

CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

11. SOCIEDADES ESTATALES INSTRUMENTALES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Consulta sobre la posibilidad de que una sociedad estatal se constituya en medio instrumental de una entidad pública empresarial que tiene legalmente encomendada la gestión de un servicio público. Inaplicación al supuesto del artículo 154.2 del TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Necesidad de modificación del artículo 100 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y sus consecuencias. Aplicación de normas análogas a las establecidas para otras sociedades instrumentales ¹.

ANTECEDENTES

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

«Remolques Marítimos, S. A.» (en adelante REMASA) fue constituida en el año 1966 con la denominación de «Remolcadores de Pasajes, S. A.» Su objeto social era, entre otros, la prestación de servicios de remolque para tráfico interior en el puerto de Pasajes.

Tras diversos cambios a lo largo de su existencia, que se resumen en la documentación que se adjunta, el 17 de septiembre de 1993 la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (en adelante SASEMAR) adquiere el 100 por 100 de las acciones de REMASA, de acuerdo con lo previsto en el artículo 100 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

Desde finales de los 80, REMASA se dedica en exclusiva a la prestación de servicios para SASEMAR, así como algunos para la Administración Marítima. La relación contractual entre REMASA y SASEMAR es mediante contratos de servicios adjudicados por concurso.

Habida cuenta de que REMASA trabaja exclusivamente para SASEMAR, al objeto de cumplir los objetivos que la legislación atri-

¹ Dictamen de la Abogacía General del Estado de 10 de enero de 2003 (ref.: A. G. Entes Públicos 37/02). Ponente: M.ª Jesús Prieto Jiménez.

buye a ésta, se ha planteado la posibilidad de que REMASA se constituya, mediante el instrumento legal adecuado, en medio instrumental de SASEMAR.»

2. De acuerdo con estos antecedentes, y «teniendo en cuenta que REMASA es una empresa naviera, (y) considerando las peculiaridades de este sector, así como la necesidad de que las actuaciones sean ágiles y dinámicas en todos los aspectos, tal y como permita el actual marco legal de sociedad anónima», el Presidente de REMASA recaba el asesoramiento de este Centro directivo, al amparo del Convenio de Asistencia Jurídica de 23 de mayo de 2001, solicitando emita su parecer «sobre las implicaciones que pudieran derivarse para las actuaciones de REMASA bajo el marco jurídico de la empresa instrumental, contratos con SASEMAR, con terceros, política de personal, riesgos con los tribunales de la competencia, etc.».

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. La posibilidad que plantea la consulta formulada por REMASA de que esta sociedad mercantil se constituya, mediante el instrumento legal adecuado, en medio instrumental de SASEMAR se suscita a la vista del artículo 154 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), que la nota sobre REMASA que se adjunta al escrito de consulta considera podría ser aplicable a la mencionada compañía, «dada la participación exclusiva en su capital de SASEMAR –entidad de Derecho público del art. 6.1.b) de la Ley General Presupuestaria, según el artículo 86 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre».

Procede, por ello, analizar el referido artículo 154 del TRLCAP, que encabeza el Título II (rubricado «Del contrato de gestión de servicios públicos») del Libro II del mencionado texto legal y dispone lo siguiente:

«1. Los contratos mediante los que las Administraciones Públicas encomiendan a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio.

2. No serán aplicables las disposiciones de este Título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de Entidades de Derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma.»

El precepto transcrito reproduce, en lo sustancial, lo que disponía el artículo 155 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (derogada por el TRLCAP), cuya posible aplicación

11 a las relaciones jurídicas existentes entre REMASA y SASEMAR fue examinada por este Centro directivo en el informe de 2 de octubre de 1997 (ref.: A. G. Entes Públicos 14/97), por lo que las consideraciones que en el mismo se efectuaban resultan plenamente aplicables a la consulta actualmente formulada, como se expone a continuación.

II. A estos efectos conviene, ante todo, destacar que en el informe de 2 de octubre de 1997 citado se concluía que «las relaciones entre la Sociedad Estatal de Salvamento y Seguridad Marítima y la compañía mercantil “Remolques Marítimos, Sociedad Anónima” no pueden entenderse comprendidas en el artículo 155.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas» (conclusión primera), conclusión que se fundaba en la inexistencia de atribución normativa a REMASA de la gestión del servicio público de salvamento marítimo y lucha contra la contaminación del medio marino, ya que la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos y de la Marina Mercante (LPMM) atribuye única y exclusivamente la gestión de este servicio público a SASEMAR y, considerándose este requisito esencial para los dos supuestos contemplados por el artículo 155.2 de la Ley 13/1995, las relaciones contractuales existentes entre ambas entidades para la gestión del mencionado servicio público no podían entenderse comprendidas en este precepto, que tiene por base, precisamente, la inexistencia de relación contractual alguna entre la Administración titular del servicio público de cuya gestión se trate y la entidad, pública o privada, a la que se atribuya tal gestión, ni pueden, por ello, entenderse excluidas tales relaciones contractuales de la aplicación de la Ley 13/1995, cuya aplicación a SASEMAR se había sostenido en el anterior informe de este Centro de 10 de julio de 1995 (ref.: MOTMA 122/95) y se reiteró en el posterior informe de 22 de enero de 1999 (ref.: A. G. Entes Públicos 1/99).

La interpretación expuesta del artículo 155.2 de la Ley 13/1995 ha de mantenerse en relación con el actual artículo 154.2 del TRLCAP que, como su precedente legislativo inmediato, delimita negativamente el concepto del contrato de gestión de servicios públicos excluyendo de tal concepto determinados supuestos de la denominada gestión directa de los servicios públicos, en los que no existe el contrato antes aludido, propio de la gestión indirecta.

En este sentido, procede recordar que el concepto de contrato de gestión de servicios públicos se delimita positivamente en el artículo 154.1 del TRLCAP (como en el anterior art. 155.1 de la Ley 13/1995) mediante la idea de la encomienda a una persona, natural o jurídica, de la gestión de un servicio público, lo que ha de ser complementado, también en la delimitación positiva del concepto que se examina, con el contenido del artículo 155.1 del propio TRLCAP (y antes el art. 156.1 de la Ley 13/1995), según el cual «la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios

particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos». El apartado 2 del artículo 154 del TRLCAP completa la delimitación del contrato de gestión de servicios públicos desde un punto de vista negativo, en cuanto contempla, como queda indicado, los supuestos de gestión del servicio público a través de entidades instrumentales de la Administración titular del servicio o de un ente público de la misma, supuestos que se incluyen en la denominada gestión directa por cuanto las relaciones de estas entidades instrumentales con la Administración titular del servicio en la que se integran o con la que se vinculan no son relaciones de naturaleza contractual sino instrumental, establecida por una norma jurídica y no por un contrato, de modo que no existe en estos supuestos el contrato administrativo antes aludido, propio de la gestión indirecta de los servicios públicos, ni ningún otro tipo de relación contractual.

En este sentido, se indicaba en el referido informe de este Centro de 2 de octubre de 1997 lo siguiente:

«... En general, existe gestión directa de un servicio cuando lo presta efectivamente la Administración titular del mismo con sus propios medios personales y materiales, supuesto en el que queda también comprendido el caso de la gestión del servicio por entidades creadas específicamente para esta finalidad y que tienen la consideración de entidades instrumentales, porque, aunque ostenten personalidad jurídica propia y autonomía patrimonial, siguen encuadradas en la Administración titular del servicio público de la que dependen o a la que están vinculadas; en este último supuesto, es decir, en el caso de creación de una entidad para la gestión del servicio público, la relación entre la aludida Administración y dicha entidad no es, como fácilmente se comprende, una relación de naturaleza contractual, pues la creación de la entidad y la gestión por ella del servicio no tienen su origen en ningún contrato, sino en la determinación de una norma jurídica, sea la misma norma que dispone la publicación de una actividad, es decir, su calificación como servicio público y su asunción por la Administración como propia de la misma (“publicatio”), sea una norma posterior. En suma, la exclusión que del concepto de contrato de gestión de servicios públicos hace el apartado 2 del artículo 154 del TRLCAP no es sino una consecuencia lógica del contenido de la propia Ley, dado que ésta regula los contratos de las Administraciones públicas y que no existe relación contractual alguna en los supuestos que contempla el citado apartado.»

Delimitado negativamente el concepto de contrato de gestión de servicio público en los términos que anteceden, ha de reiterarse que el artículo 154.2 del TRLCAP equipara, para negar la existencia del referido contrato, el supuesto de gestión de servicios públicos por entidades de Derecho público creadas específicamente para esta finalidad y el caso de gestión del servicio por sociedad de Derecho privado «en cuyo capital sea exclusiva (y no ya mayoritaria, como añadía el anterior art. 155.2 de la

11 Ley 13/1995) la participación de la Administración o de un ente público de la misma».

Y como también se indicaba en el anterior informe,

«Aunque, por razón de la naturaleza jurídica de las entidades a que se refiere el artículo 155.2 del TRLCAP, se trate de supuestos formalmente distintos (entidades jurídico-públicas, en un caso, y entidades jurídico-privadas, en otro), la equiparación, a los aludidos efectos, de ambas fórmulas se justifica en la común base sobre la que se asientan, cual es el carácter instrumental que las dos clases de entidades aludidas tienen respecto de la Administración titular del servicio público. Este carácter instrumental se pone de manifiesto, en el caso de las entidades de Derecho público, en su creación (mediante una norma de rango adecuado) con el específico designio de gestionar el servicio de que se trate y en el caso de las sociedades de Derecho privado resulta de las circunstancias de que la Administración titular del servicio (o un ente público de la misma) adquiera (al constituirse la sociedad o en un momento posterior) la totalidad o la mayoría (posibilidad ésta última no contemplada por el art. 154.2 del Texto Refundido vigente del TRLCAP) del capital de aquéllas y de que, a su vez, se le atribuya, con carácter general, la gestión del servicio».

La atribución normativa de la gestión del servicio público a la entidad instrumental resulta, pues esencial, tanto si se trata de una entidad de Derecho público como si es una sociedad mercantil cuyo capital pertenece exclusivamente a la Administración titular del servicio o a un ente público de la misma. Y tal atribución normativa no existía en relación con REMASA, como se señalaba en el tan citado informe de 2 de octubre de 1997, aunque sí con respecto a SASEMAR, circunstancias que subsisten en la actualidad.

III. Efectivamente, la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM), tras calificar en su artículo 87 como servicio público el de «salvamento de la vida humana en la mar y de la lucha contra la contaminación del medio marino», que «se prestará por la Administración del Estado, así como por las restantes Administraciones Públicas competentes», dispone la creación de una entidad de Derecho público para la gestión del aludido servicio.

Así, el artículo 89.1 de la LPMM establece que «se crea, adscrita al Ministerio de Obras Públicas y Transportes (actualmente, Ministerio de Fomento) y con la denominación de Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima, una entidad de Derecho Público de las comprendidas en el apartado 1.b) del artículo 6 de la Ley General Presupuestaria (actual Entidad Pública Empresarial comprendida en el art. 43.1.b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con el Real Decreto 370/1999, de 5 de marzo), con personalidad jurídica, patrimonio propio, y plena capacidad de obrar», y el artículo 90 del mismo texto legal establece que «corres-

ponde a la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima la prestación de los servicios de búsqueda, rescate y salvamento marítimo, de control y ayuda del tráfico marítimo, de prevención y lucha contra la contaminación del medio marino, de remolque y embarcaciones auxiliares, así como la de aquellos complementarios de los anteriores».

Por consiguiente, la gestión del servicio público de salvamento marítimo y lucha contra la contaminación del medio marino se atribuye por la LPMM única y exclusivamente a SASEMAR, sin que el aludido texto legal ni ninguna otra norma jurídica atribuya la gestión del mencionado servicio a REMASA ni prevean otra posibilidad de que la misma participe en tal gestión que la derivada de las relaciones contractuales que pueda establecer con SASEMAR, regidas por el TRLCAP. Así las cosas, el supuesto que contempla el inciso final del artículo 154.2 del TRLCAP no es actualmente aplicable a REMASA, como tampoco lo era el anterior artículo 155.2 de la Ley 13/1995, pues si bien la mencionada entidad es una sociedad de Derecho privado cuyo capital pertenece exclusivamente a una entidad pública empresarial (SASEMAR) dependiente de la Administración titular del servicio, falta el requisito de la atribución a la referida sociedad de la gestión del servicio público en virtud de una norma jurídica (es evidente que la norma del art. 100 de la LPMM, relativa a lo que impropriadamente denomina «transformación» de REMASA, no contiene tal atribución). Ha de insistirse, por lo ya expuesto, en que este segundo requisito es de esencia a los dos supuestos que prevé el artículo 154.2 del TRLCAP.

En consecuencia, la única posibilidad de que REMASA participe en la gestión del servicio público de salvamento de la vida humana en la mar y lucha contra la contaminación del medio marino que la LPMM atribuye a SASEMAR pasa por la modificación del artículo 100 de este texto legal por una norma del mismo rango que, además de reflejar la actual titularidad exclusiva de SASEMAR sobre el capital social de REMASA, estableciera la participación de esta sociedad mercantil en la prestación del servicio público gestionado por SASEMAR, configurando a aquélla como medio instrumental propio de ésta y obligándola a prestar los servicios que, estando comprendidos en su objeto social, le encomendará SASEMAR dentro de las funciones que ésta entidad tiene atribuidas para la gestión del meritado servicio público. De este modo, el artículo 154.2 del TRLCAP sería de aplicación a REMASA y la relación entre esta entidad mercantil y SASEMAR no tendría naturaleza contractual sino instrumental, nacida de la norma legal que, modificando el artículo 100 de la LPMM en el sentido indicado, completara los requisitos exigidos por el artículo 154.2 del TRLCAP, conforme a lo expuesto.

Se da con ello respuesta a la primera cuestión planteada en la consulta, relativa a la posibilidad de que REMASA se constituya, mediante el instrumento legal adecuado, en medio instrumental de SASEMAR, posibilidad que se confirma, con las matizaciones que se dirán, a través de la modifica-

11 ción del artículo 100 de la LPMM en los términos señalados y a efectos de completar los requisitos exigidos por el artículo 154 del TRLCAP.

IV. Examinada en los términos expuestos la posibilidad de que REMASA se constituya, mediante la modificación legal indicada en el fundamento anterior, en un medio instrumental de SASEMAR, resulta necesario analizar las implicaciones que pueden derivarse para las actuaciones de REMASA bajo el marco jurídico de la empresa instrumental en lo que se refiere, en particular, a los contratos con SASEMAR, con terceros, política de personal y riesgos con los tribunales de la competencia a que alude la consulta.

A los anteriores efectos conviene, ante todo, señalar que la indicada modificación normativa ampara la configuración de REMASA como medio instrumental de SASEMAR a efectos de la participación de la primera en la prestación del servicio público cuya gestión tiene legalmente atribuida la citada entidad pública empresarial, esto es, a efectos del artículo 154.2 del TRLCAP que, como queda indicado, determinaría la inaplicación de dicho texto legal a las relaciones que, en lo sucesivo, se establecieran entre SASEMAR y REMASA para la ejecución de actuaciones dirigidas al salvamento marítimo o a la lucha contra la contaminación marina, actuaciones que ya no serían contractuales y que REMASA estaría obligada a desempeñar a requerimiento de SASEMAR como medio instrumental de ésta y de acuerdo con las disposiciones normativas que así lo establecieran para los fines indicados.

Así las cosas, en la medida en que tales actuaciones estuvieran anteriormente establecidas en virtud de los correspondientes contratos, fueran contratos de gestión de servicios públicos (como el que consta celebrado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/1995 en el antecedente 1.º del informe de 2 de octubre de 1997) o se tratara de otros tipos de contratos (como los contratos de servicios de tripulación y mantenimiento de buques, embarcaciones o unidades marítimas propiedad de SASEMAR destinadas al salvamento marítimo y lucha contra la contaminación, o los de fletamento de buques o embarcaciones propiedad de REMASA con los mismos fines que se relacionan en el documento adjunto a la consulta), la modificación normativa indicada podría establecer que tales contratos celebrados quedaran resueltos a la entrada en vigor de la misma, sin perjuicio de que REMASA continuara desempeñando los servicios correspondientes, pero, de acuerdo con la nueva normativa, en su condición de medio instrumental propio de SASEMAR, de modo que no podría percibir contraprestación alguna de SASEMAR por tales servicios, aunque se podría disponer en la misma norma que esta entidad pública empresarial sufragara los costes asumidos por REMASA para su prestación en la medida en que su cobertura no estuviera prevista de otro modo en los presupuestos de esta mercantil, integrados en los Presupuestos Generales del Estado, dado que la misma debe calificarse como sociedad estatal [arts. 6.1.a) y 48.1.c)] del Texto Refundido de la Ley General Presupues-

taria aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre (LGP) en la medida en que su capital pertenece exclusivamente a una entidad pública empresarial estatal.

A estos efectos, debieran tenerse en cuenta las disposiciones normativas actualmente existentes en cuya virtud se ha atribuido a otras sociedades mercantiles de capital exclusivamente público la condición de medios instrumentales propios (y servicio técnico) de la Administración del Estado y de otras Administraciones públicas, como es el caso de la Empresa de «Transformación Agraria, S. A.» (TRAGSA, en virtud del art. 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre), la «Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, S. A.» (SEGIPSA, conforme a la disposición adicional segunda de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre), y la «Sociedad Estatal para las Enseñanzas Aeronáuticas Civiles, S. A.» (SENASA, de acuerdo con el art. 67 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre).

Debe, no obstante, indicarse que una previsión normativa como la indicada, en la medida en que excluye la aplicación del TRLCAP y, consiguientemente, de la contratación con arreglo a los principios de publicidad y concurrencia que la misma establece y que vinculan a todas las Administraciones públicas e incluso a las sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público (disposición adicional sexta del TRLCAP), puede considerarse una medida restrictiva de la competencia, como apunta la nota adjunta a la consulta, pues excluye de la prestación de estos servicios a otras empresas del sector que en la situación actual pueden concurrir con REMASA en los concursos que convoca SASEMAR para la adjudicación de los contratos de servicios o de fletamento antes aludidos (servicios de tripulación y mantenimiento de buques, embarcaciones o unidades marítimas propiedad de SASEMAR destinadas al salvamento marítimo y lucha contra la contaminación o los de fletamento de buques o embarcaciones propiedad de REMASA con los mismos fines). De ahí que este tipo de previsiones normativas sólo pueda efectuarse mediante norma con rango de ley que, además contemple las prevenciones necesarias para que la restricción de la competencia que se introduce por esta vía no sea contraria a las normas no sólo estatales, sino comunitarias que protegen este principio.

V. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, conforme a lo expuesto, el artículo 154 del TRLCAP, excluiría, previa la modificación normativa indicada en el fundamento anterior, la aplicación de las disposiciones del Título II del Libro II de este texto legal a las relaciones entre SASEMAR y REMASA dirigidas a la gestión del servicio público mencionado, y ello con fundamento en el carácter no contractual sino meramente instrumental de tales relaciones. Sin embargo, esta exclusión no alcanzaría a las relaciones que pudieran existir entre ambas entidades pero que estuvieran dirigidas a fines distintos de los que constituyen la gestión del servicio público de continua alusión, como tampoco a las relaciones que pudieran establecer SASEMAR o REMASA con terceros, aun cuando

11 estuvieran dirigidas al mismo fin de gestión del servicio público de salvamento marítimo y lucha contra la contaminación.

Efectivamente, como queda expuesto en el fundamento anterior y destaca la nota sobre REMASA que se adjunta al escrito de consulta, los fines de SASEMAR no están exclusivamente constituidos por la prestación del servicio público de salvamento de la vida humana en el mar y de lucha contra la contaminación del medio marino, sino que comprenden también los de control y ayuda del tráfico marítimo que se prestan para la Administración marítima (que constituyen funciones públicas), así como otros servicios (como los de remolque y embarcaciones auxiliares y otros complementarios a que alude el art. 90 de la LPMM) que, frente a los anteriores, están sujetos al ordenamiento jurídico privado, se realizan en régimen de concurrencia, y su prestación debe compensarse, por consiguiente, con el pago de las correspondientes tarifas, como expresamente recuerda el Preámbulo de la Orden del Ministro de Fomento de 2 de marzo de 1999, por la que se aprobaron las tarifas por los servicios prestados por SASEMAR que se incluyen en el Anexo (modificado por Orden de 4 de septiembre de 2002).

Pues bien, respecto de estos otros servicios distintos del servicio público de salvamento marítimo y lucha contra la contaminación marina que presta SASEMAR a terceros, si tal prestación no se hiciera por esta entidad pública directamente, sino que se pretendiera llevar a cabo a través de REMASA (no porque fuera REMASA quien prestara tales servicios con sus propios medios a terceros percibiendo la correspondiente contraprestación, lo que evidentemente puede hacer esta mercantil con independencia de sus relaciones con SASEMAR, sino porque fuera SASEMAR quien asumiera la prestación de tales servicios a terceros mediante buques o embarcaciones propiedad de REMASA y fletados a esta sociedad o propiedad de SASEMAR pero con servicios de tripulación y mantenimiento de REMASA), la configuración de ésta última como medio instrumental propio de la primera a efectos del artículo 154.2 del TRLCAP no excluiría, de acuerdo con lo expuesto, el carácter contractual de la relación de servicios de tripulación o mantenimiento o de fletamento de buques o embarcaciones establecida entre ambas entidades para la prestación por SASEMAR de esos otros servicios, pues el indicado precepto legal limita su ámbito a la gestión de servicios públicos a través de entidades instrumentales.

En consecuencia, para extender esta configuración de entidad instrumental a esos otros servicios no públicos, con la consiguiente exclusión del carácter contractual y, por ello, de la aplicación del TRLCAP a las relaciones entre SASEMAR y REMASA por razón de servicios de tripulación y mantenimiento o de fletamento de buques y embarcaciones establecidas entre ambas entidades para la prestación por SASEMAR de estos otros servicios (y no sólo del servicio público mencionado), sería necesario establecerlo así expresamente en una norma con rango legal, dado que

este tipo de previsión (como la que se estableciera a efectos de la prestación del servicio público de salvamento y lucha contra la contaminación marina) llevaría aparejada una restricción de la competencia en el sector, no ya en la prestación de estos otros servicios no públicos por SASEMAR, que se seguirían prestando a través de REMASA en concurrencia y con sujeción al Derecho privado, pero sí en lo que afecta a las relaciones entre REMASA y SASEMAR que, configuradas como instrumentales, excluyen de la prestación de los servicios de tripulación y mantenimiento o de fletamento de buques y embarcaciones destinados a aquellos servicios no públicos a las demás empresas del sector que, en la situación actual, pueden concurrir con REMASA en los concursos que ha de convocar SASEMAR para la adjudicación de los correspondientes contratos de servicios o de fletamento de buques y embarcaciones dirigidos a la prestación de los servicios no públicos que tiene encomendada esa entidad pública.

Tal norma podría ser la misma que modificara el artículo 100 de la LPMM para atribuir a REMASA la condición de medio instrumental de SASEMAR a efectos no sólo de encomendarle la participación en la prestación del servicio público de salvamento marítimo y de lucha contra la contaminación marina que le encomiende SASEMAR, en cuanto entidad gestora de tal servicio y titular exclusiva del capital de aquella sociedad mercantil, sino también a efectos de que la misma participe, como medio propio de SASEMAR, en la prestación de los otros servicios que esta entidad pública empresarial desempeña conforme a su ley reguladora en régimen de Derecho privado y con sujeción a tarifa, excluyendo el carácter contractual también de las relaciones entre ambas entidades dirigidas a estos otros fines y, consecuentemente, introduciendo las determinaciones necesarias en orden a la cobertura de los costes causados a REMASA por su actuación, dado que las tarifas actualmente previstas por la prestación de estos servicios se perciben por SASEMAR y que tampoco podría esta entidad abonar contraprestaciones a REMASA por su actuación en cuanto la participación de la indicada mercantil en la prestación de los mismos no tendría carácter contractual, sino instrumental, por lo que la cobertura de sus costes por SASEMAR sólo puede tener el carácter de inversión, pero no de pago de precio o contraprestación.

VI. Por lo que respecta a las relaciones con terceros, y al margen de las que se establecen entre la entidad que presta el servicio, sea o no público, y los destinatarios del mismo, debe tenerse en cuenta que, como también se ha señalado, aun tratándose de actividades dirigidas a la prestación de un servicio público (como es de salvamento marítimo o de lucha contra la contaminación marina), la prestación de las mismas a través de entidades instrumentales que contempla el artículo 154.2 del TRLCAP excluye la relación contractual de la Administración titular del servicio (o del ente público titular del capital de la sociedad de Derecho privado) con la entidad instrumental a través de la cual el mismo se presta en gestión directa, pero no las relaciones contractuales que tanto SASEMAR como REMASA pudieran establecer con terceros distintos de los destina-

11 tarios del servicio público para la prestación del mismo, como serían las relativas a la tripulación, fletamento y al mantenimiento de nuevos buques o embarcaciones que se fueran a destinar a la prestación del servicio público en cuestión. Y lo mismo sucede con respecto a los otros servicios que presta SASEMAR conforme a su ley reguladora.

Así las cosas, y en lo que se refiere a SASEMAR, es posible que esta entidad tenga que acudir a la contratación con terceros a fin de poder prestar el servicio público cuya gestión tiene encomendada o los otros servicios que le asigna su ley de creación en la medida en que la indicada entidad no pudiera desempeñar la prestación objeto de la misma a través de sus propios medios materiales y personales, incluyéndose entre ellos a REMASA, una vez efectuada la modificación normativa que atribuya a esta sociedad mercantil la configuración de medio propio de SASEMAR, entidad esta última que debería justificar en el expediente de contratación «la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de la no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta [...] para cubrir las necesidades que trata de satisfacer a través del contrato» (como expresamente exige el art. 202.1 del TRLCAP para los contratos de consultoría y de asistencia y los de servicios).

Pues bien, si SASEMAR no puede cubrir a través de REMASA (constituida, a través de la modificación legal indicada, en medio instrumental propio de aquella entidad) las necesidades que se traten de satisfacer a través de tales contratos, justificándose por ello su adjudicación a terceros en concurrencia con arreglo a los procedimientos del TRLCAP, debe lógicamente concluirse que dicha sociedad mercantil no podría concurrir a las licitaciones convocadas por SASEMAR a tal fin, pues en las mismas se está partiendo del presupuesto de que REMASA, como entidad instrumental de SASEMAR, carece de medios materiales o personales suficientes o adecuados para satisfacer el objeto de tales contratos y no resulta conveniente la ampliación de los que disponga a estos efectos, además de la contradicción que supondría admitir, en estos supuestos, la existencia de relaciones contractuales entre estas entidades cuando se habrían negado al configurar legalmente a REMASA como medio instrumental propio de SASEMAR.

En consecuencia, se considera necesario introducir expresamente en la modificación normativa de continua referencia la prohibición legal de que REMASA concorra a los procedimientos que convoque SASEMAR para la adjudicación de los contratos necesarios para el cumplimiento de los fines de esta entidad, de forma similar a como se establece para TRAGSA, SEGIPSA y SENASA en su normativa reguladora pues, de otro modo, a la contradicción lógica apuntada habría que añadir que la restricción de la competencia que conlleva la configuración de REMASA como medio instrumental propio de SASEMAR estaría operando sólo a favor, pero no en contra de aquella sociedad mercantil, excluyendo la concurrencia de terceros y restringiendo con ello la competencia en los servi-

cios que la misma preste a SASEMAR sobre la base de negar el carácter contractual de esta relación definida legalmente como instrumental para, a continuación, permitir a REMASA concurrir con terceros cuando se trate de servicios que, por no poder ser cubiertos por SASEMAR (ni tampoco, lógicamente, por REMASA en cuanto medio instrumental propio de aquella), deben quedar abiertos a la libre competencia.

VII. Por lo que respecta a los contratos que REMASA deba celebrar con terceros para la prestación de los servicios que constituyan el objeto social de esta mercantil (como los contratos de fletamento de buques o embarcaciones, o los de servicios de tripulación y mantenimiento de los mismos, excluidos también en este caso los que celebre con los destinatarios de los servicios que preste REMASA con tales buques y embarcaciones), debe tenerse en cuenta que si bien SASEMAR está sujeta al TRLCAP, como queda expuesto, no sucede lo mismo con aquella sociedad mercantil –a pesar de ser su capital de titularidad exclusivamente pública–, que está sometida en su contratación al Derecho privado, siéndole únicamente de aplicación los principios de publicidad y concurrencia en la medida en que no sean incompatibles con la naturaleza de la operación a realizar, de acuerdo con la disposición adicional sexta del TRLCAP.

En consecuencia, la exclusión de la aplicación del TRLCAP a las relaciones entre SASEMAR y REMASA a efectos de la prestación de los servicios que legalmente tiene encomendada aquella entidad pública (incluido el servicio público de salvamento marítimo y de lucha contra la contaminación marina) supondría un fraude de ley si se permitiera que, a través de la configuración legal de REMASA como medio instrumental propio de SASEMAR, fuera aquella sociedad mercantil la que celebrara, sin sujeción al TRLCAP, los contratos con terceros que fueran necesarios para la prestación de tales servicios encomendados legalmente a SASEMAR y que, de haberse celebrado por SASEMAR, lo habrían sido con sujeción a las normas de publicidad obligatoria (incluida la establecida en el Diario Oficial de la Comunidad Europea) y a través de los procedimientos establecidos por dicho texto legal, y no sólo con arreglo a los principios de publicidad y concurrencia que la misma establece.

Se considera, por ello, necesario que la disposición normativa de rango legal que atribuyera a REMASA la condición de medio instrumental propio de SASEMAR a efectos de la prestación del servicio público de salvamento marítimo y lucha contra la contaminación, conforme al artículo 154.2 del TRLCAP y, en su caso, de los restantes servicios encomendados a SASEMAR en concurrencia con el sector, estableciera, respecto de la adjudicación de los contratos que REMASA deba concertar con terceros para la prestación de tales servicios, una previsión similar a la establecida en la normativa reguladora del régimen jurídico de SEGIPSA (disposición adicional segunda, apartado 6, de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre) y de SENASA (art. 67.Cinco de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre) antes citada (no así en la de TRAGSA, aunque se proyecta

- 11 introducir una previsión similar en su normativa reguladora a través de la Ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para el año 2003).

Por lo demás, resta señalar que el régimen del personal de REMASA no se vería afectado por la configuración de la misma como medio propio instrumental de SASEMAR, sin perjuicio de las limitaciones presupuestarias que, en materia de gasto de personal, afectan ya a esta mercantil como consecuencia de su calificación como sociedad estatal a efectos de la LGP, de acuerdo con las leyes anuales de presupuestos.

De acuerdo con lo expuesto, pueden sentarse las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. La posibilidad de que «Remolques Marítimos, S. A.» (REMASA) se constituya en medio instrumental propio de la «Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima» (SASEMAR) podría ampararse en el artículo 154.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, siendo necesario a estos efectos que se modificara el artículo 100 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, de modo que dicho precepto legal, además de reflejar la actual titularidad exclusiva de SASEMAR sobre el capital social de REMASA, estableciera la participación de esta sociedad mercantil en la prestación del servicio público de salvamento de la vida humana en la mar y de lucha contra la contaminación del medio marino cuya gestión tiene legalmente atribuida SASEMAR, configurando a REMASA como medio instrumental propio de SASEMAR y obligándola a prestar los servicios que, estando comprendidos en su objeto social, le encomendara SASEMAR dentro de las funciones que esta entidad tiene atribuidas para la gestión del referido servicio público.

Segunda. De efectuarse la modificación normativa mencionada en la conclusión primera, las relaciones entre REMASA y SASEMAR dirigidas al salvamento marítimo y lucha contra la contaminación marina dejarían de ser relaciones contractuales, por lo que la modificación normativa aludida podría disponer que los contratos celebrados entre ambas entidades quedarán resueltos a la entrada en vigor de la misma, sin perjuicio de que REMASA continuara desempeñando los servicios correspondientes en lo sucesivo bajo su condición de medio instrumental propio de SASEMAR, lo que determinaría que no podría percibir contraprestación alguna de SASEMAR por tales servicios, bien que se podría disponer en la misma norma que esta entidad pública empresarial sufragara los costes asumidos por REMASA para su prestación en la medida en que su cobertura no estuviera prevista de otro modo en los presupuestos de esta sociedad mercantil, dada su condición de sociedad estatal.

Tercera. La eventual participación de REMASA, como medio instrumental propio de SASEMAR, en otros servicios distintos del salvamento marítimo y lucha contra la contaminación marina que presta esta entidad pública empresarial con sujeción a tarifa no está amparada por el artículo 154.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que la exclusión del carácter contractual y de la consiguiente aplicación del TRLCAP a las relaciones establecidas entre ambas entidades con estos fines sólo sería posible mediante una previsión específica en tal sentido en la misma norma con rango de ley a que se refieren las conclusiones anteriores.

Cuarta. La configuración legal de REMASA como medio instrumental propio de SASEMAR en los términos indicados en las conclusiones precedentes excluiría el carácter contractual y la consiguiente aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a las relaciones entre ambas entidades, pero no alcanzaría a las relaciones que pudieran establecer SASEMAR o REMASA con terceros, aun cuando estuvieran dirigidas al mismo fin de gestión del servicio público de salvamento marítimo y lucha contra la contaminación marina.

Quinta. La restricción de la competencia que conllevaría una modificación normativa como la indicada en las conclusiones anteriores sólo sería admisible si se completa, en lo que respecta a las relaciones contractuales de ambas entidades con terceros, con la prohibición de que REMASA concorra a los procedimientos de adjudicación convocados por SASEMAR a tal fin de acuerdo con el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y con el sometimiento a tales procedimientos de adjudicación de los contratos que celebre REMASA.

Sexta. A los efectos señalados en las conclusiones anteriores, pueden tenerse en cuenta las previsiones normativas existentes en relación con otras entidades configuradas como medios instrumentales propios de la Administración, como es el caso de TRAGSA, SEGIPSA y SENASA.