mismo punto 2.2, señalando que:

> «En consecuencia, no se podrán celebrar convenios de colaboración entre la Administraciones o entidades públicas, de un lado, y entidades privadas –aunque se trate de sociedades o fundaciones del sector público–, de otro, cuyo objeto sea el propio de un contrato administrativo, sea de los típicos regulados en el TRLCAP, o sea un contrato administrativo especial, quedando estos supuestos sujetos a la aplicación del TRLCAP y debiendo por ello adjudicarse con arreglo a los procedimientos establecidos en el mismo salvo que, a su vez, resulte de aplicación la

exclusión contenida en el nuevo apartado *l)* del propio artículo 3.1 y puedan ser objeto de un acuerdo de encomienda de gestión.» **16**

Los convenios de colaboración que, conforme al artículo 58 de la Ley 14/2000, pueden celebrar las Administraciones Públicas con la sociedad estatal «Correos y Telégrafos, S. A.» para la prestación de las actividades propias de su objeto social no parecen, en principio, amparados por la letra *d)* del artículo 3.1 del TRLCAP, al menos en lo que respecta a la prestación de servicios postales no reservados a la citada entidad en su condición de operador habilitado para la prestación del Servicio Postal Universal (SPU), que fueron los que motivaron la anterior consulta, pues estos servicios postales pueden ser prestados en régimen de competencia por cualquier operador autorizado conforme al artículo 11 de la LSPU-LSP –aunque no en las mismas condiciones que Correos, como se verá– y, al igual que los reservados incluidos en el servicio postal universal, generan al operador que los tiene encomendados la correspondiente contraprestación conforme a lo previsto en el Capítulo IV del Título III de la propia LSPU-LSP (art. 4.1). En estos términos, los servicios postales no reservados parecen, en principio, susceptibles de integrar el objeto propio de un contrato administrativo sometido al TRLCAP y adjudicado con arreglo a los principios de publicidad y concurrencia que rigen la contratación pública.

De este planteamiento partía también el informe de 22 de septiembre de 2003 que, para resolver la cuestión que entonces se planteaba, relativa a la posibilidad de incluir los servicios no reservados en los convenios de colaboración que se celebraran para la prestación de servicios reservados, centraba por ello la cuestión en determinar:

– Si el artículo 58 de la Ley 14/2000 introduce una excepción a la regla general de la letra *d)* del artículo 3 de la LCAP, excluyendo la aplicación de este texto legal para permitir, más allá de sus previsiones, la celebración de convenios de colaboración cuyo objeto sea la prestación a las Administraciones Públicas de servicios postales no reservados a la sociedad estatal Correos y Telégrafos, S. A., o

– Si, por el contrario, el artículo 58 de la Ley 14/2000 presupone la aplicación del artículo 3.1.*d)* de la LCAP, de modo que los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con la referida sociedad estatal sólo podrían tener por objeto servicios postales no reservados a la misma en la medida en que tales servicios no estuvieran comprendidos en el objeto de un contrato administrativo.

II. En este sentido, tras analizar la naturaleza y régimen jurídico de prestación de los distintos servicios postales que regula la LSPU–LSP, incluidos o no en el servicio postal universal y reservados o no a Correos como operador que tiene encomendada su prestación (Fundamento II), el informe de 22 de septiembre de 2003 subrayaba la existencia de varios fundamentos jurídicos en apoyo de la interpretación amplia del artícu-

16 lo 58 como norma que, excepcionando la previsión del artículo 3.1.*d)* del TRLCAP, habilita a las Administraciones Públicas a celebrar convenios de colaboración para la prestación de todas las actividades propias del objeto social de Correos, incluidas o no en el servicio postal universal y reservadas o no a esta sociedad estatal (Fundamento III).

Tales fundamentos, que subsisten tras la reforma del TRLCAP operada por el Real Decreto Ley 5/2005, se pueden resumir en los términos siguientes:

En primer lugar, la habilitación legal contenida en el artículo 58 de la Ley 14/2000 no diferencia entre los servicios postales reservados y los no reservados a la mencionada sociedad estatal, como sería razonable esperar si la intención del legislador fuera reducir a los primeros el objeto de los convenios de colaboración a que se refiere dicho precepto, siendo así que alude, por el contrario, a las actividades (y no sólo los servicios postales propiamente dichos) propias del objeto social de Correos que define el propio artículo 58, lo que incluye todos los servicios postales, comprendidos o no en el servicio postal universal y reservados o no a la sociedad estatal, además de los servicios financieros relacionados con la prestación de los servicios postales y cualesquiera otras actividades o servicios complementarios de los anteriores.

A la anterior circunstancia se suma, en segundo lugar, el hecho mismo de que exista en el artículo 58 de la Ley 14/2000 –esto es, precisamente en la norma legal que regula los aspectos esenciales del régimen jurídico de esta sociedad estatal cuya constitución ordena al Gobierno, entre ellos su objeto social– una previsión expresa y específica de estos convenios de colaboración, que carecería de sentido y no sería en absoluto necesaria de entenderse que tales convenios no son otros que los contemplados en el artículo 3.1.*d)* de la LCAP o que no pueden tener mayor alcance que el previsto en el mismo.

En tercer lugar, esta interpretación amplia del objeto de los convenios de colaboración previstos en el artículo 58 de la Ley 14/2000 permite unificar la prestación de servicios postales a las Administraciones Públicas bajo un mismo régimen jurídico y por un mismo operador que, además, es el que legalmente tiene encomendada la prestación del servicio postal universal y el único que puede prestar el servicio postal de recepción de las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas (reservado a Correos por el art. 18.1.D de la LSPU-LSP), lo que conlleva indudables facilidades de gestión de las notificaciones administrativas: de otro modo, siendo los envíos postales urbanos y, parcialmente, los interurbanos y transfronterizos servicios no reservados y, por ello, susceptibles de prestación ordinaria por los operadores autorizados, la aplicación del artículo 3.1.*d)* del TRLCAP conduciría, en principio, a diferenciar el régimen jurídico de los servicios de notificaciones reservados y los no reservados para encomendar la prestación de los primeros a la sociedad

estatal mediante convenio de colaboración y someter los segundos a los procedimientos de adjudicación del TRLCAP para su prestación por contrato, solución que sería contraria a los principios de eficacia administrativa y de economía de gestión.

En cuarto lugar, si el objeto de estos convenios de colaboración hubiera de interpretarse en sentido restringido, limitado a las actividades no susceptibles de prestación por otros operadores en virtud de contrato, habría que excluir de los mismos no sólo los servicios no reservados, sino también los reservados que no lo son con exclusividad y pueden ser realizados por otros operadores autorizados aunque a un precio superior al fijado para Correos, como es el caso de los envíos interurbanos envíos interurbanos de cartas y tarjetas postales de peso igual o inferior a 100 g (50 g, en el 2006). Con ello quedaría muy limitado el objeto de los mencionados convenios, y quedarían fuera de los mismos la práctica totalidad de los envíos postales para la entrega de notificaciones administrativas, lo que no parece ser la intención del legislador.

Finalmente, al ser el artículo 58 de la Ley 14/2000 una norma del mismo rango y fecha posterior al artículo 3.1.*d)* del TRLCAP, cabe sostener que el primero, en cuanto norma especial, excepciona la regla establecida en el segundo y permite sostener la viabilidad jurídica de los convenios de colaboración que celebre Correos con las Administraciones Públicas para la prestación de todas las actividades propias de su objeto social, incluidas o no en el servicio postal universal y reservadas o no a esta sociedad estatal.

III. Pero, además, de las consideraciones expuestas, que permiten fundamentar una interpretación no restrictiva del artículo 58 de la Ley 14/2000, conforme a su dicción literal y a su espíritu y finalidad, como norma especial que excepciona la regla general del artículo 3.1.*d)* del TRLCAP y excluye la aplicación de este texto legal que, de otro modo procedería, el informe de 22 de septiembre de 2003 (Fundamento IV) encontraba otras razones que permiten interpretar la previsión del artículo 58 de la Ley 14/2000 de forma compatible con el artículo 3.1.*d)* del TRLCAP, de modo que no resulta necesario entender que aquella norma excepciona la regla general de ésta, sino que presupone su aplicación y, de acuerdo con la misma, concreta un tipo de convenios de colaboración excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP en la medida en que los servicios postales que constituyen su objeto no pueden estar comprendidos en el de un contrato administrativo y, aunque lo estuvieran, por ser obligatoria para Correos la prestación de estos servicios postales a las Administraciones Públicas y no tener, por ello, carácter contractual, lo que excluye la aplicación del TRLCAP.

Así, en primer lugar, la actividad que puede prestar Correos, de acuerdo con su objeto social y con los derechos especiales que tiene legalmente atribuidos [art. 19.1.*c)* de la LSPU y LSP] consistente en la entrega de notificaciones administrativas con constancia fehaciente de su recep-

16 ción, no puede ser desempeñada en las mismas condiciones por cualquier otro operador, que podrá practicar este tipo de notificaciones, pero a un precio superior, como se ha indicado, y sin la constancia fehaciente de su recepción que legalmente tiene atribuido el servicio de notificaciones practicadas por Correos. De este modo, la actividad que puede prestar Correos a las Administraciones Públicas es toda ella exclusiva de la sociedad estatal, por lo que no es susceptible de prestación a través de contrato adjudicado en concurrencia con arreglo al TRLCAP.

A la reseñada imposibilidad legal de que otro operador pudiera realizar las notificaciones administrativas en las condiciones de fehaciencia que tienen las practicadas por la sociedad estatal se añade, además, la imposibilidad de articular a través de contrato la prestación por la misma de estos servicios a las Administraciones Públicas, ya que legalmente se impone a Correos la obligación de realizar las entregas de notificaciones administrativas, así como todos los servicios relacionados con su objeto que le encomienden las Administraciones Públicas, y el carácter obligatorio de esta prestación para la sociedad estatal excluye la voluntad de la misma o, lo que es lo mismo, el carácter contractual de la relación jurídica que se articule entre ambas partes, que por la expresa previsión del artículo 58.Dos.1 de la Ley 14/2000 ha de instrumentarse a través de convenios de colaboración, sin excepcionar con ello el artículo 3 de la LCAP a que aquel precepto se refiere.

Por último, el informe de 22 de septiembre de 2003 subrayaba el carácter instrumental de Correos con respecto a la Administración del Estado, a la que pertenece íntegramente el capital social de esta sociedad estatal, no sólo a efectos de excluir la aplicación del TRLCAP en relación con la prestación del servicio postal universal a todos los ciudadanos –considerada como gestión directa del servicio público por la sociedad estatal a la que legalmente se le encomienda esta función y no susceptible por ello de ser gestionada indirectamente mediante contrato sujeto al TRLCAP–, sino también en relación con los servicios relacionados con su objeto social (incluidos o no en el servicio postal universal y reservados o no a la misma) que, también por imposición legal, ha de prestar obligatoriamente a la Administración del Estado y a las demás Administraciones Públicas, excluyendo esta obligatoriedad el carácter contractual de la relación articulada en convenios de colaboración y, con ello, el sometimiento de éstos al TRLCAP.

Las anteriores consideraciones subsisten tras la reforma del artículo 3.1 del TRLCAP operada por el Real Decreto Ley 5/2005, y permiten fundamentar la legalidad de que Correos siga celebrando con las Administraciones Públicas los convenios de colaboración a que se refiere el artículo 58 de la Ley 14/2000 para la prestación de todos los servicios relacionados con su objeto social que le encomienden y que deba asumir obligatoriamente de acuerdo con su objeto social, quedando tales convenios de colaboración excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP de

acuerdo con la letra *d)* del artículo 3.1 del mismo, no modificado por el citado Real Decreto Ley 5/2005, y sin que sea de aplicación a los mismos la exclusión prevista en la nueva letra *l)* que esta norma legal ha introducido en aquel artículo, como se pasa a analizar.

IV. La letra *l)* que el Real Decreto Ley 5/2005 añade al artículo 3.1 del TRLCAP constituye, efectivamente, un nuevo supuesto de exclusión del ámbito de aplicación de esta norma legal, representada por «las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública». Se trata, pues, de excluir del ámbito de aplicación del TRLCAP determinadas relaciones jurídicas que, a pesar de estar su objeto comprendido en los contratos administrativos, no se adjudican conforme al citado TRLCAP.

Sin embargo, a juicio de este Centro Directivo, este supuesto no es aplicable a la prestación de servicios postales que realiza Correos a las Administraciones públicas en virtud de estos convenios de colaboración, que no cumple los requisitos exigibles para que pueda calificarse como una encomienda de gestión de las previstas en la letra *l)* del artículo 3.1 del TRLCAP y entenderse por esta vía excluida del ámbito de aplicación del mismo.

En este sentido, interesa recordar, como lo hace la Instrucción 2/2005 en su punto I.3, que la razón por la que el legislador introduce en el TRLCAP las modificaciones contenidas en el Real Decreto-Ley 5/2005 y que justifica la utilización de ese excepcional instrumento normativo, cuyo uso se halla restringido por el artículo 86.1 de la Constitución Española a los casos de extraordinaria y urgente necesidad, no es otra que la de dar inmediato cumplimiento a la sentencia del Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 13 de enero de 2005 (asunto C-84/03), estimatoria del recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión contra el Reino de España, que funda su decisión en las siguientes consideraciones:

> «37. Según las definiciones contenidas en el artículo 1, letra *a),* de las Directivas 93/36 y 93/37, un contrato público de suministro o de obras supone la existencia de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre, por una parte, un proveedor o un contratista y, por otra, una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra *b),* de dichas Directivas y que tenga por objeto la compra de productos o la ejecución de determinado tipo de obras.
>
> 38. Conforme al artículo 1, letra *a),* de la Directiva 93/36, 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 (sentencia Teckal, antes citada, apartado 50).
>
> 39. Habida cuenta de la identidad de los elementos constitutivos de la definición de contrato en las Directivas 93/36 y 93/37, a excepción

del objeto del contrato considerado, procede aplicar la solución adoptada así en la sentencia Teckal, antes citada, a los acuerdos interadministrativos a los que se aplica la Directiva 93/37.

40. En consecuencia, dado que excluye *a priori* del ámbito de aplicación del Texto Refundido las relaciones entre las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, la normativa española de que se trata en el caso de autos constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37.»

En suma, como señala la Instrucción 2/2005, conforme a la doctrina establecida por el TJCE en la sentencia Teckal, reproducida en la sentencia de 13 de enero de 2005 para cuyo cumplimiento se dictó el Real Decreto-Ley 5/2005, quedarán sujetos a la normativa comunitaria todos los contratos cuyo objeto sea alguno de los contemplados en las correspondientes Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, cuando se celebren a título oneroso y por escrito, entre una entidad adjudicadora (en el sentido que las citadas Directivas atribuyen al término) y un contratista o proveedor que sea una persona jurídicamente distinta de aquella entidad y autónoma respecto de ella desde el punto de vista de la adopción de sus decisiones.

Sin embargo, y con arreglo a esa misma doctrina, no quedarán sujetas a la normativa comunitaria sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos aquellas relaciones de colaboración que, aun reuniendo esas características en cuanto a su objeto, carácter oneroso y forma escrita, se celebren entre una entidad adjudicadora y una persona que, aunque siendo jurídicamente diferente de aquélla, se encuentre bajo el pleno control de esa entidad adjudicadora y realice respecto de ella la parte esencial de su actividad, circunstancias que configuran la situación económico-jurídica denominada *in house providing,* en el marco de la cual el contratista, aun cuando formalmente ostenta personalidad jurídica propia e independiente de la del contratante que le encarga la ejecución de las prestaciones contractuales, en realidad no es otra cosa que un medio instrumental del contratante, completamente dependiente de él y sin una verdadera capacidad decisoria autónoma, lo que excluye la naturaleza contractual y convierte en instrumental la relación jurídica entre estas partes.

Y debe destacarse, como se dice en la Instrucción 2/2005, que «aun cuando estos dos requisitos establecidos por la doctrina del TJCE anteriormente expuesta no figuren recogidos explícitamente en la redacción del nuevo párrafo *l)* del artículo 3.1 del TRLCAP (únicamente puede considerarse que se alude a uno de ellos, el relativo al control análogo al ejercido sobre los propios servicios, al mencionar, en el caso de las sociedades públicas, que su capital debe ser íntegramente de titularidad de la Administración encomendante), se considera imprescindible que concurran en

todo caso para poder considerar que las encomiendas de gestión a que se refiere ese precepto quedan excluidas de la aplicación del TRLCAP, lo que no sería posible, de acuerdo con esa doctrina jurisprudencial, en los supuestos en que faltara cualquiera de esos requisitos».

En el caso de Correos, y por lo que respecta al primero de los requisitos mencionados –la pertenencia íntegra a la Administración que realiza la encomienda del capital social de la sociedad sobre la que recae–, no cabe duda de que se cumple con respecto a la Administración General del Estado, a la que pertenece íntegramente el capital social de Correos por imperativo legal y que, por ello, ejerce sobre esta sociedad estatal un control análogo al que ostenta sobre sus propios medios, aunque no puede decirse lo mismo con respecto a las demás Administraciones Públicas que, conforme al artículo 58 de la Ley 14/2000, pueden celebrar con Correos convenios de colaboración para la prestación de actividades propias de su objeto social, que Correos debe asumir obligatoriamente, pero que no tienen la consideración de encomiendas de gestión de las previstas en la letra *l)* del artículo 3.1 del TRLCAP, ya que estas Administraciones públicas no tienen participación alguna en el capital social de esta entidad.

Más difícil resulta apreciar la concurrencia, incluso con respecto a la Administración del Estado, del segundo de los requisitos mencionados, relativo a la realización de la parte esencial de la actividad de la entidad que recibe la encomienda con la Administración que la realiza, pues no parece probable que la prestación de servicios postales a la Administración General del Estado o, incluso, el conjunto de la realizada a todas las Administraciones públicas, constituya la parte esencial de la actividad de Correos, que presumiblemente será la prestación a los ciudadanos de los servicios que integran el servicio postal universal.

Ahora bien, de lo que no cabe duda es de la concurrencia de este segundo requisito en lo que respecta a la actividad de Correos consistente en la prestación del servicio postal universal que tiene encomendada, y que constituye un servicio público, lo que determina que esta sociedad estatal deba considerarse instrumental de la Administración del Estado a la que pertenece íntegramente su capital social a efectos de la exclusión del carácter contractual y, por ello, del TRLCAP, de esta relación jurídica, de acuerdo con la misma jurisprudencia comunitaria que aplica la nueva letra *l)* del artículo 3.1 de este texto legal introducida por el Real Decreto Ley 5/2005.

V. Efectivamente, el carácter instrumental de una entidad pública o privada, pero de titularidad pública que gestiona un servicio público a efectos de la exclusión de esta relación de servicio del ámbito de aplicación del TRLCAP debe apreciarse a la luz de la jurisprudencia comunitaria antes apuntada, aunque la misma no se refiera al contrato administrativo de gestión de servicios, por cuanto que su normación positiva en el ámbito comunitario aún no se ha producido, aunque en la última Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos

 públicos de obras, de suministros y de servicios –Directiva 18/2004, de 31 de marzo de 2004– se alude, para excluirlo de su ámbito de aplicación, al concepto de concesión de servicios, que se define como «un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

En este sentido, el dictamen de este Centro Directivo de 20 de junio de 2005 (ref.: A.G. Entes públicos 4/05), recordaba que, no obstante estar excluidas de la aplicación de las Directivas sobre contratación, la jurisprudencia comunitaria recaída en la interpretación y aplicación de estas Directivas es asimismo aplicable a las concesiones de servicios, en la medida en que están sometidas a las normas del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCCE, con la numeración de artículos introducida por el Tratado de Amsterdam) sobre prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 12 del TCCE), sobre libertad de establecimiento (arts. 43 y siguientes), libre prestación de servicios (arts. 49 y siguientes), y normas sobre libre competencia (arts. 81 y siguientes del TCCE), así como a los principios sentados por la jurisprudencia del TJCE como son, entre otros, a los efectos que aquí interesan, los de igualdad de trato (que obliga al cumplimiento del principio de apertura a la competencia) y transparencia (que impone la debida publicidad con la información necesaria en beneficio de todo licitador potencial). Así lo ha entendido la Comisión en su Comunicación de 29 de abril de 2000 sobre las concesiones en el Derecho comunitario, citando la sentencia del TJCE de 7 de diciembre de 2000, recaída en el asunto Telaustria.

El dictamen de 20 de junio de 2005 examinaba por ello la posibilidad de aplicar la jurisprudencia relativa a los servicios *in house providing* no sólo a efectos de excepcionar las normas comunitarias sobre contratación, sino también las relativas a la libre competencia, aplicables a los contratos celebrados para la gestión indirecta de servicios públicos, analizando la doctrina sentada en la sentencia de 18 de noviembre de 1999 antes citada, recaída en el asunto Teckal (C-107/98), y la de 11 de enero de 2005, dictada en el asunto Stadt Halle (C-26/03), que fijan los requisitos que tienen que cumplirse para que, en relación con los supuestos que fueron enjuiciados por las mismas (suministros en el caso de la sentencia Teckal; servicios en el caso de la sentencia Stadt Halle), quedase excluida la aplicación de las normas de Derecho comunitario sobre contratos públicos. Y como señalaba el referido dictamen, «[...] si, en el caso de suministros y servicios, el cumplimiento de los citados requisitos permite a la entidad adjudicadora excluir la aplicación de las normas de Derecho comunitario sobre contratación y, por tanto, no recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, eliminando así la relación contractual, en el caso de gestión de servicios públicos ("concesión de servicios" en la terminología de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo), el cumplimiento de esos requisitos tendría por consecuencia que los supuestos en

que ello aconteciese quedasen conceptuados no como gestión indirecta del servicio público (relación de naturaleza contractual), sino como gestión directa del mismo (relación de naturaleza no contractual)», lo que excluye el sometimiento de la misma al TRLCAP.

Así, por lo que respecta al requisito del control del ente territorial sobre la entidad instrumental análogo al que ejerce sobre sus propios medios, se subrayaba en ese dictamen la posibilidad, admitida por la jurisprudencia comunitaria citada, de que este control se ostentara por varias Administraciones Públicas con fines o necesidades concurrentes, que en todo caso serían públicos, excluyéndose únicamente la posibilidad de admitir una participación privada en el control de la entidad instrumental, aunque fuera minoritaria, por una razón finalista o teleológica: las distintas consideraciones que presiden los intereses públicos y privados y la diferente naturaleza de los objetivos perseguidos por las entidades públicas y privadas, dirigidas las primeras a la consecución de fines de interés general sin ánimo de lucro frente a la finalidad lucrativa que constituye el interés particular de una sociedad mercantil de titularidad privada, aunque se persiga a través de la prestación de un servicio público.

Y por lo que respecta al requisito relativo al desarrollo de la actividad esencial de una entidad con el ente o entes públicos territoriales que la controlan, el dictamen de 20 de junio de 2005 lo entendía revelador del carácter instrumental de aquélla en el sentido de ser realmente un servicio o medio propio del ente o entes públicos territoriales que la controlan, «pues precisamente la creación por una Administración Pública de una entidad en términos tales que la parte esencial de la actividad que esta última realice lo sea para la Administración matriz demuestra que ello se hace con el designio de disponer de un medio propio, lo que no ocurriría si esa entidad realizase la mayor parte de su actividad con terceros, pues en tal caso se trataría de una entidad que actuaría como un operador o agente económico más en el tráfico».

Ahora bien, como señalaba el referido dictamen, si en los supuestos de obras y suministros el requisito de que se trata comporta que la actividad de construcción y de fabricación o producción, respectivamente, de la entidad instrumental se dirija en su parte fundamental a la Administración matriz (y ello como exigencia necesaria para que esta Administración no recurra, para realizar las tareas de interés público que le corresponden, a entidades externas), en la gestión de servicios públicos no puede negarse el cumplimiento del citado requisito en el caso de que esta actividad tenga por destinatarios a los particulares beneficiarios del servicio público, ya que «es lo cierto que la prestación del mismo corresponde, como deber u obligación propia de ésta, a la Administración de que en cada caso se trate, por lo que si dicha Administración opta, para la gestión del servicio, por la constitución de una entidad (controlada totalmente por ella), no cabe duda alguna de que se cumple perfectamente el requisito que se analiza: si sobre la Administración matriz pesa, por determinación legal, el deber de

16 prestar un servicio público, la creación por esa Administración de una entidad instrumental para la gestión de dicho servicio conlleva que la actividad de esa entidad se realice para dicha Administración, pues, en definitiva, la creación de la entidad para la gestión del servicio supone la sustitución por ésta de la aludida Administración en la realización material de la actividad en que consiste el servicio público; éste se realiza materialmente por la entidad gestora en lugar de la Administración, lo que entraña que la actividad de la entidad instrumental se realice para la Administración a que aquélla sustituye, según lo dicho, en la prestación material del servicio. Así lo confirma la norma del artículo 154.2 del TRLCAP –precepto cuyo ajuste al Derecho comunitario nunca ha sido puesto en tela de juicio– desde el momento en que la inaplicación de los preceptos de este texto legal relativos al contrato de gestión de servicios públicos al supuesto de gestión de tales servicios mediante entidad pública o sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración presupone la caracterización de esa entidad o sociedad como un medio propio y, a su través, que esa entidad o sociedad realiza la parte esencial de su actividad para la Administración que la constituyó».

VI. Estas consideraciones resultan plenamente aplicables a Correos, sociedad mercantil a la que, sin duda, debe reconocerse el carácter de instrumental de la Administración del Estado a la que, por disposición legal, pertenece íntegramente su capital social y que, por ello, ejerce sobre la misma un control análogo al que ostenta sobre sus propios servicios y al que ejercía sobre la anterior entidad pública empresarial que legalmente tenía encomendada la prestación del servicio postal universal que, sin duda, constituía la parte esencial de su actividad, desarrollada materialmente para la Administración del Estado, condición en la que se ha subrogado la actual sociedad estatal también por disposición legal.

Pues bien, siendo Correos una sociedad instrumental de la Administración del Estado cuyas relaciones con ésta no son contractuales, sino instrumentales, por razón del servicio público cuya prestación tiene legalmente encomendado, las mismas razones abonan la configuración como instrumentales, y no como contractuales, de las relaciones jurídicas que mantiene Correos con la propia Administración del Estado y las demás Administraciones Públicas a las que presta obligatoriamente los servicios que le encomienden relacionados con su objeto social también por imperativo legal. Esta obligatoriedad excluye, como queda expuesto y ya se indicaba en el informe de 22 de septiembre de 2003, el carácter contractual de la relación y, por ello, la aplicación del TRLCAP, a lo que se suma la exclusividad de las condiciones de prestación por Correos de los servicios necesarios para la práctica de las notificaciones administrativas, como consecuencia de los derechos especiales que tiene legalmente reconocidos en su condición de operador habilitado para el servicio postal universal, exclusividad que determina la imposibilidad de que otros operadores presten los mismos servicios en idénticas condiciones y excluye, en consecuencia, la aplicación del TRLCAP respecto de su prestación por Correos

no sólo a la Administración del Estado, de la que es entidad instrumental, sino a todas las Administraciones públicas.

En definitiva, al no tratarse de una relación contractual ni, aunque lo fuera, ser susceptible de adjudicación en concurrencia por no poder estar objeto comprendido en el de un contrato administrativo, la prestación por Correos a las Administraciones Públicas de los servicios que le encomienden relacionados con su objeto social puede y debe articularse a través de los convenios de colaboración a que se refiere el artículo 58 de la Ley 14/2000, que quedan excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP de conformidad con el apartado 1, letra *d)* del artículo 3 del mismo a que se remite aquel precepto, y sin que sea aplicable la nueva letra *l)* introducida en este artículo por el Real Decreto Ley 5/2005.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Tras la reforma del artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) operada por el Real Decreto Ley 5/2005, subsiste la posibilidad de que la sociedad estatal «Correos y Telégrafos, S. A.» siga celebrando con las Administraciones Públicas los convenios de colaboración a que se refiere el artículo 58 de la Ley 14/2000 para la prestación de todos los servicios relacionados con su objeto social que le encomienden y que deba asumir obligatoriamente de acuerdo con su objeto social, quedando tales convenios de colaboración excluidos del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de acuerdo con la letra *d)* del artículo 3.1 del mismo, no modificado por el citado Real Decreto Ley 5/2005, y sin que sea de aplicación a los mismos la exclusión prevista en la nueva letra *l)* que la citada reforma legislativa ha introducido en aquel artículo.