

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

42/07 ATRIBUCIÓN *EX LEGE* DE LA POSIBILIDAD DE REALIZAR OBRAS PÚBLICAS A TRAGSA SIN SOMETIMIENTO AL RÉGIMEN GENERAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

El Tribunal Supremo planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE, preguntando si la empresa pública TRAGSA estaba exenta de la aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratos. El Tribunal de Justicia considera que TRAGSA, según su régimen jurídico, es un medio propio de la Administración del Estado en sentido amplio, es decir, incluyendo las entidades territoriales, por concurrir en ella los requisitos exigidos por su jurisprudencia para tal calificación, por lo que no se le aplican aquellas Directivas*.

1) El Reino de España, representado por el Dr. don Fernando Díez Moreno, Abogado del Estado de la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en calidad de Agente, habiendo designado como domicilio, a efectos de notificaciones, el de la Embajada de España en Luxemburgo, situado en los números 4 y 6 del Boulevard Emmanuel Servais, 2535, Luxemburgo, al amparo del artículo 23 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia, dentro del plazo que dicho precepto establece, procede a formular las siguientes observaciones:

HECHOS

2) La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, mediante Auto de 1 de abril de 2005, presentó cuestión prejudicial, al amparo del artículo 234 CE, en el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2001, que resolvía el recurso que el mismo recurrente había interpuesto contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia español de 30 de

* Escrito de observaciones elaborado el 11 de noviembre de 2005 por don Fernando Díez Moreno, Abogado del Estado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

42/07 marzo de 1998, que confirmaba el acuerdo de 16 de octubre de 1997, del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia por el que se declaraba el sobreseimiento del expediente incoado en virtud de la denuncia presentada por la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) y la Asociación de Empresas Restauradoras del Paisaje y Medio Ambiente (ASERPMA), contra la sociedad pública «Transformación Agraria, S. A.» (TRAGSA), por supuestas conductas prohibidas de la Ley española de Defensa de la Competencia.

3) En la cuestión prejudicial se plantean tres preguntas: si es admisible en los términos del artículo 86.1 TCE que un Estado miembro de la Unión atribuya *ex lege* a una empresa pública un régimen jurídico que le permita realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las Directivas europeas a este respecto; si un régimen jurídico semejante sería compatible con lo establecido en las Directivas sobre contratación pública refundidas en la Directiva 2004/18/CE de 31 marzo de 2004; y si las afirmaciones de la Sentencia de 8 de mayo de 2003, asunto C-349/97, Comisión/España, son aplicables en todo caso a TRAGSA y sus filiales, teniendo en cuenta el resto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de contratación pública, y considerando que la Administración encarga a TRAGSA un alto número de obras que quedan detraídas del régimen de libre competencia, y que esta circunstancia pudiera suponer una distorsión significativa del mercado relevante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. INADMISIBILIDAD DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

II.1 Inadmisibilidad por causa de incompetencia.

4) La cuestión prejudicial planteada debe declararse inadmisibles por causa de incompetencia del Tribunal de Justicia para conocer de las preguntas formuladas en la misma.

5) La cuestión prejudicial que plantea el Tribunal remitente no puede hacer abstracción del pleito nacional en el que se formula. En efecto, según recoge el hecho primero del Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2005, ASEMFO formuló denuncia contra TRAGSA ante el Servicio de Defensa de la Competencia de España, imputándole supuestas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia consistentes en operar en el mercado español de obras, servicios y proyectos forestales «con abuso de posición de dominio», al no seguir los procedimientos de adjudicación previstos en la legislación nacional sobre contratos de las Administraciones Públicas.

Se trataba, por tanto, de un procedimiento en materia de derecho de la competencia y de relevancia nacional y no europea. **42/07**

6) El Servicio de Defensa de la Competencia incoó el expediente 1351/1996, que fue resuelto por Acuerdo de 16 de octubre de 1997 de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia. Dicho Acuerdo, citando el Expediente de la Comisión de la UE núm. 91/4476, evaluó el régimen de TRAGSA sin formular reservas, y no apreció acuerdos restrictivos de la competencia ni abuso de posición dominante, incluso ni en el caso de que TRAGSA ejecutara la totalidad de las obras requeridas por las Administraciones Públicas en su campo de actividad, dado que por Ley se ha sustraído del mercado las obras encargadas a TRAGSA, de manera que esta no forma parte de dicho sector económico como oferente, ni por tanto ocupa una posición de dominio de la que pudiera abusar. El Acuerdo del Director General resolvió, por tanto, una denuncia sobre derecho de la competencia y de ámbito nacional y no europeo. Se acompaña dicho Acuerdo como anexo 1.º porque permitirá al Tribunal comprobar el rigor y la profundidad, no sólo de los datos económicos sino también de la fundamentación jurídica, con que fue abordada y resuelta la denuncia presentada por ASEMFO.

7) Como también recoge el hecho primero del Auto de 1 de abril de 2005, citado en el punto 4 de este escrito, se interpuso recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, que incoó el expediente núm. 267/97, y que finalizó por Resolución del Pleno de 30 de marzo de 1998, que desestimaba el recurso por considerar que no existía restricción de la competencia en la actuación de TRAGSA, por cuanto que esta actuación tiene amparo legal, de manera que si hubiera alguna restricción de la competencia habría de imputarse al régimen legal, pero no a la actuación de TRAGSA (anexo 2). El recurso se ha resuelto considerando la cuestión planteada como una cuestión de derecho de la competencia de ámbito nacional.

8) La Resolución de 30 de marzo de 1997 del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia fue recurrida por ASEMFO ante la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso y dictó Sentencia el 26 de septiembre de 2001 (Anexo 3), en la que consideró que no existía posición dominante en TRAGSA, ni práctica abusivas; que la elevación de propuestas razonadas al Gobierno sólo procede cuando se trata de acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas prohibidas por el artículo 1 de la Ley española de Defensa de la Competencia, lo cual no era el caso. En consecuencia, también la Audiencia Nacional resuelve cuestiones relacionadas con el derecho de la competencia de relevancia nacional.

9) Finalmente, la sentencia de 26 de septiembre de 2001 de la Audiencia Nacional es recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, que plantea tres preguntas en la cuestión prejudicial ajenas a aquella denuncia inicial de abuso de posición dominante sobre la que se han pronunciado los Servicios y Tribunales anteriores. Así, en la primera de las

42/07 preguntas planteadas no se menciona la hipotética vulneración del artículo 82 CE (abuso de posición dominante), sino sobre la conformidad con el artículo 86.1 CE (derechos especiales o exclusivos), sobre cuya conformidad, al no haber sido alegada por el denunciante/recurrente, no ha podido pronunciarse ninguna de las instancias anteriores; en la segunda pregunta, sobre la compatibilidad con las Directivas sobre contratación pública, la cuestión tampoco fue planteada inicialmente, pues la denuncia iba referida exclusivamente a una posible infracción de la Ley de Contratos nacional, lo que ponía de manifiesto la falta de relevancia comunitaria; y en la tercera pregunta se pide al Tribunal de Justicia se pronuncie sobre una posible distorsión competencial de un mercado concreto de ámbito nacional, cuestión ajena a la competencia del Tribunal.

10) La consecuencia de todo lo anterior es que se produce una subversión del orden procesal de competencias, pues se solicita del Tribunal de Justicia que se enfrente a dos posibles escenarios alternativos. El primero, si debe pronunciarse sobre las cuestiones de derecho de la competencia que han sido las planteadas y resueltas en las instancias anteriores. En este caso, se altera el orden normal de conocimiento de las cuestiones de derecho de la competencia en la Jurisdicción comunitaria, que implica una Decisión de la Comisión, un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia, y un recurso de casación, en su caso, ante el Tribunal de Justicia. El Tribunal nacional remitente solicita del Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la conformidad con el artículo 86.1 CE de un titular de derechos especiales o exclusivos, sin conocer previamente la posición de los servicios de la Comisión, ni la Sentencia que hubiera podido dictar el Tribunal de Primera Instancia.

11) En el segundo escenario posible, se pide al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre cuestiones de fondo (art. 86.1 CE, Directivas sobre contratación pública, jurisprudencia sobre la doctrina *in house*). En este caso el Tribunal habría de pronunciarse sobre cuestiones que no fueron planteadas ante los organismos de Defensa de la Competencia, ni ante la Audiencia Nacional de que trae causa el recurso de casación interpuesto ante el Tribunal nacional remitente

12) La sentencia de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, EVN AG/Austria, Rep p. I-14527) declara en su apartado 76 que el Tribunal se abstiene de pronunciarse en una cuestión prejudicial «cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma comunitaria, solicitada por el órgano jurisdiccional nacional, no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal no dispone de los elementos de hecho o de derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas». Es la doctrina contenida en las sentencias de 15 de diciembre de 1995 (asunto C-415/93, Bosman, Rec p. I-4921, apartado 61); de 9 de marzo de 2000 (asunto C-437/97, EKW, Rec p. I-1157, apartado 52); de 13 de julio

de 2000 (asunto C-36/99, *Ideal Tourisme*, Rec p. I-6049, apartado 20); de 21 de enero de 2003 (asunto C-318/2000, *Bacardi-Martini*, Rec p. I-905, apartado 42); de 18 de marzo de 2004 (asunto C-314/01, *Siemens y ARGE Telecom*, Rep p. I-2549, apartado 35); de 29 de abril de 2004 (asunto C-476/01, *Kapper* Rep p. I-5205, apartado 25); entre otras.

13) Por todo lo anterior se solicita la declaración de inadmisibilidad de la cuestión prejudicial planteada, al no ser el Tribunal de Justicia competente para su conocimiento por las razones que dejamos expuestas en los apartados anteriores.

I.2 Inadmisibilidad por incorrecto planteamiento de la cuestión prejudicial.

14) Subsidiariamente, para el caso de que la anterior causa de inadmisibilidad no fuese aceptada, se formula la del incorrecto planteamiento de la cuestión prejudicial.

15) En efecto, es preciso examinar si la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente responde a la verdadera naturaleza de las cuestiones prejudiciales. En tal sentido debe recordarse que el artículo 234 CE (antes 177), atribuye competencia al Tribunal de Justicia para pronunciarse, con carácter prejudicial, «sobre la interpretación del presente Tratado» [apartado a)], o «sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad y por el BCE» [apartado b)].

16) Es sabido que la cuestión prejudicial se articula como un mecanismo de colaboración entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, que tiene por finalidad garantizar la uniformidad en la aplicación y en la interpretación del Derecho comunitario. Así, cuando en un asunto del que estén conociendo los Tribunales nacionales tengan que aplicar una disposición comunitaria sobre la que tengan dudas en cuanto a su validez o interpretación, pueden o deben, según los casos, pedir que se pronuncie el Tribunal de Justicia.

17) Existen, por tanto, dos tipos de cuestiones prejudiciales, la de «interpretación», que pretende determinar el contenido y alcance de una norma o disposición comunitaria; y la de «validez», que constituye un medio indirecto de control de legalidad y por la que, en el marco de un litigio ante el Juez nacional, se puede cuestionar la validez de un acto comunitario ante el Tribunal de Justicia. En nuestro caso, estamos ante un supuesto de cuestión de interpretación de las normas comunitarias, aunque, como veremos de inmediato, lo que se plantea realmente es la validez de una normativa no comunitaria sino nacional.

18) Es reiterada la jurisprudencia que tiene declarado que «al deberse limitar en el ejercicio de los poderes atribuidos por el artículo 177 (hoy 234) a dar una interpretación de las disposiciones del Derecho comu-

42/07 nitario, el Tribunal no puede por sí mismo apreciar o calificar las disposiciones del Derecho nacional. No corresponde al Tribunal de Justicia interpretar, en el marco del procedimiento del artículo 177, el Derecho nacional, ni apreciar sus efectos. Esta doctrina es constante desde los primeros momentos, así las sentencias de 27 de marzo de 1963 (asuntos acumulados 28/62, 29/62 y 30/62, Rep. p. 65); de 4 de febrero de 1965 (asunto 20/64, Rep. p. II-3 p.1); la sentencia de 17 de diciembre de 1970 (asunto 30/70, Rep. p. 1197); de 21 de marzo de 1972 (asunto 82/71, Rep. p. 119); de 3 de febrero de 1977 (asunto 52/76, Rep. p. 163). Más recientemente se reitera la misma doctrina en las sentencias de 17 de junio de 1999 (asunto C-295/97, Rep I-1999 p. 3735); sentencia de 16 de septiembre de 1999 (asunto C-435/97); auto de 28 de junio de 2000 (asunto C-116/00, Rep I-2000, p. 4979. Y, finalmente, la sentencia de 9 de julio de 2002 (asunto C-181/00, Rep I-2002, p. 6139).

19) Es especialmente atinente recordar, que la última de las sentencias citadas, la de 9 de julio de 2002, en su apartado 20 declara que «si bien el Tribunal de Justicia no es competente, en el marco del artículo 234 CE, para aplicar las normas del Derecho comunitario a un caso concreto ni para enjuiciar la compatibilidad de las disposiciones del Derecho nacional con estas normas, este Tribunal puede, no obstante, proporcionar al órgano jurisdiccional nacional los elementos de interpretación del Derecho comunitario que pudieran ser útiles para la valoración de los efectos de las disposiciones del mismo». En apoyo de esta doctrina, cita la sentencia de 28 de abril de 1989, asunto 128/88, Di Felice (Rec. p. 923, apartado 7). Y añade aquella sentencia de 2002, que «en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 234 CE, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional que conoce el litigio, y debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que ha de adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una cuestión prejudicial para poder dictar Sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea».

20) En el caso que nos ocupa el Tribunal nacional al plantear la cuestión o cuestiones prejudiciales está solicitando del Tribunal de Justicia que interprete si el régimen legal de la empresa TRAGSA, y los derechos especiales o exclusivos que le otorga, así como el sistema contractual previsto en dicha normativa nacional, son conformes con la normativa comunitaria. Asimismo, el Tribunal nacional está solicitando del Tribunal de Justicia se pronuncie sobre una situación, un mercado concreto de ámbito nacional, con lo que está pretendiendo una interpretación de normas nacionales o de situaciones de hecho, que no corresponde hacer al Tribunal de Justicia.

21) Por todo lo anterior se solicita la declaración de inadmisibilidad de la cuestión prejudicial planteada por no corresponderse con la verdadera naturaleza de dicha figura.

I.3 Inadmisibilidad por solicitar del Tribunal de Justicia se pronuncie sobre cuestiones de hecho.

22) La sentencia de 17 de febrero de 2005 (asunto C-134/03, *Viacom Outdoor*, apartado 28), en una cuestión prejudicial referente a la aplicación del artículo 86 CE declara que «la resolución de remisión no contiene ninguna información acerca del número de operadores que prestan los servicios de que se trata, ni sobre las respectivas cuotas de mercado, si bien parece deducirse de dicha resolución que el área geográfica considerada se limita al territorio del Municipio de Génova... En cualquier caso, los elementos fácticos mencionados en la resolución de remisión son demasiado incompletos para que se pueda concluir que el Municipio de Génova tiene una posición dominante en el mercado pertinente». La ausencia de elementos de hecho como causa de inadmisibilidad es recogida en las sentencias de 13 de marzo de 2001 (asunto C-379/98, *Preusen-Elektra*, Rec p. I.2099, apartados 38 y 39); de 16 de enero de 2003 (asunto C-398/99, *Yorkshire/Comisión*, Rep p. I-427, apartado 14), y de 18 de noviembre de 2003 (asunto C-216/01, *Budejovick y Budvar*, Rep p. I-13617), cuyo apartado 47 declara que «la negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas». Recientemente el Abogado General Sr. Tizzano, en las conclusiones presentadas el 22 de septiembre de 2005, en el asunto C-302/04, *Ynos Kft/János Varga*, apartado 61 recordaba que «la función del Tribunal de Justicia se limita a facilitar al órgano jurisdiccional nacional los elementos de interpretación del Derecho comunitario necesarios para resolver el litigio que le ha sido sometido, mientras que corresponde a este último aplicar las normas, como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia, a los hechos del asunto del que conoce». A estos efectos cita las Sentencias de 22 de junio de 1999 (asunto C-342/97, *Lloyd*, Rec p. I-3819, apartado 11), y de 27 de septiembre de 2001 (asunto C-253/99, *Bacardi*, Rep p. I-6493, apartado 58).

23) En el caso que nos ocupa, el Tribunal nacional remitente, en el último párrafo del Razonamiento Jurídico CUARTO, reconoce no desconocer las decisiones del Tribunal de Justicia en las que se pronuncia directa y expresamente sobre TRAGSA, y en particular la sentencia de 8 de mayo de 2003 (asunto C-359/97, aunque realmente es la única sentencia del Tribunal que contiene tal pronunciamiento), sobre la que volveremos más adelante, en la que se declara que TRAGSA debe ser considerada «como una forma de actuación directa de la propia Administración, habida cuenta de su falta de autonomía para actuar y para determinar el coste de su actuación». Y el Tribunal remitente añade a continuación, «sin embargo en el

42/07 presente caso la parte demandante ha puesto de relieve unas circunstancias de hecho no consideradas en la citada sentencia, como lo es la ya mencionada participación de la empresa pública en un determinado mercado (el de obras de naturaleza agrícola) en un grado tan destacado que pudiera producir una alteración sustancial del mismo, por mucho que la actuación de la citada empresa pública sea formalmente «ajena al mercado», en la medida en que desde un punto de vista jurídico sea la propia Administración la que actúa».

24) De esta motivación de la cuestión prejudicial se deduce que lo que se está pretendiendo del Tribunal de Justicia es el no tener en cuenta las declaraciones contenidas en una Sentencia anterior, la de 8 de mayo de 2003, y que para contestar las preguntas que formula el Tribunal nacional en la cuestión prejudicial examine primero «las circunstancias de hecho» nuevas alegadas por la parte demandante en el pleito de instancia. Sin pronunciarse ni valorar previamente la trascendencia de estas nuevas circunstancias de hecho, posteriores a la sentencia de 2003, cuestión sobre la que volveremos más adelante, el Tribunal remitente le pide al Tribunal de Justicia que analice y valore la importancia o no de la participación de TRAGSA en el mercado de obras de naturaleza agrícola, es decir el volumen de obra que ha llevado a cabo, los contratos que haya suscrito para ello, el volumen del mercado nacional de este tipo de obras, el porcentaje de las realizadas por TRAGSA, la incidencia en mercados conexos, etc. El Tribunal nacional no proporciona al de Justicia ningún dato en relación con estas circunstancias. Y pretende que una vez realizado este análisis, determine si tales obras producen una alteración sustancial de dicho mercado, o si la alteración no es sustancial, y en cualquiera de los casos determinar qué efectos se producen en el derecho de la competencia y que precepto del TCE pudiera considerarse infringido. Todo lo anterior teniendo en cuenta que desde el punto de vista jurídico no hay problema, pues el Tribunal nacional remitente reconoce que, desde tal punto de vista, es «la propia Administración la que actúa». Dicho de manera resumida, para el Tribunal nacional está claro que jurídicamente TRAGSA es la propia Administración actuante, habida cuenta de su falta de autonomía y para determinar el coste de su actuación; pero tiene dudas sobre unas circunstancias de hecho que pueden alterar sustancialmente un determinado mercado, y le pide al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre tales circunstancias de hecho sin proporcionarle los elementos y datos necesarios para ello.

25) De la jurisprudencia citada en los apartados 11, 17 y 21 de este escrito, y de la argumentación expuesta en el anterior, resulta que las cuestiones prejudiciales son reguladas en el TCE como instrumentos de interpretación jurídica de los preceptos del Tratado, y no de la valoración de hechos. Pretender del Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre si determinados hechos producen una «alteración sustancial» en un mercado que ni siquiera es de relevancia comunitaria, cuando no está revisando en casación un pronunciamiento previo del Tribunal de Primera Instancia, es des-

virtuar completamente la naturaleza de la cuestión prejudicial. Porque si el Tribunal nacional remitente está de acuerdo con el punto de vista jurídico, esto es, que TRAGSA es la propia Administración actuante, entonces no hay cuestión prejudicial, que versaría precisamente sobre esta cuestión jurídica y no sobre cuestiones de hecho.

26) Por lo anterior, se solicita la declaración de inadmisibilidad de la cuestión prejudicial planteada al versar sobre cuestiones de hecho y no jurídicas cuya solución corresponde la juez nacional.

I.4 Inadmisibilidad por plantear cuestión prejudicial sobre supuestos hipotéticos.

27) La sentencia de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, citada en el apartado 11 de este escrito), en su apartado 76, y la sentencia de 18 de marzo de 2004 (asunto 314/01, también citada en el mismo apartado 11), en su apartado 35, se refieren a la formulación de cuestiones hipotéticas o a que el Tribunal de Justicia no se vea obligado a formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, como causa de inadmisión o sobreseimiento de cuestiones prejudiciales. También la sentencia de 7 de enero de 2004 (asunto C-201/02, Delena Wells, Rep p. I-723), en el apartado 35 señala que «procede señalar que una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional sólo es inadmisibile cuando resulta evidente que no tiene por objeto la interpretación del Derecho comunitario o cuando es hipotética». Esta sentencia, en el mismo apartado 35 recoge la doctrina ya expuesta en las sentencias que cita: de 16 de julio de 1992 (asunto C-83/91, Meilicke, Rec p. I-4871, apartados 25 y 32); de 6 de julio de 1995 (asunto C-62/93, BP Superpaz, Rec p. I-1883, apartado 10); y de 26 de octubre de 1995 (asunto C-143/94, Furlanis, Rec p. I-3633, apartado 12).

28) En el caso que nos ocupa, el Tribunal remitente ha fundamentado la cuestión prejudicial de forma hipotética, pues en el razonamiento jurídico cuatro declara que la parte demandante ha puesto de manifiesto unas «circunstancias de hecho» no consideradas en la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2003, en un grado tan destacado «que pudiera producir una alteración sustancial» del mercado de obras de naturaleza agrícola (el subrayado es nuestro). Este razonamiento es esencial a la hora de formular las preguntas integrantes de la cuestión prejudicial.

29) En efecto, si no se produce alteración sustancial del mercado de obras de naturaleza agrícola, la actuación de TRAGSA debe considerarse conforme con las normas del derecho de la competencia, y amparado su régimen legal en el artículo 86.1 CE, que permite a los Estados miembros mantener derechos especiales o exclusivos respecto de las empresas públicas, siempre que respeten las normas del TCE y, especialmente, las normas de la competencia (arts. 81 a 89 CE). Así mismo, se respetarían las normas de contratación pública, pues el propio Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial reconoce en tal razonamiento jurídico cuatro que

42/07 «por mucho que la actuación de la citada empresa sea «ajena al mercado», en la medida de que desde un punto de vista jurídico sea la propia Administración la que actúa».

30) Por el contrario, si se produce alteración sustancial del mercado español de las obras de naturaleza agrícola (prescindiendo de la falta de competencia del Tribunal para apreciar esta circunstancia según hemos expuesto en los apartados 3 a 12 de este escrito), la consecuencia sería la infracción de normas del derecho de la competencia, concretamente del artículo 86.1, al permitirse mantener derechos especiales o exclusivos por empresas públicas que no respetan las normas de la competencia. Pero como el Tribunal que plantea la cuestión prejudicial no se ha pronunciado sobre si se produce o no una alteración sustancial de un mercado nacional concreto, sino que se pronuncia en términos de posibilidad (pudiera producirse), esto es, de mera hipótesis, resulta evidente que el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse sobre una cuestión tan decisiva sin que previamente, y sin perjuicio de otras consideraciones, el Tribunal remitente no haya tomado posición ni se haya acreditado la realidad de la alteración sustancial del mercado.

31) Por lo anterior, se solicita la declaración de inadmisibilidad de la cuestión prejudicial planteada al fundamentarse sobre un supuesto hipotético y sin que el Tribunal nacional remitente haya formulado y concretado su posición.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO

32) Con carácter subsidiario y sólo para el supuesto de que el Tribunal de Justicia no admitiera las causas de inadmisibilidad planteadas en los apartados anteriores se formulan los Fundamentos Jurídicos sobre el fondo del asunto en los que se razonan las respuestas que debieran darse a las cuestiones formuladas por el Tribunal nacional remitente.

II.1 Sobre la primera de las preguntas planteadas.

33) La primera de las preguntas planteadas en la cuestión prejudicial tendría una respuesta simple, en congruencia con la simplicidad con que está formulada, pues resulta evidente que sin que concurren circunstancias especiales de urgencia o interés público, un Estado miembro no puede atribuir *ex lege* a una empresa pública un régimen jurídico que le permita realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa. El artículo 86.1 trata de evitar, inicialmente, que los Estados miembros adopten o mantengan respecto de las empresa públicas «ninguna medida» contraria a los normas de TCE y, especialmente, ninguna medida contraria a los preceptos de la competencia (arts. 81 a 89 CE).

34) La interpretación *a sensu contrario* de la primera pregunta permitiría afirmar que cuando concurren circunstancias especiales de urgencia o interés público, sí sería compatible con el artículo 86.1 un régimen

legal que permitiera a una empresa pública realizar obras sin sometimiento al régimen general de contratación. Sin embargo, debe destacarse desde un principio que ni el artículo 86.1 habla de «circunstancias especiales de urgencia o interés público», como elementos determinantes de los supuestos contemplados en él, ni el Tribunal nacional remitente haya afirmado en el supuesto concreto de la Empresa TRAGSA, que no se den tales circunstancias especiales en su régimen legal. Ello obliga a una rápida interpretación del artículo 86.1.

35) El artículo 86.1 CE prohíbe a los Estados miembros adoptar o mantener respecto de las empresas públicas o de empresas con derechos especiales o exclusivos, «medidas» contrarias al Tratado. En el caso de autos estas medidas serían el régimen legal de TRAGSA, esto es el conjunto de normas legales y reglamentarias que configuran su «status» legal. El régimen legal de TRAGSA entonces, puede ser contrario a los artículos 81 a 89 del TCE, o a otros preceptos del Tratado o del derecho derivado, que en este caso serían las Directivas sobre contratación pública.

36) Examinando en primer lugar, la posible vulneración de los preceptos sobre competencia (dado que como dejamos expuesto en los apartados 4 y siguientes de este escrito, el pleito de que trae origen la presente cuestión prejudicial se inició como denuncia por abuso de posición de dominio de ámbito nacional), debemos excluir de entrada los artículos 81 a 85 que se refieren a infracciones de las normas de competencia por actuaciones que puedan realizar las empresas en un determinado mercado, lo que ha sido descartado por las autoridades nacionales en materia de competencia. También habría que excluir los artículos 87 a 89 sobre ayudas de Estado. Quedaría por tanto la posible infracción del propio artículo 86, pero no por su remisión a los artículos de la competencia que cita, sino a otras «medidas contrarias al presente Tratado», distintas de las normas de la competencia, es decir, fuera del ámbito material en que se ha desenvuelto el presente caso en las instancias nacionales, y que no pueden ser otras que las normas de Derecho derivado sobre contratación pública.

37) La cuestión es por tanto la de determinar si el régimen legal de TRAGSA es contrario a las normas sobre contratación pública, y no si es contrario a las normas de competencia española, como fue iniciado en las diversas instancias nacionales: Servicio de Defensa de la Competencia, Tribunal de Defensa de la Competencia y Audiencia Nacional. No es aquella la cuestión que se deriva del pleito. Ello obligará a pronunciarse al Tribunal de Justicia sobre cuestiones sobre las que no se pronunciaron aquellos organismos ni Tribunal, cuando lo lógico, como pusimos de manifiesto en el apartado 9 de este escrito, es que primero se pronunciase la Comisión, posteriormente, en su caso, el Tribunal de Primera Instancia, y por último, también es su caso, el Tribunal de Justicia en casación. Pero dado que la compatibilidad del régimen legal de TRAGSA con las normas de contratación pública constituye la esencia de la segunda de las pregun-

42/07 tas planteadas, llegamos a la conclusión de que no se puede contestar a la primera pregunta, sin haber contestado antes la segunda.

II.2 Sobre la segunda de las preguntas planteadas.

38) En esencia, como hemos anticipado, la segunda pregunta plantea la compatibilidad del régimen legal de TRAGSA con las normas sobre contratación pública. Puede afirmarse inicialmente que el régimen legal de TRAGSA es compatible con la legislación nacional española sobre contratos de las Administraciones Públicas, pues los artículos 152 y 153 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio 2000) disponen la posibilidad de «la ejecución de obras por la propia Administración», y entiende por tal, la que se lleva a cabo «por los propios servicios de la misma a través de sus medios personales o reales o con la colaboración de empresarios particulares». Esta legislación nacional española se aprobó, entre otras razones, para incorporar a nuestra legislación las Directivas comunitarias sobre contratación en sus últimas versiones y refundiciones, por lo que habrá que entender que si la Comisión no ha puesto objeción, por estos motivos, la trasposición ha sido correcta, y el ordenamiento nacional en materia de contratación pública, también lo es.

II.2.1 Sobre el régimen legal de TRAGSA.

39) No obstante lo anterior, se hace preciso recordar los elementos esenciales del régimen legal de TRAGSA a los efectos de comprobar su compatibilidad con las normas comunitarias sobre contratación pública.

40) El Real Decreto 379/1977, de 21 de enero, calificó a TRAGSA como ente instrumental de la Administración, y concretó las razones de interés público en la «especialización» que requieren las obras que se le encomiendan; en la «dispersión» en el espacio y en el tiempo que requieren sus actuaciones; y en la «escasa o nula rentabilidad» de las obras encomendadas en los casos de inundaciones, huracanes, calamidades similares, y servicios a los damnificados.

41) El artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, la calificó como sociedad estatal que cumple «servicios esenciales en materia de desarrollo rural y conservación del medio ambiente»; con capital de mayoría pública en el que pueden participar las Comunidades Autónomas; con un objeto social en el que cabe destacar el de «la prevención y lucha contra los incendios forestales, así como la realización de obras y tareas de apoyo técnico de carácter urgente o de emergencia» y «la financiación de la construcción o de la explotación de infraestructuras agrarias»; con la consideración de «medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración... obligada a realizar con carácter exclusivo por sí misma o sus filiales los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes»; que puede requerir la colaboración de los particula-

res, de manera que cuando subcontrata por encima de los umbrales está sometida a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 87 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre), y cuando subcontrata por debajo de los umbrales se somete a los principios de publicidad y concurrencia (disposición adicional 6.ª de la LCAP).

42) Algunas Comunidades Autónomas, como por ejemplo la de Cantabria, la considera como un medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración de la Comunidad (disposición adicional 2.ª de la Ley 11/1999, de 27 de diciembre).

43) El Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo, desarrolla a nivel reglamentario el régimen legal de TRAGSA abordando cuestiones tales como la integridad pública de su capital (art. 2); la obligatoriedad de actuar en situaciones de emergencia con carácter prioritario (art. 3.3); la naturaleza instrumental y no contractual de sus relaciones con las Administraciones Públicas, que tendrán carácter interno, dependiente y subordinado (art. 3.6); su régimen económico basado en el coste del servicio y en las tarifas unilateralmente aprobadas por la Administración (art. 4); y, finalmente, su régimen administrativo de trabajo por encargo (art. 5), entre otros aspectos.

44) Por último, dentro del régimen legal de TRAGSA, debe destacarse especialmente, la Orden del Ministerio del Interior de 26 de febrero de 2001 «BOE» del 16 de febrero) que regula la integración de TRAGSA en los dispositivos y planes de protección civil, de la que cabe destacar los siguientes apartados: la encomienda por la Dirección General de Protección Civil de actuaciones con motivo de catastrofes o calamidades de cualquier naturaleza (apartado tercero); su integración en los planes estatales de protección civil (apartado quinto); y la elaboración de programas anuales de formación para asegurar la mayor eficacia en las actuaciones de emergencia (apartado sexto).

45) El régimen legal de TRAGSA sucintamente descrito en los apartados 40 a 44 anteriores debe completarse con los siguientes comentarios y consideraciones:

i) Su capital es íntegramente público con prohibición expresa de participación del capital privado.

ii) Su objeto social prevé actuaciones de urgencia en caso de catástrofes naturales que no pueden ser encomendadas a particulares y la prestación de servicios esenciales en materia de desarrollo rural y conservación del medio ambiente. Sólo el Estado es competente para declarar determinadas actuaciones como de interés general o esencial, mediante las correspondientes disposiciones legales (art. 128 de la Constitución Española). Y es ese interés general o la prestación de servicios esenciales lo que justifica la restricción de la competencia, si se produce.

iii) No puede dudarse del carácter de servicio esencial que tiene la inmediata respuesta que deba darse a las catástrofes naturales, especial-

42/07 mente incendios forestales e inundaciones. Se pone en duda si este mismo carácter de interés general o servicio esencial concurre el mercado de obras de naturaleza agrícola, o si la Empresa se ha excedido en la participación que pudiera corresponderle en dicho mercado. Pero se trata de cuestiones de hecho que deben ser resueltas por el Tribunal nacional y no pueden ser examinadas al resolverse una cuestión prejudicial, que por su propia naturaleza debe entrar a resolver cuestiones interpretativas de normas jurídicas. A estos efectos debe bastar que la legislación española considera la actividad de TRAGSA como de interés general y prestadora de servicios esenciales y urgentes, por los que no estamos ante el supuesto planteado en la pregunta primera de la cuestión prejudicial.

iv) La empresa pública TRAGSA es considerada como medio propio de la Administración, y la participación abierta a las Comunidades Autónomas es consecuencia de las competencias que, en materia de medio ambiente, les han sido transferidas (art. 148.1.9 de la Constitución Española y los correspondientes preceptos en cada uno de los Estatutos de Autonomía). Téngase en cuenta que las catástrofes naturales no respetan los límites territoriales ni geográficos de las Comunidades Autónomas, por lo que se hace precisa la existencia de un instrumento común. Dicho de manera inversa, la inexistencia de TRAGSA obligaría a la creación de 17 «Tragsa», una por cada Comunidad Autónoma, con las consecuencias de elevación de costes e ineficiencias que no es preciso desarrollar.

v) Como más adelante se expondrá, el volumen de la actividad que TRAGSA presta a las Administraciones públicas se encuentra en el entorno del 95 por 100.

vi) TRAGSA actúa por encargo y sometida a un régimen de tarifas y no de precios, que le son fijadas unilateralmente por la Administración

vii) Como consecuencia de su condición de poder adjudicador, TRAGSA puede requerir la colaboración de particulares en las obras que le encomienden. Esta colaboración tiene una regulación precisa en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) (arts. 152, 194.2 y 199) de manera que no puede superar el 50 por 100 del proyecto; ni los umbrales de las Directivas comunitarias según se trate de obras, servicios o suministros; y, por último, la selección del empresario se llevará conforme a los procedimientos generales (arts. 73 y 74).

viii) Los encargos que recibe TRAGSA de las Administraciones Públicas son obligatorios, y equivalentes a la orden para el comienzo de la actuación.

46) Corresponde ahora examinar la valoración que sobre el régimen jurídico de TRAGSA han realizado las instancias nacionales y la propia Comisión de la UE, como antecedente a la cuestión de si TRAGSA puede considerarse como un medio propio de la Administración, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

II.2.2 Sobre los pronunciamientos del Tribunal de Defensa de la Competencia español. 42/07

47) El Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) español, ha examinado en cuatro ocasiones las cuestiones de fondo relacionadas con el régimen jurídico de TRAGSA, y en otras tres, cuestiones relacionadas con la posibilidad de elevar al Gobierno propuestas de modificación de dicho régimen. Limitándonos a los temas que nos ocupan en el presente caso, cabe citar:

i) La Resolución de 30 de abril de 1996 (expediente r 148/96), que devolvió un asunto al Servicio de Defensa de la Competencia para que procediese a una investigación más profunda con vista a una valoración adecuada del caso.

ii) La Resolución de 30 de abril de 1998 (expediente r 266/97), en la que como consecuencia de la Resolución de 1996, estimó que cuando TRAGSA ejecuta obras por orden de las Administraciones Públicas, incluidas en el ámbito de la aplicación de la normativa que configura su régimen legal, la calificación jurídica procedente es la de que se trata de obras ejecutadas directamente por la propia Administración, que contempla el artículo 153 de la LCAP. En tales casos, es la norma la que restringe la competencia y las prácticas realizadas al amparo de aquélla no pueden ser perseguidas ni sancionadas porque tienen amparo legal (anexo 4).

iii) La Resolución de 13 de marzo de 1998 (expediente r 273/97), reiteró los argumentos de la citada en el apartado b) anterior.

iv) La Resolución de 30 de marzo de 1998 (expediente r 267/97), es la resolución recurrida ante la Audiencia Nacional en el presente caso, que se acompaña como anexo 2, y en la que después de examinar detalladamente las disposiciones que constituyen el régimen jurídico de TRAGSA, volvió a reiterar que se trata de obras ejecutadas directamente por la Administración con base en el artículo 153 de la LCAP, y es la norma la que restringe la competencia y no las prácticas realizadas a su amparo. Y añadió que las normas que delimitan el estatuto jurídico de TRAGSA al regular su objeto social, contemplan la posibilidad de que cuando no actúa como medio propio de la Administración, pueda contratar obras con las Administraciones Públicas y los particulares. En tales supuestos se podrían investigar y sancionar las eventuales conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, siempre que se denuncien los supuestos concretos en que se han producido dichas conductas. El TDC no pudo entrar a conocer de supuestos concretos porque no habían sido alegados por el recurrente. Lo mismo ocurre en la presente cuestión prejudicial.

II.2.3 Sobre los pronunciamientos de la Comisión

48) La Comisión también se ha pronunciado sobre el régimen de TRAGSA. Así, el expediente 1991/4476, fue sobreesido por decisión de 29 de marzo de 1995, sin formular reserva alguna al entender que no

42/07 había vulneración de la Directiva 71/305/CEE, siendo de aplicación la doctrina de *in house providing*. Posteriormente, el procedimiento de infracción núm. 99/4975 se incoó como consecuencia de una nueva queja referida a los contratos *in house*, que fue sobreseído por decisión de 30 de abril de 2003 (anexo 5) al haberse modificado el régimen de contratación con terceros y ser considerada como poder adjudicador.

II.2.4 Sobre los pronunciamientos de la Audiencia Nacional.

49) Completando lo expuesto en el apartado 7 de este escrito, la Audiencia Nacional dictó sentencia el 26 de septiembre de 2001 (anexo 3) en el recurso interpuesto contra la resolución del TDC, y en la que, en primer lugar, rechaza la aplicación del artículo 6.3 de la Ley de Defensa de la Competencia española (abuso de posición dominante), por no haberse demostrado ni la posición de dominio ni el abuso de esa posición; en segundo lugar, rechaza la aplicación del artículo 2.2 de la misma Ley (elevación de propuestas razonadas al Gobierno), por no concurrir el primero de los requisitos exigidos para ello, esto es, que se acredite la existencia de acuerdos, decisiones o prácticas prohibidas por el artículo 1; y en tercer lugar, declara que TRAGSA es un medio propio y servicio técnico de la Administración, por disposición de Ley, que realiza los trabajos que le encomienden las Administraciones, careciendo de autonomía para aceptar o rechazar tales trabajos, por lo que no es un operador económico que goce de independencia, siendo sus obras, a todos los efectos, obras que realiza la propia Administración de las previstas en el artículo 153 de la LCAP, por lo que no se está en presencia de un problema de relaciones contractuales sino de organización. Al no haber sido planteado en el recuso no entró a examinar la conformidad del régimen de contratación de TRAGSA con la normativa comunitaria sobre contratación pública.

II.2.5 La contratación con «medio propio».

A) La figura del «medio propio» en las Directivas comunitarias.

50) La figura del «medio propio» o criterio del *in house providing* ha sido reconocida en las Directivas comunitarias como supuesto de exclusión de dicha normativa, bajo ciertos condicionamientos.

51) La Directiva sobre contratos de servicios 92/50/CEE (sustituida en la actualidad por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento y el Consejo de 31 de marzo de 2004, «DOUE L 134 de 30 de abril», sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios), excluía de su ámbito de aplicación las prestaciones de servicios que no sean contractuales y que se basen en otros instrumentos jurídicos como leyes o disposiciones administrativas. El artículo 6 de la Directiva 92/50 se inspiraba en el principio de que un poder adjudicador y una entidad bajo su control constituyen una unidad material, de manera que los servicios que esta entidad presta a aquel poder deben considerarse como servicios prestados por el propio poder adjudicador.

gador. De manera similar y apoyado en el mismo principio, el artículo 18 de la Directiva 2004/18, excluye expresamente «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».

52) En términos de interpretación analógica, dado su específico objeto, se resuelve de igual modo la cuestión en la Directiva de sectores excluidos 93/38/CEE (sustituída en la actualidad por la Directiva 2004/17/CE del Parlamento y el Consejo de 31 de marzo de 2004, «DOUE L 134 de 30 de abril», sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales). El considerando 24 de la Directiva 93/38 ya anticipaba que sólo sería de aplicación a las prestaciones de servicios en régimen de contratación, y no a las prestaciones de servicios sobre bases diferentes, como disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o contratos laborales. El artículo 11 de esta Directiva era fiel trasunto del artículo 6 de la Directiva 92/50, y lo es del artículo 18 de la Directiva 2004/18, cuando concurrían derechos especiales o exclusivos. Pero las Directivas 93/38 y 2004/17, han ido más allá, y en los artículos 13 y 23, respectivamente, para el supuesto de la no concurrencia de tales derechos especiales o exclusivos, establecieron un régimen aplicable a este tipo de contratos excluidos, consistente en exigir a los que se celebren entre empresas asociadas, que al menos el 80 por 100 del promedio del volumen de negocios que la empresa asociada haya efectuado en los últimos tres años en materia de obras, servicios o suministros prevenga de la prestación de estas obras, servicios o suministros a las empresas con las que esté asociada.

53) A pesar de tratarse de Directivas en materia de sectores excluidos las que comentamos en el apartado anterior, es importante destacar, aunque sea a efectos de interpretación analógica, que los artículos 13 y 23 citados se inspiran en la idea de que cuando la empresa que ejecuta la obra o presta el servicio o el suministro, actúa exclusivamente o casi, para la empresa de quien depende, se convierte en «medio propio» de ella, aunque no exista un previo otorgamiento de exclusiva, esto es, de derechos especiales o exclusivos. Ello explica el porcentaje del 80 por 100 que vendría a ser como una especie de sustitución o alternativa cuando no existen derechos especiales o exclusivos para poder llegar a la conclusión de ser o no «medio propio».

B) Sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

54) Debemos abordar ahora la cuestión de si TRAGSA puede considerarse como medio propio e instrumental de la Administración, no solo por su definición legal como tal, y por el reconocimiento de esta natura-

42/07 leza por los organismos nacionales de defensa de la competencia y de la Audiencia Nacional, según acabamos de ver en los apartados anteriores, sino además, porque cumple los requisitos que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tiene reconocidos para este tipo de figuras, de manera que podamos determinar si el régimen contractual de TRAGSA, como medio propio de la Administración, es conforme o no a la normativa comunitaria en materia de contratación pública.

55) La doctrina basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha distinguido entre las operaciones *in house* en sentido estricto y las operaciones *in house* en sentido amplio. Las primeras serían las que celebra un organismo de derecho público con uno de sus servicios sin personalidad jurídica propia. Las segundas serían las que las entidades adjudicadoras celebran con sociedades controladas por ellas aunque posean personalidad jurídica propia. Algún Abogado General (como la Señora Juliane Kokott, conclusiones en el asunto C-458/03, Parking Brixen, presentadas el 1 de marzo de 2005) sostiene que mientras las operaciones *in house* en sentido estricto carecen de antemano de relevancia en materia de contratos públicos, dado que se trata de procedimientos administrativos puramente internos, las operaciones *in house* en sentido amplio, también denominadas operaciones *cuasi* internas, plantean por regla general la difícil cuestión de delimitación de si existe o no una obligación de licitación. Por su parte el Tribunal de Justicia ha ido delimitando la aplicación de la excepción *in house* en sentido amplio para hacerla compatible con los principios del derecho comunitario de la contratación pública.

56) La primera de las sentencias en esta línea de delimitación es la de 18 de noviembre de 1999 (asunto C-107/98, Teckal, Rec. I-8189), que analiza la excepción *in house* en el marco de la Directiva 93/36 sobre contratos de suministros. Las Sentencias de 7 de diciembre de 2000 (asunto C-94/99, Arge, Rec p. I-11080, apartado 40) y de 11 de enero de 2005 (asunto C-26/03, Stadt Halle, apartados 48, 49, 52) aplicaron la doctrina a la interpretación de la Directiva 92/50 sobre contratos de servicios. También se ha hecho referencias a la doctrina de la excepción *in house* en asuntos relativos a concesiones administrativas, no sujetas a las Directivas sobre contratación pública, pero sí a las obligaciones de transparencia y no discriminación que se derivan de las libertades fundamentales reconocidas en el TCE (sentencias de 21 de julio de 2005, asunto C-231/03, Coname y de 13 de octubre de 2005, asunto 458/03, Parking Brixen, apartados 46 a 49). Por último, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la sujeción de los poderes adjudicadores a determinadas obligaciones generales comunitarias, fuera de la normativa sobre contratación pública, al tratarse de obligaciones que se deducen de normas básicas referidas a libertades también básicas y, especialmente, a las prohibiciones de discriminación (sentencias de 7 de diciembre de 2000 (asunto C-324/98, Teleaustria Verlags GmbH y Telefonadress GmbH, Rep p. I-10794, apartado 60); de 23 de enero de 2003 (asunto C-57/01, Makidoniko Metro y

57) La jurisprudencia antes reseñada parte de la premisa de que la normativa en materia de contratos públicos es aplicable cuando existe «un acuerdo entre dos personas distintas» (sentencia Teckal apartados 46 y 49), esto es, cuando existe un contrato, pero reconoce que los poderes públicos son libres para cumplir las funciones que les incumben en su integridad con sus propios recursos, de forma interna y sin recurrir a empresas jurídicamente independientes, públicas o privadas. En estos casos no están sujetos a las obligaciones derivadas de la normativa comunitaria sobre contratación pública o del artículo 86 CE (sentencia Stadt Halle, apartado 48). Sin embargo, al presentar dificultades la aplicación práctica de la delimitación entre operaciones internas y adjudicaciones externas, el Tribunal de Justicia, en la sentencia Teckal fundamentó su jurisprudencia en criterios sustantivos y no exclusivamente formales, exigiendo dos requisitos para que las operaciones internas celebradas entre partes con personalidad jurídica propia, puedan beneficiarse de la excepción *in house providing*: que el ente público adjudicador ejerza sobre la otra parte un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (primer criterio Teckal); y que la parte que contrata con el poder adjudicador realice la parte esencial de su actividad para la entidad o entidades adjudicadoras que la controlan (segundo criterio Teckal).

58) Un paso más se da en la sentencia Parking Brixen, al declarar que al tratarse de una excepción a las normas generales del derecho comunitario, ambos requisitos deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ella (apartado 63). En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia Stadt Halle (apartado 46).

59) Más de tres años después de pronunciarse la Sentencia Teckal, el Tribunal de Justicia emite la sentencia de 8 de mayo de 2003 (asunto C-348/97, Comisión/España), que fue dictada en un caso de aplicación de Reglamentos sobre la Organización Común de Mercado del aceite de oliva en el marco de la PAC y de las actividades del FEOGA, y que necesariamente tuvo que tener en cuenta los criterios Teckal. Contiene esta sentencia un análisis puntual y conciso en materia de contratación. En los apartados 187 y 188 declara que no obstante la autonomía financiera y contable de TRAGSA, debe considerarse como servicio propio de la Administración. En los apartados 205 y 206 concreta que «a tenor del artículo 88, apartado 4, de la Ley núm. 66/97, de 30 de diciembre de 1997, Tragsa, en tanto que medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración española, está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomiende la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas. Según los apartados 1 y 2 de dicho ar-

42/07 título, Tragsa es una sociedad estatal en cuyo capital social pueden participar las Comunidades Autónomas mediante la adquisición de acciones. Por tanto, las autoridades españolas podían encomendar legítimamente a Tragsa los trabajos relativos a la implantación del registro oleícola sin recurrir al procedimiento de licitación». No obstante la claridad de estos pronunciamientos, el Tribunal nacional remitente plantea dudas sobre la compatibilidad de esta Sentencia con las más recientes, por lo que se ha hecho necesario el análisis realizado en los apartados anteriores.

60) Se trata a continuación de comprobar si los dos criterios Teckal concurren en el caso de TRAGSA.

C) El criterio del control.

61) Por lo que se refiere al criterio de «control análogo», el Tribunal de Justicia ha precisado en la sentencia Stadt Halle (apartado 49), que cualquier participación de particulares, aun sea una mera participación minoritaria, excluye el ejercicio de un control análogo al ejercido sobre servicios propios. Así declara que «la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios». El Tribunal apoya su jurisprudencia en la preservación del interés general como señala el apartado 50 de la sentencia al decir que «... la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta». Por último en el apartado 51 se declara que: «... la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores». Esta jurisprudencia ha sido confirmada posteriormente en los asuntos citados Coname y Parking Brixen en los que existían, o se preveía que existiera, una participación privada de carácter minoritario.

62) Estos criterios jurisprudenciales de participación minoritaria son más estrictos que los habituales en el derecho de la competencia, según los cuales, la participación mayoritaria en el capital social y de la mayoría de los derechos de voto, así como la posibilidad de nombramiento de la mayoría de los órganos de gobierno de la empresa, permiten apreciar la existencia de un control a los efectos de considerar la existencia de una filial de una empresa pública según el artículo 86 CE. (V. los apartados 13,

14, 18 y siguientes de la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo). Sin embargo, tales criterios no serían suficientes a los efectos del «control análogo» como primer criterio Teckal.

63) De la jurisprudencia anterior se desprende que una mínima participación privada impide que la parte pública ejerza un control análogo al que ejercería sobre sus propios servicios, tanto si la titularidad pública es única como compartida. En el asunto C-458/03, Coname, concurría el elemento de participación privada al que hemos aludido, pero también el Tribunal analiza si el porcentaje de la propiedad de la entidad adjudicadora en el capital de la empresa adjudicataria puede considerarse suficiente para ejercer el control requerido en la sentencia Teckal. Dicho porcentaje se eleva al 0,97 por 100 y el Tribunal de Justicia consideró que es demasiado pequeño para permitir tal control.

64) Debe ahora analizarse si TRAGSA cumple estos requisitos jurisprudenciales. La consideración de TRAGSA como medio propio de la Administración y la aplicación a sus relaciones contractuales de la excepción *in house* cumple todos los requisitos de la jurisprudencia comunitaria. En efecto, en primer lugar, las tareas encomendadas son de interés público. Así lo señala el propio auto del Tribunal Supremo cuando recoge en su Fundamento de Derecho segundo la sentencia recurrida de la Audiencia Nacional. Así también lo ha reconocido la propia Comisión Europea durante el procedimiento de infracción núm. 1999/4975 que se cerró el 30 de abril de 2003 al haber sido modificado el régimen de contratación de TRAGSA con terceros (y ser considerada, a estos efectos, poder adjudicador) y el propio Tribunal de Justicia ha reiterado con ocasión del examen de numerosos asuntos relativos a servicios de interés económico general (art. 86.2 del Tratado CE) que los Estados miembros tienen las más amplias facultades para determinar los servicios que tienen la consideración de esenciales, sin que haya impuesto hasta la fecha limitaciones de ningún tipo ni en razón del objeto de los contratos, ni de su importe, ni de su número.

65) En segundo lugar, la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2003, asunto C-349/97, citada por el órgano remitente en la 3.^a pregunta de la cuestión prejudicial, se dictó cuatro años más tarde que la Sentencia Teckal. Es razonable pensar que el Tribunal la tuvo muy presente cuando en el apartado 187 señala refiriéndose a TRAGSA que «un organismo de esta índole, que, pese a su autonomía financiera y contable, está plenamente sujeto al control del Estado, debe considerarse uno de los servicios propios de la administración española en el sentido del artículo 3, apartado 5, párrafo primero, del Reglamento núm. 154/75».

66) En tercer lugar, la titularidad de las acciones de Tragsa es 100 por 100 pública. El artículo 2 de la ley de creación de la compañía establece el carácter público de su capital social. Ciertamente TRAGSA no pertenece a un único titular (SEPI 51 por 100, Fondo Español de Garantía

42/07 Agraria (FEGA) 38,9 por 100, Dirección General del Patrimonio del Estado 10 por 100, Comunidad Foral de Navarra, Comunidad Autónoma de Cantabria, Comunidad de Madrid y Comunidad de Castilla-La Mancha 0,01 por 100). Pero a diferencia de otras situaciones estatutarias que proporciona el Derecho comparado, el régimen legal de TRAGSA prevé expresamente la integridad pública de su capital social, según se dispone en el artículo 2 del Real Decreto 371/1997, de 5 de marzo (el capital social de la sociedad estatal TRAGSA será íntegramente de titularidad pública»), sin que medie participación alguna real o potencial de carácter privado. En cuanto al grado de autonomía del Consejo de Administración de TRAGSA en sus actuaciones, en relación con el apartado 66 de la Sentencia Parking Brixen, cabe subrayar que el Estado en calidad de accionista establece la orientación estratégica de la empresa, fija con carácter unilateral la remuneración de las prestaciones de cada encargo, dota sus necesidades de financiación y recursos propios y controla los resultados de la gestión.

67) Además de lo anterior debe destacarse que TRAGSA en su condición de «sociedad mercantil estatal», está sometida a los siguientes controles:

68) Tiene la consideración de «sociedad mercantil estatal» según lo dispuesto en el artículo 88.1 de la Ley 66/1997, citada en el apartado 41 de este escrito.

69) Los controles que se derivan de las disposiciones contenidas en Capítulo II del Título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPA) de 3 de noviembre de 2003 (anexo 6). Conforme al artículo 166.1.c) las sociedades estatales mercantiles son las que tienen una participación pública superior al 50 por 100, bien sea directamente, bien sea a través de organismos públicos estatales, fundaciones públicas u otras sociedades mercantiles estatales.

70) Los controles que se derivan de su pertenencia al sector público estatal y concretamente al «sector público empresarial», según se definen en los artículos 2.1.e) y 3.2 de la Ley General Presupuestaria de 26 de noviembre de 2003 (LGP) (anexo 7) de 26 de noviembre de 2003. Y en concreto: la obligación de elaborar un presupuesto de explotación y un presupuesto de capital (art. 64), que forman parte de los Presupuestos Generales del Estado que aprueba el Parlamento (art. 65.1); la obligación de elaborar un programa de actuación plurianual que aprueba el Gobierno (art. 66.4); la obligación de rendir cuentas de sus operaciones al Tribunal de Cuentas del Reino, cualquiera que sea su naturaleza, por conducto de la Intervención General de la Administración del Estado (art. 119); la obligación de someterse a auditorías públicas según las instrucciones que dicte la Intervención General del Estado (art. 162); y por último, la obligación de someterse a auditorías privadas impuestas por la legislación mercantil general (art. 163).

71) Finalmente los controles derivados del artículo 11 de la Ley 5/1996, de 10 de enero, sobre la creación de determinadas entidades de derecho público (anexo 8) atribuyendo a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) amplias facultades de control sobre las empresas participadas.

D) El criterio de la parte esencial de la actividad.

72) Como se ha indicado en el apartado 57 de este escrito, el segundo de los criterios de la jurisprudencia Teckal, el desarrollar la parte esencial de la actividad para la Administración concedente, no ha sido objeto de revisión por el Tribunal. La Abogado General del asunto Stadt Halle subraya que la sentencia Teckal no contiene ninguna indicación sobre el método de cálculo de la participación, por lo que no es evidente que dependa únicamente del volumen de negocios (punto 88). En consecuencia, el juez nacional debe determinar el carácter esencial de la actividad basándose en circunstancias cuantitativas y cualitativas. También puede resultar importante la posición que ocupe el organismo controlado en el mercado, en particular la situación competitiva frente a sus eventuales competidores (punto 89). También estima la Abogado que deben tenerse en cuenta las actividades efectivamente realizadas y no las actividades que puedan realizarse con arreglo a la ley o a los estatutos sociales de la sociedad. Así pues, la cuestión capital es la proporción a partir de la cual se alcanza el umbral de aplicación de la excepción establecida en la Sentencia. La Abogado se inclina por no establecer un porcentaje fijo pero también considera que este requisito debe interpretarse de manera estricta.

73) En la misma línea se expresa el Abogado General del asunto Parking Brixen. Se decanta en el apartado 81 de sus conclusiones por aplicar el criterio de actividad efectiva de la empresa al entender que dicha actividad permite saber si la empresa actúa del mismo modo que otras en el mercado o bien si está tan intensamente vinculada a los poderes públicos que los contratos entre ella y la entidad adjudicadora pueden equipararse a operaciones internas y, en consecuencia, justifican una excepción a las disposiciones de la normativa en materia de contratos públicos. De acuerdo con el apartado 82 basta con que la empresa desarrolle una parte fundamental de su actividad con la entidad o entidades adjudicadoras que poseen sus participaciones, siendo irrelevante la eventual realización de trabajos por encargo de terceros siempre que revista sólo una importancia secundaria. Para apreciar esta circunstancia considera el Abogado General (apartado 83) que un primer indicio podría ser el porcentaje del volumen de negocios que esta empresa obtenga con los encargos de sus titulares de participaciones de carácter público. Si una empresa tiene varios ámbitos de actividad, habrá que tener también en cuenta en cuántos de esos ámbitos desarrolla la parte fundamental de su actividad para los titulares públicos de participaciones y qué importancia tienen estos ámbitos de actuación para la empresa. Según los datos facilitados por la empresa la matriz TRAGSA en el año 2002 realizó un 92,7 por 100 de trabajo obligatorio, y

42/07 un 7,3 por 100 de trabajo no obligatorio. En el año 2003 tales porcentajes fueron 95,1 por 100 y 4,9 por 100 respectivamente. Y en el año 2004, los porcentajes fueron de 95,2 por 100 y 4,8 por 100 respectivamente. No obstante los datos anteriores debe recordarse que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no tiene establecido un porcentaje para cuantificar el criterio de «parte esencial de la actividad» (segundo criterio Teckal), y que, como pusimos de manifiesto en el apartado 51 de este escrito, la cifra del 80 por 100 solo está prevista en la Directiva 2004/17/CE de contratos de los sectores excluidos para los realizados entre empresas «asociadas».

E) Conclusión.

74) De todo lo anterior cabe concluir que el régimen jurídico de TRAGSA es compatible con las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, por reunir tanto los requisitos legales como las exigencias que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido para la aplicación de la excepción *in house providing*. Y una vez contestada esta segunda pregunta, la respuesta a la primera, congruentemente, debe ser que es compatible en los términos del artículo 86.1 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, cuando concurren circunstancias de urgencia o interés público, que dicho Estado miembro, único competente para ello, haya estimado que concurren, a los efectos de configurar legalmente aquel régimen jurídico

II.3 Sobre la tercera de las preguntas planteadas.

75) La tercera de las preguntas obliga a indagar en la motivación que lleva al Tribunal nacional a plantear la «hipótesis» de que las declaraciones contenidas en la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2003 (asunto C-349/97) citada en el punto 59 de este escrito, puedan quedar desvirtuadas por «el resto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de contratación pública y considerando que la Administración encarga a TRAGSA un alto número de obras que quedan detraídas del régimen de libre competencia, y que esta circunstancia pudiera suponer una distorsión significativa del mercado relevante». Es evidente que el Tribunal remitente no afirma que el resto de la jurisprudencia en materia de contratación pública, y que hemos examinado en los apartados 53 a 68 de este escrito, desvirtúen las declaraciones contenidas en la Sentencia de 8 de mayo de 2003 (asunto C-349/97). Sino que plantea la hipótesis de que «considerando que la Administración encarga a TRAGSA un alto número de obras», las declaraciones de esta Sentencia no sean aplicables, teniendo en cuenta el resto de la jurisprudencia sobre contratación pública.

76) Este planteamiento de la tercera pregunta se encuentra conectado con los razonamientos contenidos en Fundamento Jurídico cuarto del Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial en el que, como ya señalamos en el apartado 22 de este escrito, se decía que, «sin embargo en el

presente caso la parte demandante ha puesto de relieve unas circunstancias de hecho no consideradas en la citada Sentencia, como lo es la ya mencionada participación de la empresa pública en un determinado mercado (el de obras de naturaleza agrícola) en un grado tan destacado que pudiera producir una alteración sustancial del mismo, por mucho que la actuación de la citada empresa pública sea formalmente «ajena al mercado», en la medida en que desde un punto de vista jurídico sea la propia Administración la que actúa».

77) Pues bien, el Tribunal remitente, no sólo se pronuncia en términos de hipótesis («pudiera producir»), sino que contiene una serie de afirmaciones o suposiciones de hecho respecto de las que no proporciona dato alguna para proceder a su valoración. Así cuando se refiere a que la «Administración encarga a TRAGSA un alto número de obras»; a que la parte demandante ha puesto de relieve «unas circunstancias de hecho»; o a que pudiera producirse «una distorsión significativa del mercado relevante» o «una alteración sustancial» del mercado de obras de naturaleza agrícola.

78) Examinando «las circunstancias de hecho que la parte demandante ha puestos de relieve», según la expresión del Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, resulta del escrito de interposición del recurso de casación, que se limita a destacar el volumen de encargos que TRAGSA recibió de las Administraciones Pública en el período de 1990 a 1997 (p. 37), es decir, los encargos efectuados al medio propio que es TRAGSA; a señalar la proporción que en dicho volumen de encargos representan las obras extraordinarias o urgentes (inundaciones, huracanes, incendios o catástrofes similares) respecto de los encargos de interés público no extraordinarios o urgentes (pp. 56 y 57); y el porcentaje de las obras respecto de las que TRAGSA ha recabado la colaboración con empresas privadas (p. 60). Pero ni el recurrente en casación ha aportado, ni el Tribunal nacional remitente han proporcionado al Tribunal de Justicia elementos fácticos mínimos para poder decidir (lo que, por otra parte es ajeno a la competencia del Tribunal al resolver una cuestión prejudicial) si se produce una distorsión de un mercado concreto y de ámbito nacional. Todo ello sin perjuicio de que la cuestión se escapa de las normas sobre contratación pública para entrar en el campo del derecho de la competencia.

79) A lo anterior hay que añadir que los datos aportados por el recurrente en casación a que hemos referencia en el punto anterior, corresponden a informes del Servicio de Defensa de la Competencia español de 16 de octubre (aportado como anexo 1), 21 de octubre y 21 de diciembre de 1997, esto es, casi seis años antes de la Sentencia de 8 de mayo de 2003 (asunto C-349/97), por lo que debe aceptarse la presunción de que el Tribunal pudo conocer tales informes. En todo caso resulta evidente que no se conoce ninguna «circunstancia de hecho aportada por el recurrente», con posterioridad al 2003 que obligue al Tribunal a cambiar el contenido de su Sentencia de 8.5.2003.

80) De la Memoria de 2004 de TRAGSA, que se aporta como anexo 9, se deduce que la producción neta de la sociedad en el año 2004 fue de 674.012.000 €, disminuyendo respecto de la de 2003, que fue de 685.825.000 €. Así mismo se deduce que los porcentajes de incremento o disminución en las diversas áreas de actuación no suponen cambios sustanciales en lo que es la tendencia normal de los negocios. En cualquier caso, y con independencia de estos datos, aún aceptando la «hipótesis» de que se hubiera producido una alteración significativa de la competencia, no puede olvidarse que ello no sería consecuencia de la actuación de TRAGSA en un determinado mercado nacional, sino la consecuencia de que una normativa con rango de Ley ha sustraído dicho mercado de la competencia, por lo que no nos encontramos en presencia de relaciones contractuales que afectan o no a la competencia, sino en presencia de una decisión organizativa e instrumental adoptada legalmente.

81) Por todo lo anterior, estimamos que el Tribunal de Justicia debe rechazar responder a la tercera pregunta por cuanto el órgano nacional remitente no ha proporcionado los elementos de hecho mínimos e indispensables para ello. O subsidiariamente, responder en el sentido de que no son aplicables las Directivas comunitarias sobre contratación pública, ni se produce distorsión significativa de la competencia del mercado relevante, por cuanto que dicho mercado ha sido defraudado por disposición legal a la competencia.

Por todo lo expuesto a lo largo de este escrito la representación del Reino de España considera que la cuestión prejudicial debe declararse inadmisibles en base a los argumentos desarrollados en los apartados 3 a 30 de este escrito.

Subsidiariamente, para el caso de que la pretensión de inadmisibilidad no fuese atendida, el Tribunal debería responder a las preguntas en los siguientes términos:

a) A la primera pregunta: que es compatible en los términos del artículo 86.1 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, cuando concurren circunstancias de urgencia o interés público, que dicho Estado miembro, único competente para ello, haya estimado que concurren, a los efectos de configurar legalmente aquel régimen jurídico.

b) A la segunda pregunta: que el régimen jurídico de TRAGSA es compatible con las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, por reunir tanto los requisitos legales como las exigencias que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido para la aplicación de la excepción *in house providing*.

c) A la tercera pregunta: el Tribunal de Justicia debe rechazar responder a ella por cuanto el órgano nacional remitente no ha proporcionado los elementos de hecho mínimos e indispensables para ello. O subsidiaria-

mente, responder en el sentido de que no son aplicables las Directivas comunitarias sobre contratación pública, ni se produce distorsión significativa de la competencia del mercado relevante, por cuanto que dicho mercado ha sido detraído por disposición legal a la competencia. **42/07**