

SERVICIO PÚBLICO Y PAPEL DE LA NUEVA ADMINISTRACIÓN Y SUS ENTES REGULADORES

FRANCISCO SOSA WAGNER*

Como el tema que me ha sido asignado es muy amplio, me voy a permitir el lujo de contarles problemas específicos de los servicios, de la Administración moderna en su relación con ellos y la forma en que yo veo tales enjundiosos problemas. Creo que así podremos aprovechar todos el tiempo del que dispongo.

I

Quiero referirme en primer lugar al perceptible cambio que se está produciendo en la valoración de los servicios públicos en Europa. Es decir, a cómo se está rellenando de nuevos contenidos la polémica que ha enfrentado al liberalismo desregulador con las fórmulas clásicas de intervención.

Porque han soplado vientos a menudo huracanados, que nos han traído liberalizaciones, desregulaciones, privatizaciones y otras exageraciones, conviene poner las cosas en su sitio y en su punto. Desde el punto de vista del debate jurídico, que es en el que aquí se tercia, el Derecho europeo parte de la proclamación de las cuatro libertades fundamentales representadas por las de circulación de personas, mercancías, servicios y establecimiento, y capitales; pero también de otro principio capital, el de neutralidad, proclamado en el art. 222 del Tratado, y a cuyo tenor se acepta la economía mixta y, con ella, cualesquiera formas de propiedad pública o privada en los respectivos Estados. Se admite así la existencia en cada Estado miembro de un sector público propio con la dimensión que al mismo, de forma soberana, se quiera dar. Al tiempo, se introduce una novedad de relevancia: el principio de igualdad de trato que consiste en imponer la aplicación de las mismas reglas de mercado a las empresas públicas y a las privadas (art. 90, hoy 86), lo que dará lugar a densa y vasta polémica como veremos.

* Catedrático de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho (Universidad de León)

Estos son los ingredientes. En principio, como queda dicho, libertad para los Estados en la configuración de sus respectivos sectores públicos. Por ello, una Constitución como la española, elaborada y aprobada cuando ya el Tratado llevaba años en vigor, pudo partir tranquilamente de un precepto como el art. 128.2. Ha sido precisamente el reconocimiento de un sector público denso, conectado con el problema de aclarar la aplicación del derecho de la competencia, lo que ha llevado al Derecho europeo a hacer el mayor esfuerzo para definir y aclarar el concepto de empresa pública, supuesta la existencia de tantas y tan variadas organizaciones en los Estados, fruto de esa avidez que los mismos desarrollaron para apropiarse de cuantas formas jurídicas estuvieran a su alcance para intervenir en la vida social y económica. Dicho muy resumidamente, la clave para los órganos europeos a la hora de definir a la prototípica «empresa pública» se halla en la idea de control o de «influencia dominante» y, en tal sentido, la Directiva de la Comisión de 25 de junio de 1980 (Transparencia de las relaciones financieras) señala que es empresa pública cualquiera «en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que las rigen» entendiéndose que hay tal «influencia dominante» cuando los poderes públicos «a) poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa, o b) disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa; o c) pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa». El Tribunal europeo, por su parte, ha añadido algunas precisiones a este concepto y así, por ejemplo, en su sentencia de 16 de junio de 1987 (Comisión contra Italia) señala que «no importa si el Estado ejerce dichas actividades económicas a través de una entidad distinta sobre la que puede ejercer directa o indirectamente una influencia dominante, o las ejerce directamente a través de un órgano que forme parte de la Administración del Estado. En efecto, en este último caso, el hecho de que el órgano esté integrado en la Administración del Estado implica por axioma el ejercicio de una influencia dominante».

Con buen criterio, para el derecho europeo, el dato de la personalidad jurídica carece de relevancia a la hora de definir la empresa pública de donde se sigue su indiferencia por la forma jurídica que pueda adoptar ya que cualquiera es admitida: sociedades civiles o mercantiles, haciendas, organismos, entes, órganos de la propia Administración, sociedades de hecho, deportivas o benéficas, hasta un sindicato profesional ha sido calificado en alguna ocasión como empresa pública (en concreto, la Cámara sindical de maquinaria de alta precisión, Decisión de la Comisión de 29 de noviembre de 1974).

Aceptado pues que la instancia europea no repudia por principio a la empresa pública ni tampoco abomina de la existencia de un sector público, tan amplio como las circunstancias exijan en cada uno de los Estados miembros, el debate ha surgido por la pretensión de las normas del Tratado de colocar al sector público y al privado en posiciones de igualdad en el tráfico jurídico y económico. Es éste uno de los aspectos más debatidos ya que, llevado tal postulado a sus últimas consecuencias, pue-

de afectar a la existencia misma de ese sector público que, según nos consta, es lícito en cada Estado pues que la Unión europea debe limitarse a contemplarlo con las lentes del principio de neutralidad del art. 222 del Tratado, antes citado.

El conflicto político y jurídico parte de la redacción del art. 90 (hoy, 87), a cuyo tenor: «1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive (que están referidos a las normas sobre competencia). 2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contrario al interés de la Comunidad. 3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas».

Este es el precepto de la discordia. En él han visto algunos, olvidando la neutralidad que postula el Tratado, una clara toma de posición del legislador europeo contra las empresas del sector público e incluso un anuncio de su ineludible desmantelamiento. Obligando a unas empresas como las públicas, monopolistas las más de las veces, beneficiadas por todo tipo de auxilios, mimadas en suma por los poderes públicos, a actuar en el mercado en condiciones de igualdad con las privadas, estaría asegurada su desaparición, supuesto que morirían asfixiadas por el aire de la libertad.

Tal temor es exagerado: lo único que se pretende, en particular con el párrafo segundo, es proclamar el principio de igualdad del que únicamente derivaría una exigencia de trato no discriminatorio. Dicho de otra forma, ambas modalidades de empresa, la pública y la privada, han de moverse con respeto a las reglas del mercado sin que a ninguna de ellas les esté permitido falsearlo. Ahora bien, con una excepción: cuando se trate de empresas que gestionen servicios de interés económico general, éstas «quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, *en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada*».

Es claro que en la interpretación de esta excepción está el busilis de la cuestión y, en tal sentido, debe quedar claro que durante años el Tribunal de Justicia, interpretando el art. 90.2, ha dado ciertas alas a una interpretación maximalista de corte liberal que, al olvidar las exigencias impuestas por la prestación de centenares de servicios públicos en el territorio europeo, necesariamente abocaría al entierro a medio plazo del sector público en el cementerio de la Comunidad, privado por supuesto. Existe pues una reiterada jurisprudencia que ha subrayado el carácter restrictivo que

debe darse a la interpretación del concepto de «servicios económicos de interés general» manejado por el art. 90.2. Tal doctrina se estableció en las sentencias de 21 de marzo de 1974 o la de 14 de julio de 1981.

De seguir por estos derroteros buena parte de tales servicios públicos europeos estarían hoy en peligro porque a los mismos no se les puede aplicar sin más matices la razón del mercado de la misma forma que a éste no se le puede pedir que emplee los criterios con que aquellos se prestan. Se trata de dos lógicas distintas que merecen no sólo respeto sino también la creación de cauces para su fecunda convivencia.

Es por eso, por lo comprometido y arriesgado del camino por el que se avanzaba —o se retrocedía—, por lo que la posición del Tribunal se ha hecho en los últimos tiempos mucho más matizada.

En tal sentido conviene subrayar que tales reglas de competencia y mercado no se aplican ni se han predicado jamás de los servicios públicos llamados de autoridad (la sentencia de 4 de mayo de 1988 referida a asuntos mortuorios lo atestigua como asimismo las de 27 de octubre de 1993, Lagauche, o la de 19 de enero de 1994, Eurocontrol) ni «de solidaridad» y de ello es expresivo botón de muestra la sentencia de 17 de febrero de 1993: por ella sabemos que los señores POU CET y PISTRE se opusieron a los requerimientos de pago de las cotizaciones de la Seguridad social formulados por varias empresas gestoras fundándose ambos renuentes caballeros en la libertad de afiliación a cualquier entidad de seguros y contestando así la obligación de someterse a condiciones fijadas unilateralmente por unos determinados organismos que gozarían por ello de una posición dominante contraria a las reglas del Tratado. La respuesta del Tribunal, colocado ante la necesidad de decidir acerca de si un organismo encargado de la gestión de la seguridad social es o no una empresa, fue fulminante: «los regímenes de seguridad social se basan en un sistema de afiliación obligatoria que resulta indispensable tanto para la aplicación del principio de solidaridad como para el equilibrio financiero de tales regímenes... [así las cosas] las entidades gestoras del seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de seguridad social, desempeñan una función de carácter exclusivamente social. En efecto, tal actividad se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa... dicha actividad no es una actividad económica... *las entidades encargadas de la misma no constituyen empresas en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado*».

Pero la rectificación de su jurisprudencia tradicional por parte del Tribunal ha ido a más en ámbitos de naturaleza bien distinta a los señalados. Esta operación la han realizado la Comisión y los jueces de Luxemburgo gracias a un procedimiento bastante simple: a saber, leyendo el art. 90.2 hasta el final y es ahí donde encontramos el matiz (*en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada*).

De acuerdo con él, lo que viene a decir la Comisión y la más reciente jurisprudencia es algo tan elemental como que una empresa puede tener confiada excepcionalmente una «misión específica», caso éste en el que cede la aplicación de la regla

general contenida en el precepto. Naturalmente este es un extremo que hay que justificar o probar caso por caso. En tal sentido y sin que me pueda detener aquí en pormenores de las concretas sentencias me remito a las que llevan fecha de 27 de febrero de 1997 procedente del Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad, La Poste; la trascendental de 19 de mayo de 1993, Corbeau; D'Almelo, 27 de abril de 1994 donde el juez europeo señala que «es preciso admitir restricciones a la competencia de otros operadores económicos en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se le confió una misión de interés general de este tipo. A este respecto hay que tener en cuenta las condiciones económicas en las que debe operar la empresa, en particular los costes que debe soportar y las normativas, especialmente en materia de medio ambiente, a las que se encuentre sometida». Varias sentencias posteriores confirman esta jurisprudencia del Tribunal.

De otro lado, la reforma del Tratado (Amsterdam, 2 de octubre de 1997) avala hoy ya de una forma más clara la acogida en el seno de la Unión de la vieja idea del servicio público. Emplea además la nueva redacción el tono hecho de palabras tiernas con que se recibe a un hijo al que se ha mantenido expulsado largo tiempo de los afectos familiares: «a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros [...] velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido». Y la Carta de los derechos fundamentales (7 de diciembre de 2000) preceptúa que «la Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión» (art. 36).

Se observa pues la nueva sensibilidad con que se abordan ahora las exigencias que imponen los servicios públicos, uno de los activos más ricos de la cultura jurídica europea y aun, si se me apura, de la cultura a secas. Es más: existe la comunicación de la Comisión ya citada sobre «los servicios de interés general en Europa» (26 de septiembre de 1996) donde se rescatan nociones básicas del Derecho público europeo y donde se distinguen diversas variantes dentro de esa expresión genérica, tales como las de servicio de interés general, interés económico general, servicio público o servicio universal. Y lo mismo en otros documentos comunitarios. Los servicios de interés general designan las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades y sujetas por ello a obligaciones específicas de servicio público. Los servicios de interés económico general vienen referidos a las actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general y están por ello sometidas también a obligaciones específicas de servicio público (así, las redes de transportes, energía y comunicaciones). El servicio público remite, de un lado, al organismo de producción del servicio y, de otro, a la misión de interés general que se le confía (transporte terrestre o aéreo o energía). El servicio

universal, en fin, resume el conjunto de exigencias de interés general a las que deben someterse en el territorio europeo las actividades que se desarrollan en un sector determinado (caso de las telecomunicaciones o del correo).

Más allá de esta convencional y algo confusa terminología, la singularidad llamativa, al menos aparentemente en las nuevas «obligaciones de servicio público», es la admisión, en el marco de una actividad que es y permanece privada, de una «publicatio» fraccionada, una «publicatio» limitada pues a algunas concretas y específicas funciones.

Supone pues esta modalidad «universal» de servicio la generalización de una serie de prestaciones básicas incluso no rentables a precios accesibles (y también flexibles para atender necesidades especiales) con salvaguardia en cualquier caso de la calidad y de los derechos de todos los usuarios. Si partimos de este concepto y añadimos que habrán de respetarse los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad y disponibilidad, se advertirá que estamos descubriendo el servicio público clásico sólo que ahora con unas modulaciones nuevas pues se trataría de «una obligación impuesta por los Estados miembros a determinados agentes de garantizar el abastecimiento de un mínimo global de servicios y a un reparto de costes netos eventuales entre los agentes del mercado bajo el control de las autoridades de regulación nacionales» (así, por ejemplo, la Resolución del Consejo CE de 18 de septiembre de 1995).

Más recientemente, el Libro Verde de 21-5-2003 profundiza en la línea descrita hasta ahora: tales servicios desempeñan un papel cada vez más decisivo, como parte de los valores compartidos por todas las sociedades europeas y elemento esencial del modelo europeo de sociedad. La importancia que tienen de cara a la mejora de la calidad de vida de todos los ciudadanos y la lucha contra la exclusión y el aislamiento sociales es crucial. A la vista de su peso específico en la economía y de su importancia, su calidad y eficacia constituyen un factor de competitividad y de cohesión, sobre todo como polo para atraer inversiones hacia las regiones menos favorecidas. Su prestación eficaz y no discriminatoria es asimismo condición para garantizar el buen funcionamiento del mercado único y potenciar la integración económica en la Unión Europea. Además, constituyen uno de los pilares de la ciudadanía europea, pues forman parte de los derechos que asisten a los ciudadanos europeos y el desarrollo de las industrias de redes y su interconexión son factores esenciales para facilitar la integración y lograr mayores cotas de bienestar para los ciudadanos, así como para ayudarles a ejercer efectivamente sus derechos fundamentales. En la última década varios de los futuros Estados miembros han experimentado un proceso de transición hacia una economía de mercado en la que es crucial determinar el papel que corresponde a los poderes públicos para garantizar el buen funcionamiento del mercado y salvaguardar el interés general, especialmente la satisfacción de las necesidades esenciales de los ciudadanos y la preservación de los bienes públicos, cuando el mercado, por sí solo, no puede asegurar estos aspectos.

Y es que durante los primeros años de existencia de las Comunidades –sigue diciendo el documento citado-, la necesidad de avanzar en pos de la integración económica hizo que los esfuerzos se centraran en la supresión de los obstáculos al comercio entre los Estados miembros. Así, desde la segunda mitad de los años ochenta, se empezaron a abrir progresivamente a la competencia una serie de sectores que prestaban principalmente –o al menos en cierta medida– servicios de interés económico general. Este fue el caso de las telecomunicaciones, los servicios postales, el transporte y la energía. La liberalización estimuló la modernización, la interconexión y la integración de estos sectores, permitiendo la entrada de nuevos competidores y una bajada de los precios, siempre de forma «controlada», es decir una apertura progresiva de los mercados acompañada de medidas encaminadas a proteger el interés general, haciendo especial hincapié en el principio de servicio universal, que garantiza el acceso a un servicio de calidad especificada, a un precio asequible, a todos los ciudadanos, independientemente de su situación económica, social o geográfica. A pesar de los resultados positivos, los primeros pasos hacia la liberalización no han dejado de suscitar reservas y diversos documentos han hecho hincapié en ello, así en 2001 y en un Informe al Consejo Europeo de Laeken se pretendió despejar las dudas formuladas acerca de la viabilidad económica de los operadores a los que se han confiado tareas de servicio público.

Como se advierte, es patente el deseo de rescatar la nociones tradicionales y el abandono de la privatización como dogma. Revive pues, como no podía ser de otra modo, el servicio público como «instrumento de reducción de la fractura social» (LACHAUME, «Brèves remarques sur les services publics à double visage» en *Revue française de droit administratif*, 2003, pág. 364).

A la vista de estas circunstancias y del visible giro que se está produciendo, creo que nunca un esfuerzo liberalizador y de devolución al mercado se ha visto acompañado de tan magnífico acompañamiento de intervención pública, que no cesa, que simplemente se transforma. Parece que, y apelo a la autoridad del premio Nobel de Economía (y asesor de CLINTON) Joseph STIGLITZ, «si se quiere que la economía de mercado funcione bien, es necesario contar con leyes y regulaciones que garanticen una competencia justa, protejan el medio ambiente y aseguren que los consumidores e inversores no son engañados» (*Los felices 90. La semilla de la destrucción*, 2003, pág. 131).

Todo ello es una prueba de que las liberalizaciones en determinados sectores hay que parirlas con forceps, a base de intervencionismo administrativo, y por ello que no es una casualidad que ciertas actividades hayan estado normalmente en manos públicas porque era una consecuencia de su carácter específico. La venta de corbatas o de chaquetas de confección es un sector de verdad liberalizado y a nadie se le ocurre crear organismos reguladores en estos ámbitos. La prueba de que existían razones sólidas para que determinadas actividades estuvieran en manos públicas es que, cuando se liberalizan, esta liberalización va acompañada de ese cortejo de intervenciones administrativas que las atrapan en una malla cada vez más espesa e inextricable.

¿Qué queda entonces y a la postre del viejo servicio público? Queda obviamente el cuidado y atención de determinadas necesidades colectivas. ¿Qué se añade? Pues el hecho de su asunción no por la Administración ni por el tradicional concesionario sino por uno o varios agentes privados que actúan en un mercado básicamente liberalizado (*oligopolizado* en la mayoría de los casos) y también el hecho de que, en principio, los costes de ese servicio universal, que recae en uno de los prestadores, lo afronta bien este como dominante o bien conjuntamente los operadores de ese mercado. Queda también, porque no se ha evaporado, la intensa presencia de una Administración pública que adopta nuevas formas pero que reglamenta, controla, inspecciona, impone nuevas obligaciones, todo ello con el objeto de asegurar precisamente la universalidad y la accesibilidad a las prestaciones por parte de quienes las necesitan, razón esta que motivó, como bien se sabe, el nacimiento de la técnica del servicio público. Como quiera que en la sociedad hay una buena parte de la población que, por razones económicas o geográficas, depende de servicios baratos y, además, estos cada vez adquieren una complejidad mayor, la vieja Administración y sus viejas maneras, la vieja idea de la policía del absolutismo, el viejo servicio público se han debido transformar para hacer frente a nuevos compromisos pero, de paso, también para ofrecer un nuevo testimonio de que, cuando se observa el asunto con proximidad, «nada hay nuevo bajo el sol», tal como se puede leer en el Eclesiastés.

En cualquier caso, para los juristas, al menos los juristas formados en añejas doctrinas y en las convicciones proporcionadas por una cultura jurídica que ya es centenaria, el renacimiento de la sensibilidad hacia los valores de justicia y de solidaridad, que la noción del servicio público acoge, no puede producir sino satisfacción.

II

Un segundo aspecto interesante es la vigilancia que el Tribunal de Luxemburgo está ejerciendo en orden a la aplicación de las directivas comunitarias a las organizaciones formalmente privadas pero de hecho controladas por algún poder público.

Dicho de otro modo: se trata de cerrar el paso a quienes tratan de huir del rigor jurídico-público a base de interpretar el concepto de poderes adjudicadores, «descorriendo el velo» de las formas jurídicas.

Veamos algunos casos. Así, la *sentencia 12 dic. 2002 C-470/99 Vergabekontrollsenat de Viena (planta de tratamientos de residuos)*. A su tenor «procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la existencia o la inexistencia de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil ha de apreciarse objetivamente, siendo indiferente para ello la forma jurídica de las disposiciones en las que se especifiquen dichas necesidades». Es decir que «una entidad que no ha sido creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil pero que posteriormente se ha encargado de

satisfacer dichas necesidades, cumple el requisito exigido por el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de la Directiva 93/37, para poder ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido de la referida Directiva, siempre que se pueda comprobar objetivamente que satisface tales necesidades».

La de *17 de septiembre de 2002 C-513/99* aborda la siguiente cuestión: el 27 de agosto de 1997, el ayuntamiento de Helsinki decidió someter progresivamente a licitación toda la red de autobuses urbanos de la Ciudad de Helsinki, de forma que la primera línea adjudicada comenzara a funcionar al iniciarse el otoño del año 1998.

En virtud de la normativa relativa a los transportes colectivos de la Ciudad de Helsinki, la planificación, el desarrollo, la realización y la organización así como el control de dichos transportes colectivos son competencia de la «comisión de transportes colectivos» y de la «empresa de transportes de la Ciudad de Helsinki», subordinada a dicha comisión. Ostenta carácter comercial y municipal y, desde el punto de vista funcional y económico, está dividida en cuatro unidades de producción (autobuses, tranvías, metro y vías e inmuebles). Comprende una unidad principal de grupo, constituida por una unidad de planificación y una unidad administrativa y económica. Desde el punto de vista económico, las unidades de producción son distintas del resto de la empresa de transportes, con contabilidades y balances separados.

Un lío apreciable aunque, a juicio del Tribunal, a estas organizaciones son de aplicación, por más que se entremezclan y confundan, las reglas del derecho europeo. Pero, de otro lado, ¿debe interpretarse la normativa comunitaria relativa a los contratos públicos en el sentido de que un ayuntamiento que, como entidad adjudicadora, organiza una licitación sobre la explotación de un servicio de autobuses urbanos, puede incluir, entre los criterios para adjudicar el contrato público que debe celebrarse sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, además del precio propuesto, la gestión ecológica y cualitativa del explotador u otras características de los vehículos, así como la reducción de las emisiones de óxidos de nitrógeno o de ruidos, según las modalidades que figuran en la licitación, de forma que, si las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de ciertos vehículos son inferiores a un determinado límite, pueden asignarse puntos adicionales a efectos de la comparación de las ofertas?

La Directiva (artículo 36, apartado 1, letra a), de la 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios) debe interpretarse en el sentido de que, cuando, en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación.

Y es que el principio de igualdad de trato no se opone a que se tomen en consideración criterios relacionados con la protección del medio ambiente, como los controvertidos en el asunto principal, *por el mero hecho de que la propia empresa de transportes de la entidad adjudicadora sea una de las pocas empresas que pueden ofrecer unos vehículos que cumplan los criterios mencionados* (la cursiva es mía).

Vayamos a la *sentencia de 22 de mayo de 2003, C-18/01* se refiere a un litigio entre las sociedades «*rkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen*» y «*rkkitehtitoimisto Pentti Toivanen*»— y así como la empresa «*Korhonen y otros*» y la sociedad «*Taitotalo*» sobre la decisión de ésta última de no seleccionar la oferta que habían presentado en el marco de un contrato relativo a la prestación de servicios de planificación y ejecución de obras de un proyecto inmobiliario.

Procede tener en cuenta que Taitotalo es una sociedad anónima cuyo capital pertenece en su totalidad al Ayuntamiento de Varkaus (Finlandia) y cuyo objeto social consiste en adquirir, vender y arrendar bienes inmuebles así como partes del capital de sociedades inmobiliarias y en organizar y prestar servicios de gestión inmobiliaria así como otras prestaciones conexas que la administración de dichos bienes y partes sociales requiera. El consejo de administración de la sociedad se compone de tres miembros, funcionarios del Ayuntamiento de Varkaus, nombrados por la junta general de accionistas de la sociedad, en la que dicho Ayuntamiento posee el 100 % de los derechos de voto.

Como consecuencia de la resolución adoptada por el Ayuntamiento de Varkaus de crear en su territorio un polo de desarrollo tecnológico, Taitotalo está construyendo varios edificios de oficinas así como un edificio de estacionamiento cubierto. El objetivo declarado de dicha sociedad es adquirir el solar al Ayuntamiento de Varkaus, una vez realizada la parcelación y, a continuación, arrendar los inmuebles recién construidos a la industria de alta tecnología.

A fin de llevar a buen término un proyecto de esas características, se recurrió a los servicios de construcción, de comercialización y de coordinación prestados por la sociedad «*Teollisuuskylä*». Con arreglo a sus estatutos, dicha sociedad, que pertenece a una sociedad de desarrollo regional cuyo capital es propiedad, esencialmente, del Ayuntamiento de Varkaus y de otros municipios de la región de Savo central, tiene por objeto social la construcción, la adquisición y la gestión de edificios para uso industrial o comercial así como de bienes inmuebles principalmente destinados a ser utilizados por empresas a las cuales cede dichos inmuebles a precio de coste.

Las preguntas que plantea el Tribunal de la Competencia finlandés son: a) ¿puede una sociedad anónima, de cuyo capital social es titular único un municipio y en la que éste ostenta el poder de dirección, ser considerada entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, cuando la sociedad contrata servicios de planificación y de construcción con objeto de construir edificios que serán arrendados a empresas?

b) ¿Tiene alguna influencia en el examen de la cuestión el hecho de que el objetivo del proyecto de construcción sea crear condiciones favorables para el ejercicio de actividades lucrativas en la ciudad?

c) ¿Influye en el examen de la cuestión el hecho de que los edificios que se deben construir se arrienden solamente a una empresa?

El Abogado general Sr. Alber había dicho el 11 de julio de 2002 que «una sociedad anónima que pertenece a una ciudad y que se encuentra bajo su dirección, y que atribuye la planificación y la construcción de una obra que comprende edificios comerciales que, en interés general, se arriendan a empresas, debe considerarse como una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, si no tiene que soportar ella sola el riesgo económico de su actividad, dado que existe la posibilidad de que la ciudad compense las eventuales pérdidas». Asimismo reviste importancia para el examen del asunto que un proyecto de construcción de la ciudad sirva para crear las condiciones necesarias para el establecimiento de actividades industriales y mercantiles en el municipio, dado que con ello se satisface una necesidad de interés general.

El Tribunal recuerda que, según reiterada jurisprudencia, constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las directivas comunitarias aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra parte, por razones vinculadas al interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante.

Ahora es preciso comprobar si el organismo de que se trata ejerce sus actividades en situación de competencia, dado que la existencia de tal competencia puede constituir un indicio de que una necesidad de interés general tiene carácter industrial o mercantil (véase, en este sentido, la sentencia BFI Holding, apartados 48 y 49). Aunque, según los propios términos de esta última sentencia, se desprende que la existencia de una competencia no permite, por sí sola, inferir la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil.

En respuesta a una pregunta escrita formulada por el Tribunal de Justicia, el Gobierno finlandés indicó en la vista que, aunque sociedades como «Taitotalo» presentan, desde el punto de vista jurídico, pocas diferencias con las sociedades anónimas cuyo capital está en posesión de operadores privados, en la medida en que soportan los mismos riesgos económicos que éstas y pueden asimismo ser declaradas en quiebra, los entes territoriales a los que pertenecen rara vez permitirán que se llegue a tal situación y procederán, en su caso, a recapitalizar dichas sociedades a fin de que puedan continuar asumiendo las funciones para las que fueron creadas, a saber, esencialmente, la mejora de las condiciones generales para el ejercicio de actividades económicas en el ente territorial de que se trate. Precisando el Gobierno además que, aunque no se podía descartar que las actividades de sociedades como Taitotalo generen beneficios, su obtención no puede en ningún caso constituir el objetivo prin-

cial de dichas sociedades, dado que, a tenor de la normativa finlandesa, éstas siempre están obligadas a fomentar de forma prioritaria el interés general de los habitantes del ente territorial interesado.

Dicho todo esto, el Tribunal entiende que una sociedad anónima que ha sido creada por un ente territorial al que pertenece y que éste administra, satisface una necesidad de interés general, en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 92/50, cuando contrata servicios con objeto de fomentar el desarrollo de actividades industriales o comerciales en el territorio del referido ente. A fin de evaluar si dicha necesidad carece de carácter industrial o mercantil, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar las circunstancias que rodearon la creación de la sociedad y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate.

Por otro lado, la circunstancia de que los edificios que se vayan a construir se arrienden solamente a una empresa no desvirtúa la condición de organismo de Derecho público del arrendador, siempre que se haya acreditado que éste satisface una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil.

En fin, quiero citar el asunto que ha tenido como protagonista a la Sociedad estatal de Infraestructuras y Equipamientos comunitarios (programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros penitenciarios) pues, aunque no se trata de empresa local, ha afectado a nuestro país y con ella son ya dos las sentencias adversas que recibimos en poco tiempo. La anterior fue la de *15 de mayo de este año 2003 C-214* que condenó al Reino de España por incumplir la denominada Directiva de recursos en dos aspectos: 1) la defectuosa delimitación de los órganos adjudicadores, en concreto, de las sociedades públicas que quedaban fuera del ámbito de aplicación de la ley hizo entender al Tribunal que no existían garantías jurídicas para recurrir los contratos que adjudicaban estas sociedades públicas y 2) no existía una adecuada tutela cautelar durante el procedimiento de contratación (me remito a Mercedes FUERTES, «¿Incumple el derecho español la Directiva de recursos?» En *Revista Unión Europea de Aranzadi*, 9, 2003).

La sentencia de «las cárceles» ha sido muy movida. Ya tuvieron interés las conclusiones del Abogado general (Alber) presentadas el 7 de noviembre de 2002. En ellas propone «examinar cuál es el carácter de la actividad realizada considerando si el organismo de que se trata debe soportar las posibles pérdidas, es decir, si soporta las consecuencias financieras de sus decisiones cuando realiza la adjudicación. De ser así, habrá que suponer que, al tomar sus decisiones, se guía por consideraciones económicas. En dicho caso se debe considerar que existe una actividad industrial o mercantil. En cambio, si algún ente público que participa en el organismo las compensa, existe el riesgo de que, al adjudicar contratos, el organismo pueda dejarse guiar por consideraciones que no sean puramente económicas. En este supuesto existe una amenaza a la efectividad de la libre circulación de mercancías y de la li-

bre prestación de servicios, por lo que el espíritu de las directivas sobre contratos públicos exige que sean aplicadas al organismo».

Como «no existe un mercado libre para los productos y servicios de planificación y construcción de centros penitenciarios ofrecidos por SIEPSA es claro que, debido al monopolio penitenciario estatal, sólo existe un interesado en dichas prestaciones: el Estado español; sólo él necesita centros penitenciarios. Esto contradice la tesis de que SIEPSA realiza una actividad de carácter industrial o mercantil».

Pero hay más: ASIEPSA también realiza una actividad en la que el Estado español ejerce una influencia considerable. Ejecuta el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios y, para ello, trabaja según las instrucciones de la Administración estatal. Habida cuenta de la jurisprudencia antes citada, esta circunstancia también apoya la tesis de que satisface necesidades que no tienen carácter industrial o mercantil.

Sin que «el hecho de que, en el marco de su actividad, SIEPSA tenga que adquirir inmuebles no influye en este resultado. La adquisición de nuevos inmuebles y la enajenación de inmuebles desafectados sólo es un medio para cumplir el objeto social de SIEPSA: la construcción de centros penitenciarios para el Estado español. Su objeto no es negociar con inmuebles».

El Gobierno español alega que SIEPSA persigue la obtención de beneficios en su actividad. La Comisión lo niega y señala que, en los años 1997 y 1998, SIEPSA tuvo pérdidas considerables. Sin embargo, no indica en ningún caso quién tuvo que soportar las pérdidas.

Ahora bien, «si fuese declarada en quiebra, el Estado tendría que asumir directamente la ejecución de los trabajos que realiza SIEPSA. El interés del Estado en que SIEPSA siga existiendo se pone de manifiesto en la duración para la que fue constituida la empresa. La sociedad constituida inicialmente por ocho años a partir del comienzo de sus operaciones ha sido transformada entretanto en una sociedad por tiempo indefinido. Este interés en la supervivencia de SIEPSA autoriza a pensar que el Estado español, en cuanto accionista único, hará todo lo posible para que SIEPSA no sea declarada en quiebra. Es decir, aunque no exista un mecanismo de compensación oficial para las posibles pérdidas, SIEPSA no asume, en definitiva, toda la responsabilidad por las consecuencias económicas de su actuación. Por tanto, podría existir el peligro de que se deje guiar, en la adjudicación de contratos, por consideraciones que no sean puramente económicas, lo cual es suficiente para asegurar que, al aplicarle la Directiva 93/37, se garantiza la libre prestación de servicios y la libre circulación de mercancías».

Si ASIEPSA actúa o no con ánimo de lucro, no parece, en definitiva, decisivo para su clasificación habida cuenta de la jurisprudencia actual. En opinión del Tribunal de Justicia, el ánimo de lucro puede ser, a lo sumo, un indicio de una actividad industrial o mercantil (así sentencia Agorà que consideró al Ente Fiera como organismo con una actividad industrial o mercantil, a pesar de que no actuaba con ánimo de lucro).

La sentencia sobre este asunto, *de 16 de octubre de 2003*, ha caminado en la dirección señalada por el Abogado general al decir que: «constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil aquellas que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante».

Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad.

Porque «si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil».

Pero SIEPSA se creó específicamente para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitenciaria del Estado español. Con este fin, realiza todas las actividades que resulten necesarias a efectos de la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario de dicho Estado, es decir, necesidades de interés general vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado.

Ello explica la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada a SIEPSA. Además, puesto que la aplicación de las penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA en materia de planificación y creación de centros penitenciarios. Por consiguiente, dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos.

En cuanto a la alegación del Gobierno español según la cual SIEPSA realiza sus actividades con ánimo lucrativo, basta señalar que, aun suponiendo que las actividades de SIEPSA generen beneficios, queda descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en sí el primer objetivo de esta sociedad... porque actividades como la adquisición de inmuebles para la instalación de nuevos centros, la promoción y la ejecución de obras de urbanización y construcción o incluso la enajenación de las instalaciones desafectadas no son sino medios que SIEPSA aplica para alcanzar su principal objetivo, que consiste en contribuir a la realización de la política penitenciaria del Estado.

De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Di-

rectiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición.

III

No me resisto a plantearles otro problema de actualidad en la jurisprudencia europea. El de los llamados contratos «in house» o domésticos si queremos decirlo en castellano. ¿Cuál es el problema?

Cabalmente el de la naturaleza de las relaciones que pueden entablarse entre las Administraciones públicas –las locales u otras– y las empresas íntegramente públicas (en forma de organismo autónomo, de sociedad o aun de fundación, supuestos sus fines, artículo 2 de la ley de 24 de noviembre de 1994) dependientes de ellas. ¿Son estas relaciones de carácter contractual o se rigen por otra lógica y deben recibir otro tratamiento y someterse a un régimen jurídico diferenciado?

Creo, y adelanto ya mi conclusión, que las sociedades públicas o las otras formas de personificación son simples opciones de organización y el reconocimiento de una personalidad jurídica lo es sólo a efectos auxiliares o instrumentales y, por ello, en modo alguno pueden ostentar la consideración de *terceros* respecto de esa misma Administración pues están incardinadas en el tejido mismo administrativo al formar parte del propio dispositivo organizativo público. Tienen reconocida una personalidad jurídica, cierto, pero sólo para acomodarse mejor al fin del que sólo son un instrumento o medio. El reconocimiento de una personalidad jurídica independiente es una herramienta que ni significa ni puede implicar la desvinculación de la organización empresarial de la entidad pública de que trae causa. Estamos sólo y exclusivamente ante una forma de organización más. De ahí, que se deban considerar estas entidades, a tales efectos, como *algo propio* de la Administración.

Los datos del derecho positivo que avalan esta conclusión mía son abundantes. Veámoslos resumidamente. Cuando se regula el contrato de concesión de obras públicas (ley de 23 de mayo de 2003), se obliga a los concesionarios a someter los contratos que, a su vez, celebre con un tercero a las pertinentes reglas de publicidad pero, a renglón seguido, se advierte que «*no se considerarán terceros* aquellas empresas que se hayan agrupado para obtener la concesión *ni las empresas vinculadas a ellas*» (artículo 237. 2). Entendiendo por empresa vinculada «aquellas en las que el concesionario pueda ejercer directa o indirectamente una influencia dominante o aquellas que puedan ejercerla sobre él o que, del mismo modo que el concesionario, estén sometidas a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad, participación financiera o normas que la regulen» (artículo 234.1). Tal influencia dominante se presume cuando «una empresa, directa o indirectamente, con relación a otra: a) esté en posesión de la mayoría del capital suscrito; b) disponga de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa; c) pueda designar más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o con-

trol de la empresa» (artículo 234. 2 y, en idéntico sentido, el artículo 55 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras, Doc. 500PC0275, que trata de refundir y renovar parcialmente las Directivas actualmente vigentes, así como la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el derecho comunitario, Diario Oficial, 29. 4. 2000, punto 3.2.2). En tales casos, el empresario concesionario queda liberado de someter sus contratos al mandato de publicidad.

¿Por qué entonces lo que la ley permite a los concesionarios de obras públicas se lo va a negar a las Administraciones públicas propiamente dichas? ¿Qué razón existe para ello?

De otro lado, la Ley de Contratos admite que la ejecución de los contratos de obras y de suministros así como los de consultoría, asistencia y servicios sea llevada a cabo «por la propia Administración». Estamos ante lo que la legislación clásica de contratos y de obras públicas (la que en parte viene del siglo XIX) llamaba ejecución de obras o suministros «por administración», figura contrapuesta a la sazón a la de «por contrata» y a la llamada «por empresa» que consistía en la ejecución de obras por un particular retribuido con las rentas obtenidas por la explotación de la obra. Hoy, el artículo 152 de la actual legislación de contratos dispone que «la ejecución de obras por la Administración podrá verificarse por los propios servicios de la misma a través de sus medios personales o reales... cuando... la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales, suficientemente aptos para la realización de la obra proyectada, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución» (la cursiva es lógicamente mía). También cuando «la Administración posea elementos auxiliares utilizables en la obra y cuyo empleo obtenga una economía superior al 5% del importe del presupuesto de aquella o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma».

Del mismo modo, la Administración no necesita contratar sino que puede limitarse a utilizar sus propios medios para la fabricación de bienes muebles siempre que concurran alguna de las siguientes circunstancias: «a) que tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización del suministro, caso éste en que deberá *normalmente* utilizarse este sistema de ejecución; b) que la Administración disponga de elementos personales y materiales utilizables para la realización del suministro y cuyo empleo suponga una economía superior al presupuesto del mismo o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose en este caso las ventajas que se sigan de la misma» (artículo 194).

Analicemos las palabras del legislador con cautela porque estos preceptos no aclaran cuál es la forma jurídica de que se han podido dotar esas fábricas, arsenales o maestranzas, por lo que cabe interpretar que pueden ser únicamente organizaciones sin personalidad jurídica, órganos en el sentido estricto del término. Si es así, podemos considerar superfluas estas previsiones legales porque es poco probable

que a estas alturas una Administración (por modesta que sea) disponga de una fábrica vestida con el uniforme del simple órgano administrativo. Además, en tales casos, si de simples órganos se tratara, no estaríamos en presencia nunca de un «contrato» (¿dónde estarían las *dos* voluntades?) y no se entendería la razón de su inclusión en una ley reguladora precisamente de los «contratos». Es verdad que la terminología empleada puede parecer algo arcaizante pero el Código civil nos obliga a interpretar las normas según «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» (artículo 3.1).

Por eso puede y debe sostenerse que, cuando la ley habla de fábricas o arsenales etc., se está refiriendo a organizaciones que pueden estar perfectamente personificadas, organismos autónomos de carácter comercial o industrial o sociedades mercantiles públicas, casos éstos en los que las distintas Administraciones públicas, sin necesidad de recurrir a procedimiento licitatorio alguno, encargan a una de estas personas jurídicas la fabricación de bienes muebles de interés para la Administración. A mi juicio, esta opción es perfectamente lógica si recordamos que en estos casos no se traba relación alguna con *terceros* ya que, vuelvo a insistir, estas personificaciones instrumentales *son simples opciones de organización* (formas de *gestión directa* en la dicción del artículo 85.3 LB). En suma, *algo propio* de la Administración.

Conviene parar mientes asimismo en el hecho de que no se aclara en el precepto si las fábricas, arsenales etc han de ser de la misma Administración o pueden pertenecer a otra, lo que sería el caso, por ejemplo, si una Comunidad autónoma pretendiera utilizar los servicios de una empresa estatal. Nada parece excluirlo siempre que medie entre las Administraciones implicadas un convenio de colaboración o uno de los consorcios a los que se refieren los artículos 6 y 7 de la ley 30/92. En una sentencia interesante del Consejo de Estado francés de 29 de abril de 1970 referido a la Sociéte Unipain, suministro de pan por una panadería militar (dependiente del ministerio de Defensa) a los establecimientos penitenciarios (dependientes de Justicia) se puede leer: «el principio de libertad de comercio e industria no es obstáculo para que el Estado satisfaga, a través de sus propios medios, estas necesidades, motivadas por razones de economía, acordes con el interés general». En tal caso, no se trataría de contratos sino de «convenios», de «protocolos», de «acuerdos», sigue diciendo el Alto Cuerpo jurisdiccional francés.

Si de estos supuestos nos vamos a los contratos de consultoría, asistencia y servicios, advertiremos que el legislador, a la hora de regular sus actuaciones administrativas preparatorias, obliga a incorporar al expediente un informe del servicio «en el que se justifique debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato» (artículo 202.1 LC). Es decir, que, si cuenta con suficientes medios, la Administración habrá de recurrir a ellos, bajo la amenaza de incurrir en caso contrario en las causas de invalidez de los contratos reguladas en los artículos 61 y sgs LC y muy especialmente en los efectos contemplados en el artículo 65.

Respecto a las retribuciones a abonar por la Administración a sus criaturas empresariales, estas pueden fijarse sobre la base de precios unitarios convenidos bien por operación o por resultado o por unidad de prestación; también por un precio para una determinada tarea o teniendo en cuenta la facturación de los costes efectivamente soportados. En fin, las fórmulas son muy variadas y no es este lugar de precisarlas (véase artículo 178 del Reglamento de 12 de octubre de 2001).

De importancia capital es en fin el Proyecto de Directiva que ha de sustituir a las actualmente en vigor: aunque los textos no son definitivos, se dice en ella que «la presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos 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 estos en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado» (art. 19).

Ahora bien, dicho esto, debo añadir que, a mi juicio, las sociedades tan solo parcialmente públicas no se benefician de la consideración de ser «Administración» a los efectos de los artículos antes citados 152 y 194 LC (y por tanto las relaciones con ellas habrán de pasar por las reglas de la publicidad y concurrencia) al formar parte de las mismas sujetos privados que pueden defender intereses que no tienen por qué corresponderse exactamente con los generales cuya tutela objetiva tiene encomendada la Administración pública (artículo 103. 1 CE). Por ello tampoco es posible adjudicarles directamente la gestión de un servicio público, tal como ha recordado la Junta Consultiva de Contratación administrativa en sus Informes 24/00 de 30 de octubre de 2000 y 1/01 de 5 de marzo de 2001, excepto que ello (la atribución de la gestión del servicio público) vaya implícito en el proceso de selección del socio. En tal sentido habría que interpretar el art. 182 del Reglamento de Contratos incluido en su desvaído título II.

Otra cosa es la sociedad que, aun siendo íntegramente pública, pertenece a varias Administraciones, supuesto éste en el que conviven aspectos de la sociedad unipersonal y de la sociedad mixta. A los efectos que aquí interesan, creo que tales sociedades se benefician del régimen aplicable a las íntegramente públicas, como ha visto con claridad y exactitud la ley canaria de 6 de julio de 2001 donde, a propósito de la regulación de este asunto, se dice que «sin perjuicio de las facultades que les confiere la legislación de régimen local, las entidades locales canarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán encomendar a las sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad local la ejecución de cualquiera de las actividades relacionadas [con las obras y servicios] que precisen para el ejercicio de sus competencias y funciones, así como las que resulten complementarias o accesorias de las mismas, siempre en el ámbito del respectivo objeto social de dichas empresas, y sin más limitaciones que las que vengan establecidas por la normativa estatal básica en materia de contratación de las Administraciones Públicas y de Régimen Local, así como en las normas de Derecho comunitario europeo directamente aplicables. *Tal encomienda podrá realizarse, igualmente, a las sociedades mercanti-*

les en cuyo capital participe mayoritariamente la entidad local respectiva, siempre que el resto de su capital pertenezca a otra Administración Pública. Dichas obras, trabajos y actividades encomendadas se considerarán ejecutadas por la propia Administración Local».

Esta complejidad que a menudo se da en la composición del capital social de las empresas tiene una explicación bien clara al ser el resultado de una realidad que tenemos ante nuestros ojos, a saber, la existencia de Administraciones públicas muy variadas, según el modelo querido por nuestro Ordenamiento Constitucional que atribuye a las distintas esferas públicas diferente grado de responsabilidad y de competencias, lo que ha puesto en pie un reparto de atribuciones de extraordinaria delicadeza. Por si todo esto fuera poco, hay que añadir que, a su vez, estas Administraciones a veces convierten sus propias atribuciones en centros personificados de poder a través de la creación de sujetos públicos o de sociedades mercantiles. Es el caso de la RENFE o de AENA, frutos del compromiso del poder público con el mantenimiento de un tráfico ordenado que no puede sin más dejarse a las fuerzas del mercado. Y así sucesivamente...

Es decir que, en estos casos, la integración del capital social no es sino un reflejo de la complejidad del reparto del poder entre los entes de naturaleza política o las asociaciones entre ellos creadas y, a su vez, de la forma en que esos poderes buscan fórmulas de personificación diferenciadas o, si se prefiere, centros de imputación autónomos de sus cometidos, una tendencia esta a la que difícilmente se le puede poner término si se tiene en cuenta la complejidad técnica de las grandes operaciones urbanísticas, de la previsión de infraestructuras, de la planificación de servicios constantemente renovados, etc., en que han de embarcarse las Administraciones modernas si quieren cumplir las demandas de unos ciudadanos que se hacen más y más exigentes.

Es precisamente la necesidad de dotar de la indispensable coherencia interna a toda esta proliferación de centros de poder y de personas jurídicas lo que ha dado lugar a otorgar un papel central a la *coordinación*, sin duda uno de los grandes desafíos para las Administraciones y su cortejo de entes instrumentales. Surge así la coordinación orgánica, artículos 3 y 4 de la ley 30/1992 (y sucesivas correcciones) pero también la interadministrativa o entre entes (artículos 10 y 55 de la Ley básica de Régimen Local) que a su vez se descompone en distintas técnicas (creación de comisiones, de órganos *ad hoc*, de planes o programas económicos conjuntos, etc.). No es cuestión de entrar en todo ello por extenso pero sí de recordar que una de esas formas de la deseable coordinación es precisamente la creación de estas sociedades anónimas que permiten, gracias a la integración plural de su capital social, *coordinar*, es decir, aunar intereses en juego, evitar duplicidades y por ello ahorrar, completar perspectivas diferentes e integrarlas en diseños comunes, servir en suma de crisol donde se funden esfuerzos de muy variado origen y naturaleza. Esfuerzos que son a su vez responsabilidades públicas bien definidas.

Y así podemos contemplar el espectáculo de la vieja sociedad anónima que muta, que transforma y renueva su intimidad, dispuesta a afrontar un nuevo capítulo de su

historia fecunda. Obsérvese que, de acuerdo con el panorama trazado, la vieja sociedad íntegramente pública ya sólo en contadas ocasiones podrá pertenecer a una sola Administración por la sencilla razón de que esa propietaria única antigua, ella misma, ha vivido un proceso en virtud del cual se ha descompuesto, formando una constelación de sujetos, unos territoriales y con singularidad política, otros de carácter asociativo, técnico o instrumental. Siguen siendo públicas, íntegramente públicas, pero la composición de su capital social ha de reflejar necesariamente esa compleja –y nueva– realidad. La sencilla dicotomía de las soluciones de hace medio siglo se ha desvanecido. Sin que por ello tenga que padecer necesariamente la seguridad del tráfico jurídico.

¿Qué es lo que nos han dicho sobre esta realidad de los contratos «in house», contratos «maison», «domésticos», algunos documentos europeos, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo y, en algunas ocasiones, los jueces españoles?

Las primeras aproximaciones europeas proceden de las conclusiones que formulan en algunos juicios el Abogado General. Así en 10 de noviembre de 1998 (BHI Holding BV c. G.Arnhem e G Rheden, C-306/96, La Pergola, y en RI. SAN contro Comune di Ischia, 9 de septiembre de 1999, C-108/98, Alber). Ischia Ambiente era una sociedad anónima cuyo capital social pertenecía en un 51% al municipio de Ischia. El 49% restante era propiedad de GEPI, otra sociedad anónima propiedad íntegra del Estado italiano. A esta sociedad se le atribuyó sin concurrencia la gestión de la recogida de residuos y el Abogado Alber consideró a la vista de estos datos que la distinción entre municipio de Ischia y Estado italiano era demasiado formalista pues se trataba de una falsa sociedad mixta ya que el socio «privado» no era sino una sociedad de financiamiento precisamente destinada a constituir con los municipios sociedades para ayudar a la prestación de servicios sin llegar a jugar nunca un papel especial de gestión.

En los dos casos, para los Abogados generales la clave estaba en el vínculo de dependencia: financiera, de un lado, y administrativa, de otra. El vínculo financiero era considerado elemento necesario pero no suficiente para apreciar la existencia de un servicio «in house». Más importante era la vinculación administrativa, la unión orgánica, que hacía perder a la empresa la condición de «tercero». Tanto en uno como en otro caso citados el hecho de advertir una dependencia que era financiera, organizativa y de gestión constituyeron elementos suficientes para defender la exclusión de la aplicación de la Directiva correspondiente. El juez de Luxemburgo siguió la argumentación de los Abogados generales.

Después viene la causa Teckal (Comune de Aviano, 18 de noviembre de 1999, C-107/98). En él aparecen las famosas palabras del Abogado general Cosmas: cuando se demuestra la existencia de un fuerte control de parte de la administración adjudicadora en relación con el ente adjudicatario, análogo al ejercido sobre los propios servicios, que hace que en realidad los dos sujetos sean una sola persona, entonces se excluiría el régimen de la directiva. Porque sólo en estos casos puede hablarse de una especie de prolongación de la autoridad administrativa (una suerte de *longa ma-*

nus) que lógicamente no existe cuando el servicio aparece como un «tercero» situado en el mismo plano que otros operadores.

Ahora bien, dijo la sentencia (punto 50) ...tiene que realizar la parte esencial de la propia actividad con la Administración adjudicadora. El Tribunal no dice que la empresa dependiente tenga que actuar exclusivamente en beneficio de la Administración que la controla, es decir, puede actuar accesoriamente para otras personas (sin perjuicio de estas afirmaciones, la sentencia Teckal sólo indirectamente sirve a la causa del contrato «doméstico»).

En el asunto de la sentencia Arge (7 de diciembre de 2000, C-94/99, Gewässerschutz) se afrontaron varias cuestiones (las del contrato doméstico y la de las ayudas públicas) en el marco de un litigio entre ARGE Gewässerschutz y el ministerio alemán federal de Agricultura y Montes, entidad adjudicadora, sobre la participación de licitadores semipúblicos en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de servicios (toma de muestras y análisis de las aguas de una serie de lagos y ríos austríacos). Según el Abogado general Leger (15 de junio) «las prestaciones calificadas in house –término con el cual se definen las prestaciones suministradas a una autoridad pública por sus propios servicios aunque estos se hallen orgánicamente diferenciados– escapan de la esfera de aplicación de las Directivas. El control, de acuerdo con este Abogado general, ha de ser «efectivo», la dependencia «estructural». Arge era una sociedad con un capital social, el 49,5% en manos privadas. Y, con todo, el Abogado general no descarta por ese simple hecho la admisibilidad de un contrato doméstico, in house, sino que entiende con prudencia que, en tal caso, hay que analizar si el poder adjudicador ostenta un «poder determinante» en la sociedad. Ello exige un análisis que no es necesario cuando el capital es 100% público porque entonces hay una presunción clara de estrecha dependencia. Dependencia formal, dependencia económica, dependencia administrativa y destinatario de los servicios serían los elementos determinantes para advertir la presencia de un contrato doméstico, según la sentencia misma.

Respecto de las ayudas, el mismo Abogado es claro: «si el Derecho comunitario permite la legalidad de determinadas ayudas de Estado es porque reconoce a los operadores que las reciben el derecho de ejercer su actividad del mismo modo que los demás. En efecto, ¿de qué serviría que se ayude de forma lícita a empresas si, simultáneamente, se les prohibiese acceder a una actividad económica normal? Tal interpretación sería, además, poco compatible con la lógica de compensación que legitima determinadas ayudas, puesto que la ayuda consistente en una subvención o en una asistencia logística se vería rápidamente eliminada por las restricciones de actividades sufridas».

La sentencia (12 de julio de 2000), en cuanto a la contratación doméstica, se remite a la sentencia Teckal, y respecto a las subvenciones señala abiertamente que: A1) El principio de igualdad de trato de los licitadores enunciado en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, no se viola por el

mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a organismos que reciben, de ella o de otras entidades adjudicadoras, subvenciones, del tipo que sean, que permiten a dichos organismos presentar ofertas a precios considerablemente más bajos que los de los demás licitadores, que no reciben tales subvenciones; 2) El mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a tales organismos no constituye ni una discriminación encubierta ni una restricción contraria al artículo 49 del Tratado CE».

Por último una importante sentencia, ahora del Tribunal Supremo español sobre este asunto. La de 4 de julio de 2003 referida a un convenio de colaboración y asistencia técnica entre Administraciones locales y sociedades gestoras de servicios públicos en Cataluña. De ella se extraen, brevemente resumidas, las siguientes observaciones:

- los convenios no son exactamente contratos sino negocios bilaterales formalizados entre las Administraciones locales y sociedades gestoras de determinados servicios que tienen atribuidos por las Administraciones que las han creado;
- por tanto se trata, no de un contrato de servicios, sino de la gestión directa de un servicio *ex art.* 85 de la ley de Régimen local;
- la legislación aplicable no es pues la de contratos porque la sociedad con la que se convino es una sociedad instrumental de la Administración matriz;
- el convenio responde a las necesidades de la cooperación interadministrativa y por ello se incardina dentro de la potestad organizativa de las entidades locales y de sus formas de cooperación y asistencia para la consecución del interés público.

Naturalmente el recurso a los contratos domésticos tiene límites bien claros que deben respetarse porque las Administraciones públicas son muy desiguales. Se impone por ello observar, en el campo de sus posibles prestaciones económicas o de servicios, que siempre implican la puesta en pie de medios instrumentales complejos, principios básicos. Así, el de la proporcionalidad que hoy tiene carácter general en el derecho europeo y que reclama:

- de un lado, la adecuación entre la envergadura de esas organizaciones instrumentales y la capacidad de prestación del Ayuntamiento mismo y sus previsibles necesidades, todo ello de acuerdo con su importancia (en este sentido pueden verse algunas leyes alemanas como la bávara de régimen local y las consideraciones de Knemeyer/Kempfen en la aportación que hacen al *Besonderes Verwaltungsrecht* de Achterberg, Püttner, Würtenberger, 2000, páginas 78 y sgs., así como Galetta, *Principio proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milán, 1998). Tal principio se emparenta con la «prohibición de excesos» (cuando el poder público incurre en abuso o derroche en sus medidas) pero también con la «prohibición de defectos», es decir, cuando el poder público que debe actuar, no actúa, incumpliendo así sus fines constitucionalmente establecidos (exigencias del Estado social de derecho y la consiguiente remoción de las desigualdades etc., véase *in toto* el

significativo trabajo de Bernhard Schlink, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit* en «Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht», Hrsg. Badura und Dreier, 2001, segundo tomo, páginas 445 y sgs.).

- de otro, la capacidad y la envergadura de los «medios propios», personales y materiales, de que dispone la Administración, medios que han de ser adecuados y suficientes pues la simple utilización de sociedades públicas-pantalla constituiría, además de una infracción de la proporcionalidad, un auténtico fraude de ley; con todo conviene decir que hace muy poco desde Luxemburgo nos han dicho (sentencia 18 de marzo de 2004, C-314/01) que «como declaró el Tribunal de Justicia en los apartados 26 y 27 de la sentencia Holst Italia, antes citada, tanto del objeto como del tenor de dichas disposiciones se deduce que nadie puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios por el mero hecho de que, para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas de él. Ello implica que es posible que un prestador que, de por sí, no cumple los requisitos mínimos exigidos para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios invoque ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que tiene previsto recurrir si se le adjudica el contrato».
- en fin, deben excluirse las sociedades de economía mixta y aquellos entes institucionales que compitan abiertamente en el mercado con empresas privadas;

Dicho lo anterior, quiero señalar que estamos ante un asunto abierto, un asunto –de dimensión técnica pero también política– sobre el que se va a hablar y escribir mucho en los próximos años y acerca del cual es imposible aventurar en estos momentos soluciones definitivas y, mucho menos, radicales. El debate pues continuará. La bien reciente Ley del Patrimonio de las Administraciones públicas de 3 de noviembre de 2003 establece en su disposición adicional décima que la «Sociedad estatal de gestión inmobiliaria de patrimonio, sociedad anónima» es un «medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración general del Estado y sus organismos y entidades de derecho público» (se citan con carácter singular los de formación y mantenimiento del Catastro inmobiliario). Está «obligada» a realizar los trabajos que le «encomiende» la Administración de acuerdo con el principio de libertad de pactos y abonándose por sus servicios según tarifas calculadas de manera «que representen los costes reales de realización».

IV

¿Qué decir en todo este complejo y abigarrado panorama de los entes reguladores de los sectores privatizados o liberalizados?

Nota característica de la organización económica actual es la proliferación de nuevos órganos insertos en la Administración pública de manera peculiar para regu-

lar y supervisar un concreto sector o ámbito de actuación. Son entes públicos, administraciones especializadas, que se caracterizan de manera esencial por su cualificación técnica y profesional y por su cierta autonomía, lo que ha conducido, incluso, a calificarlas como «administraciones independientes» para subrayar su independencia de las tendencias políticas del Gobierno.

La moda de esta forma organizativa procede del Derecho americano, donde están muy generalizadas las «agencias» que tratan de distanciarse de las tensiones políticas de las cámaras y del presidente de los EEUU viviendo sólo en un mercado que debe regularse por sus propios miembros sin interferencias ni injerencias políticas. Existen varios centenares de agencias (del comercio; del medicamento...) con facultades reguladoras, esto es, normativas; de supervisión y control y también sancionadoras.

Este modelo organizativo se importó de manera general en la década de los ochenta. Algunos autores han creído encontrar con anterioridad entes reguladores o administraciones independientes en el Derecho español y citan, entre otros ejemplos, el Banco de España o la Junta de seguridad nuclear. Pero es propiamente en los años ochenta cuando se reproducen estas organizaciones y, sobre todo, cuando se insiste en su «autonomía». Así, se modifica la regulación del Banco de España para garantizar tal autonomía porque se entendía que sólo así se podría garantizar la estabilidad del sistema monetario, controlar la inflación, etc.; se creó la Comisión nacional del mercado de valores, para regular los mercados bursátiles; la Comisión nacional de la energía, que sustituyó a la anterior denominada Sistema eléctrico nacional, también para regular el desenvolvimiento del suministro de energía, cosa distinta a la recién constituida sociedad del mercado eléctrico ibérico, una sociedad hispano-lusa que gestiona el mercado de electricidad en la península y que integra a distintas empresas de electricidad; la Comisión del mercado de telecomunicaciones, ente supervisor del mercado de telecomunicaciones; la Agencia de protección de datos, agencia audiovisual (en Cataluña) etc.

Sus dos notas características, «autonomía» y neutralidad con relación a las tensiones políticas y profesionalización y especialidad técnica no dejan de plantear problemas.

Con relación a la primera, cuestiona o, al menos, singulariza las tradicionales pautas del sistema constitucional porque la Administración es una y debe estar sujeta y sometida jerárquicamente al Gobierno. ¿Cómo se explica entonces la independencia? Máxime cuando se reconocen destacadas potestades y facultades administrativas de manera autónoma al Gobierno: la potestad reglamentaria; la potestad de autorización o dirección; potestad arbitral; potestad sancionadora... La pregunta sería es: ¿no es importante mantener la estructura constitucional, su coherente sistema, porque en caso contrario quiebra todo el edificio? De ahí la necesidad de meditar lo que supone sustituir la legitimación política y democrática por la legitimación técnica. Con relación a su profesionalidad técnica, la Administración también dispone de ella a través de sus funcionarios.

Se ha advertido, tras el conocimiento de escándalos, que este modelo puede quebrar porque las empresas reguladoras se apoderan del ente regulador. Y que por tanto, no existen más garantías que las que descansan en la honorabilidad de las personas para que el sistema funcione. Dicho de otra forma: el hecho de ser una Administración independiente no añade ninguna garantía al sistema.

La cúspide de estos entes reguladores se integra por un Presidente y un Consejo, cargos todos designados por el Gobierno o por el Ministro competente siempre entre personas de prestigio, honorables, y que están sujetas a un estatuto especial de inmovilidad, así como de incompatibilidades incluso después de concluir su mandato.

Sus funciones son variadas y abarcan las potestades normativa, autorizatoria, de supervisión y control, de sanción, de arbitraje.

Con relación al régimen jurídico, estos entes reguladores combinan el Derecho público, el derecho administrativo, y el privado. Se han subido al tren de la denominada «huida del derecho administrativo» para someter algunos aspectos al derecho privado. Así en sus leyes reguladoras se suele repetir que la materia de contratación, adquisiciones patrimoniales y personal se someten al derecho privado con la disculpa de la necesidad de agilidad y evitar la lentitud de la actuación burocrática. Pero ni esto se consigue con el derecho privado, ni tampoco estos sectores ahora pueden desvincularse del derecho administrativo, ante las exigencias del derecho comunitario europeo, sobre todo en materia de contratación, como hemos visto. Cuando se analizan de manera tranquila y sin tabúes, complejos o mitos las actividades de estos entes reguladores se llega a la conclusión de que prácticamente toda su actividad está sometida al derecho público. Así en el caso del ejercicio de funciones públicas (cuando aprueban una disposición general, cuando autorizan una actividad, cuando realizan una inspección o imponen una sanción), en materia de contratación, en la presupuestaria, existen reglas especiales también de control e intervención; en materia de responsabilidad administrativa, la idea de garantizar los derechos de los ciudadanos hace que se aplique el derecho administrativo; y en materia de personal, aunque se remite al derecho laboral (cosa ya común en casi toda la administración pues está en crisis la función pública) deben de manera obligada garantizar los principios de mérito y capacidad. En lo que sí existe un entusiasmo especial por el derecho laboral es en materia de retribuciones: hace poco se publicó el sueldo del presidente de la comisión nacional del mercado de valores y no sólo gana más que el presidente del gobierno (cosa que intentan y consiguen otros altos cargos políticos y públicos) sino que el sueldo es uno de los más altos de la actividad pública española.

Gran festival el que está creando todo este barullo de Organismos reguladores que se multiplican en este y en aquél sector y que, a su vez, se organizan en redes europeas. ¿Qué gigantesca burocracia está generando esta liberalización?

Seguiremos, si la ocasión se presenta, con estos asuntos que son, por naturaleza y de momento, inagotables.

Muchas gracias.