

Roj: STS 444/2008
Id Cendoj: 28079130032008100030
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 548/2002
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: FERNANDO LEDESMA BARTRET
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DERECHO COMUNITARIO (CONTRATACIÓN PÚBLICA) x
- x ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO x
- x CUESTIÓN PREJUDICIAL SOBRE DERECHO COMUNITARIO x
- x ADJUDICACIÓN (CONTRATOS ADMINISTRATIVOS) x
- x VOTO PARTICULAR x

Resumen:

Defensa de la Competencia. Abuso de la posición de dominio por no seguir los procedimientos de adjudicación de contratos. Cuestión prejudicial: conformidad del régimen jurídico de TRAGSA con el Derecho Comunitario. Medios propios de la Administración y derecho de la competencia.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Enero de dos mil ocho.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 548/2.002, interpuesto por la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS FORESTALES (ASEMFO), representada por la Procuradora D^a Paloma Thomas de Carranza y Méndez de Vigo, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 26 de septiembre de 2.001 en el recurso contencioso-administrativo número 972/1.998, sobre sobreseimiento del expediente 1351/96 del Servicio de Defensa de la Competencia, incoado como consecuencia de demanda formulada contra la Empresa de Transformación Agraria, S.A. por abuso de dominio en el mercado español de obras, servicios y proyectos forestales al no seguir los procedimientos de adjudicación previstos en la *Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas*.

Son partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, y la EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA, S.A. (TRAGSA), representada por la Procuradora D^a Magdalena Cornejo Barranco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 26 de septiembre de 2.001, desestimatoria del recurso promovido por la Asociación Nacional de Empresas Forestales (en adelante ASEMFO) contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de marzo de 1.998 (expte. R 267/97). La citada resolución desestimaba el recurso interpuesto por la demandante y por la Asociación de Empresas Restauradoras del Paisaje y Medio Ambiente contra el acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 16 de octubre de 1.997. Por éste último se había sobreseido el expediente 1351/96 del Servicio de Defensa de la Competencia, incoado en virtud de denuncia de las empresas citadas contra la Empresa de Transformación Agraria, S.A. (en lo sucesivo TRAGSA) por supuestas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia consistentes en operar en el mercado español de obras, servicios y proyectos

forestales con abuso de posición de dominio al no seguir los procedimientos de adjudicación previstos en la *Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas* .

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 14 de diciembre de 2.001 , al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de ASEMFO compareció en forma en fecha 28 de enero de 2.002, mediante escrito interponiendo recurso de casación en base al *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio* , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, formulando un único motivo por infracción de los *artículos 4, 7, 11.1, 153 y 195 y concordantes de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas* ; por infracción de las Directivas 71/305/CEE, del Consejo, de 26 de julio de 1.971 y 77/62/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1.976 (modificadas por las Directivas 88/295/CEE, del Consejo, de 22 de marzo de 1.988 y 89/440/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1.992) así como de las Directivas 93/36/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1.993 y 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1.993, y de la *Directiva 97/52 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1.997* ; por infracción de los *artículos 31, 38, 128 y 103 de la Constitución y del 6.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* , y concordantes; por infracción de los *artículos 81, 86 y 87* y concordantes del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea; por infracción de los *artículos 45 y 46* y concordantes del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, y por infracción de la jurisprudencia relativa al principio de primacía del derecho comunitario.

Terminaba suplicando que se dictase sentencia por la que se casara la recurrida, dictando otra por la que se estimase la demanda y, en consecuencia, se anulase la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de marzo de 1.998 y, por ende, el acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 16 de octubre de 1.997. Mediante otrosí solicitaba que se acordara el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en relación con el *artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*.

El recurso de casación fue admitido por providencia de la Sala de fecha 26 de mayo de 2.003 .

CUARTO.- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que desestime el recurso e imponga las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo establecido en el *artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción* .

Asimismo se ha opuesto al recurso de casación la también comparecida TRAGSA, quien suplicaba en su escrito que se dicte sentencia desestimando el recurso, confirmando íntegramente la recurrida, con condena en costas a la parte recurrente.

QUINTO.- Por providencia de fecha 28 de septiembre de 2.004 se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso el día 30 de noviembre de 2.004, dictándose en ese mismo día providencia suspendiendo el señalamiento y acordando oír a las partes sobre la pertinencia de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Tras sus alegaciones se dictó Auto el 1 de abril de 2.005 planteando la mencionada cuestión prejudicial en los siguientes términos:

"1. Si es admisible en los términos del *artículo 86.1* del Tratado de la Unión Europea que un Estado miembro de la Unión atribuya ex lege a una empresa pública un régimen jurídico que le permita realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las Directivas europeas a este respecto.

2. Si un régimen jurídico semejante sería compatible con lo establecido en las Directivas 93/36/CEE, del Consejo y 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1.993, y las Directivas 97/52/ *CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1.997, y 2001/78* , de la Comisión, de modificación de las anteriores -normativa recientemente refundida en la *Directiva 2004/18 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2.004* -.

3. Si las afirmaciones de la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 8 de mayo de 2.003 (asunto C-349/97 , Reino de España contra Comisión) son aplicables en todo caso a TRAGSA y sus filiales, teniendo en cuenta el resto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de contratación pública, y considerando que la Administración encarga a TRAGSA un alto número de obras que quedan detraídas del

régimen de libre competencia, y que esta circunstancia pudiera suponer una distorsión significativa del mercado relevante."

Tramitada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dicha cuestión -asunto C-295/05-, fue resuelta por Sentencia de su Sala Segunda de fecha 19 de abril de 2.007 , de la que se ha dado traslado a las partes en este recurso de casación para que formularan alegaciones sobre la misma.

SEXTO.- Por providencia de fecha 11 de junio de 2.007 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 9 de octubre de 2.007.

Durante la deliberación, la Sala ha vuelto a considerar la conveniencia de plantear de nuevo cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por lo que en esa misma fecha se ha dictado providencia suspendiendo el señalamiento y acordando oír a las partes por plazo de quince días. Éstas han formulado las alegaciones que han considerado oportunas en sus respectivos escritos, y a la vista de las mismas, tras la deliberación llevada a cabo el día 29 de enero de 2008, no se estima necesario finalmente el planteamiento de la cuestión prejudicial, por lo que se dicta sentencia.

Al no conformarse el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado, con el voto de la mayoría, declinó la redacción de esta resolución, asumiéndola de acuerdo con el *art. 206 de la L.O.P.J.* , el Presidente de la Sección Excmo. Sr. D. Fernando Ledesma Bartret.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Ledesma Bartret, Presidente de la Sección

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

La Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) impugna en casación la Sentencia de 26 de septiembre de 2.001, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso entablado contra el sobreseimiento por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia del expediente incoado a la Empresa de Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA). Dicho expediente se había iniciado como consecuencia de la denuncia de la Asociación actora y de la Asociación de Empresas Restauradoras del Paisaje y Medio Ambiente (ASERPIMA), por supuestas prácticas contrarias a la competencia y abuso de posición de dominio, conductas prohibidas por los *artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia* .

La Sentencia de instancia, tras rechazar las excepciones opuestas por el Abogado del Estado y las imputaciones de incongruencia omisiva que la parte dirigía a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, desestimó las alegaciones sustantivas del recurso con los siguientes argumentos jurídicos:

"OCTAVO.- El régimen jurídico de la Sociedad de Transformación Agraria se perfila en el *artículo 88 de la ley 66/1997, de 30 de diciembre* , que establece que TRAGSA es una sociedad estatal de las previstas en el *artículo 6º, 1 a) de la Ley General Presupuestaria* , que cumple servicios esenciales en materia de desarrollo rural y conservación del medioambiente. Es un medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, que esta obligada a realizar, por si misma o por sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismo públicos de ellas dependientes.

En realidad esa condición de medio propio de la Administración es una característica de TRAGSA desde su constitución. Sin extendernos en un análisis de la evolución normativa, si conviene destacar que la *Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 (texto aprobado por D. 118/1973, de 12 de enero)* prevé expresamente la creación de una empresa de transformación agraria, como instrumento de la acción del Estado en relación con la reforma y desarrollo agrario. La constitución de TRAGSA, mediante la personificación del Parque de Maquinaria del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, se autoriza por el RD 379/1977, de 21 de marzo, que en su Exposición de Motivos explica que se persigue realizar "... a través de una empresa investida de personalidad jurídica en el campo del derecho privado los trabajos actualmente encomendados al Parque de Maquinaria del Instituto, trabajos que no pueden confiarse a empresas particulares por la especialización que requieren, por su dispersión en el espacio y en el tiempo, por la necesidad de cumplir programas de trabajos que no admiten demoras, o porque son obras de escasa o nula rentabilidad en los casos en que el Gobierno, con motivo de huracanes o calamidades similares, ordena al Instituto actuaciones de urgencia en socorro de los damnificados..."

TRAGSA se configura desde su constitución como un medio propio de la Administración Pública para

la realización de determinadas obras. Así resulta del *R.D. antes citado y del RD 1773/1977, de 11 de julio*, que indican que TRAGSA realizará las obras de nivelación, movimientos de tierras, drenajes, desmontes, roturaciones así como aquellos tipos de obras que el Parque de Maquinaria venía realizando y que dichas obras se realizarán a título obligatorio, por orden del Instituto, y se considerarán como ejecutadas por éste con sus propios medios e incluidas en el *artículo 60.1 de la derogada Ley de Contratos del Estado*.

Por lo tanto, desde su constitución y hoy por disposición expresa con rango de ley, TRAGSA es un medio propio y servicio técnico de la Administración, que está obligada a realizar los trabajos que le encomienden la Administración del Estado o las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes, es decir, TRAGSA es Administración Pública, que carece de autonomía para aceptar o rechazar trabajos encomendados por la Administración.

No sólo TRAGSA carece de autonomía para decidir los trabajos que acepta y los que rechaza, estando obligada a realizar los encargados por la Administración, sino que tampoco dispone de autonomía en la determinación de los precios de las obras realizadas, que se fijan por un sistema de tarifas que elabora y modifica una Comisión integrada por las Administraciones Públicas afectadas (*artículo 4 del RD 371/1999*).

En suma, TRAGSA no es un operador económico que goce de independencia ni en la aceptación de las demandas de trabajo provenientes de las Administraciones Públicas ni en la formación de los precios.

Las obras que realiza TRAGSA son, a todos los efectos, obras que realiza la propia Administración, supuesto este previsto en el *artículo 153 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP)*. Dispone el citado precepto que la ejecución de obras por la Administración podrá verificarse por los propios servicios de la misma cuando "la Administración tenga montadas fábricas...o servicios técnicos...suficientemente aptos para la realización de las obras proyectadas, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución."

En definitiva, el régimen jurídico con rango de ley de TRAGSA que se ha expuesto hace inviable la tesis del recurrente, según la cual TRAGSA, amparándose en la LCAP, vulnera los principios de publicidad y concurrencia en la contratación. No se trata de un problema de relaciones contractuales, sino de una cuestión de organización, pues ya se ha visto que TRAGSA se configura legalmente como un medio propio y servicio de la Administración. O como indica el *artículo 3.6 del RD 371/1999*, las relaciones de TRAGSA y sus filiales con las Administraciones Públicas, en su condición de medio propio y servicio técnico, tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado.

Por las anteriores razones procede la desestimación del recurso, confirmándose de esta forma el criterio mantenido con anterioridad por esa misma Sala sobre esta cuestión. En efecto, la Sala se ha pronunciado en su sentencia de 29 de septiembre de 2000 (Recurso 1161/1998) sobre las mismas cuestiones que ahora se plantean, al resolver un recurso contra la Resolución del TDC de 30 de abril de 1998 (R 266/97) que, como en la presente ocasión, confirmó un Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia que sobreseyó el expediente tramitado contra TRAGSA a consecuencia de otra denuncia." (fundamento de derecho octavo)

La parte actora funda el recurso de casación en un único motivo acogido al *apartado 1.d) de la Ley jurisdiccional, subdividido en 6 alegaciones* que, por su formulación, han de reputarse más propiamente como motivos o submotivos autónomos que han de ser examinados separadamente. Una inicial síntesis de las cuestiones planteadas en tales motivos sería la siguiente:

En el primer motivo -apartado a) en el escrito de demanda de la recurrente- se aduce la infracción de los *artículos 4, 7, 11.1, 153, 195 y concordantes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo)*, por inaplicación a la actividad desarrollada por la empresa denunciada TRAGSA de la normativa sobre contratación pública. El segundo motivo -apartado b)- se funda en la supuesta infracción de las Directivas *71/305/CEE, 77/62/CEE, 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE y 97/52/CEE*, igualmente por inaplicación de la regulación comunitaria sobre contratación pública a TRAGSA. El tercer motivo -apartado c)- se basa en la alegación de infracción de los *artículos 31, 38, 128 y 103 de la Constitución y del 6.3 y concordantes de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio)*, al considerar la Sentencia recurrida que el régimen legal de TRAGSA le exime de someterse al régimen de libre competencia, con infracción de los preceptos constitucionales que reconocen la libre iniciativa empresarial y someten toda actuación de la Administración al interés público. En el cuarto motivo -apartado d)- se alega la infracción de los *artículos 81, 86, 87 y concordantes del Tratado Constitutivo de la*

Comunidad Europea, por admitirse prácticas de TRAGSA contrarias a la libre competencia. El quinto motivo - apartado e)- se basa en la supuesta infracción de los artículos 45, 46 y concordantes del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea por admitir la inaplicación de los procedimientos de adjudicación en materia de contratación pública. Finalmente, en el sexto y último motivo -apartado f)- se alega la infracción de la jurisprudencia sobre el principio de primacía del derecho comunitario.

SEGUNDO.- Sobre la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Tras deliberar sobre el recurso interpuesto por ASEMFO en la fecha señalada en los antecedentes, esta Sala entendió que determinados aspectos del régimen jurídico aplicable a TRAGSA podían presentar problemas de compatibilidad con el derecho comunitario. En consecuencia, mediante el Auto de 1 de abril de 2.005 , planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia comunitario con apoyo en las siguientes consideraciones:

"CUARTO.- En principio parece claro que la configuración de TRAGSA como medio propio de la Administración por parte del *artículo 88 de la Ley 66/1997* respaldaría plenamente la respuesta dada por los órganos de defensa de la competencia y por parte de la Sentencia recurrida respecto a la regularidad jurídica de la actuación de TRAGSA, que no sería sino una actuación de la propia Administración al margen del sistema de libre competencia, la cual no se vería afectada por la ejecución de obras por la Administración en los supuestos legalmente previstos. Más aún, de acuerdo con el *artículo 152.1.a) de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* -que sucede al 153.1 a) del texto de 1.995 y al 60.1 de la anterior *Ley de Contratos del Estado de 1.965* -, en los supuestos en los que la Administración tiene un servicio propio es esa la vía de actuación normal. La libre competencia no se vería afectada porque no supondría el trato privilegiado a ninguna empresa, ya que TRAGSA, pese a su configuración como empresa pública con personalidad jurídica propia, no entra en el juego de la libre competencia, sino que se limita a ejecutar las intervenciones que la Administración le ordena, sin capacidad ni para negarse a actuar ni para determinar los precios y costes de su actuación. Es, en definitiva, una forma de actuar directamente la propia Administración.

Este régimen, sin embargo, plantea a la Sala dudas sobre su compatibilidad con el sistema de derecho comunitario, por la doctrina general sobre aplicabilidad a las empresas públicas de las disposiciones de derecho comunitario sobre contratación pública y libre competencia y por las alteraciones que pudiera ocasionar en el mercado de las obras públicas agrícolas.

En efecto, a esta Sala le parece que el régimen legal atribuido por el reiterado *artículo 88 de la Ley 66/1997* pudiera ser contrario al régimen de derecho comunitario sobre contratación pública, aun considerando la admisibilidad en términos comunitarios de que la Administración pueda efectuar por sí misma determinadas obras, y ello con independencia del umbral económico de los contratos a celebrar. Para comprobar lo fundado de estas dudas podemos emplear la reciente *Directiva 2004/18, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2.004* , que ha supuesto una refundición y actualización del derecho comunitario en la materia, cuyo plazo de transposición al derecho español se extiende hasta el 31 de enero de 2.006.

- En primer lugar es preciso tener en cuenta que, como principio general, la adjudicación de contratos por autoridades públicas y organismos de ese carácter esta sometida, con independencia de su cuantía, a los principios del Tratado de la Unión Europea:

"La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. [...]" (párrafo 2 de la exposición de motivos de la citada directiva).

Otra cosa es que la adjudicación de contratos públicos por importe superior a una determinada cantidad, deban someterse además a disposiciones comunitarias que permitan garantizar en tales adjudicaciones el respeto al derecho comunitario de una manera más precisa (ibidem, segundo inciso).

[...]

- Es preciso también tener en cuenta que la legislación sobre contratación administrativa a la que se ha hecho referencia enumera diversos supuestos que permiten la ejecución directa de obras por la

Administración, siendo uno de tales supuestos el mencionado de tener servicios propios el que ha amparado la actuación de TRAGSA. Pues bien, dicho supuesto no está condicionado por ningún otro requisito o circunstancia como pudieran serlo las razones de urgencia o interés público relevante, que operan como otro supuesto diferenciado: "cuando se trate de la ejecución de obras que se consideren de emergencia con arreglo a lo previsto en esta *Ley*" (*artículo 152.1.d, del vigente texto refundido del 2.000*). Así pues, basta que la Administración tenga servicios propios, como en este caso se considera a la empresa pública TRAGSA y sus filiales, para que pueda atribuirle todo tipo de trabajos [...].

- Parece presentar igualmente problemas de compatibilidad con los principios generales del derecho comunitario la posibilidad de que por medio de la participación directa de la Administración y haciendo uso de la habilitación legal contemplada en los citados preceptos de las sucesivas leyes reguladoras de la contratación administrativa, la Administración asuma por mediación de una sociedad pública que recibe la consideración legal de medio propio, un número tal de contratos que altere de manera decisiva el mercado relevante. A semejante posibilidad hay que referir la advertencia del Servicio de Defensa de la competencia cuando llamó la atención al Tribunal sobre la posible distorsión de la competencia que el régimen legal de TRAGSA pudiera estar originado en su ámbito de actuación (vide supra, razonamiento jurídico primero). A esta circunstancia atiende también la posibilidad contemplada en el *artículo 2.2 de la Ley de Defensa de la Competencia*, reiteradamente invocada por la recurrente, de que el Tribunal de Defensa de la Competencia elevase una petición al Gobierno para que formule una propuesta "de modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales".

- Finalmente, es necesario señalar que esta Sala no desconoce las decisiones del Tribunal de Justicia en las que se ha pronunciado directa y expresamente sobre TRAGSA (en particular la Sentencia de 8 de mayo de 2.003, asunto C-359/97) declarando que efectivamente ha de ser considerada como una forma de actuación directa de la propia Administración, habida cuenta de su falta de autonomía para actuar y para determinar el coste de su actuación. Sin embargo, en el presente asunto la parte demandante ha puesto de relieve unas circunstancias de hecho no consideradas en la citada Sentencia, como lo es la ya mencionada participación de la empresa pública en un determinado mercado (el de obras de naturaleza agrícola) en un grado tan destacado que pudiera producir una alteración substancial del mismo, por mucho que la actuación de la citada empresa pública sea formalmente "ajena al mercado", en la medida en que desde un punto de vista jurídico sea la propia Administración la que actúa.

QUINTO.- En consecuencia, la Sala acuerda plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial relativa a la compatibilidad con el Derecho Comunitario de la consideración de TRAGSA y sus filiales como medios propios de la Administración del Estado y su consiguiente exención del régimen general de contratación mediante concurso público, en aplicación de lo dispuesto en el *artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* y del 153.1 a) de la *Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratación de las Administraciones Públicas (152.1 a) del Texto Refundido de 2.000*." (razonamientos jurídicos cuarto y quinto)

La cuestión se planteó en los siguientes términos:

"LA SALA ACUERDA:

Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo del *artículo 234 del Tratado CE, la cuestión prejudicial referida en el fundamento de derecho quinto*, en los siguientes términos:

1. Si es admisible en los términos del *artículo 86.1 del Tratado de la Unión Europea* que un Estado miembro de la Unión atribuya ex lege a una empresa pública un régimen jurídico que le permita realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las Directivas europeas a este respecto.

2. Si un régimen jurídico semejante sería compatible con lo establecido en las Directivas 93/36/CEE, del Consejo y 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1.993, y las Directivas 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1.997, y 2001/78, de la Comisión, de modificación de las anteriores -normativa recientemente refundida en la *Directiva 2004/18 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2.004* -.

3. Si las afirmaciones de la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 8 de mayo de 2.003 (asunto C-349/97, Reino de España contra Comisión) son aplicables en todo caso a TRAGSA y sus filiales, teniendo en cuenta el resto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de contratación pública, y

considerando que la Administración encarga a TRAGSA un alto número de obras que quedan detraídas del régimen de libre competencia, y que esta circunstancia pudiera suponer una distorsión significativa del mercado relevante."

TERCERO.- Sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2.007 en el asunto C-295 "ASEMFO contra TRAGSA y Administración del Estado".

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2.007 inadmitió la primera de las tres cuestiones planteadas y admitió las dos restantes. Las razones para ello se exponen en los siguientes términos:

"34 En el asunto principal, si bien es cierto que el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse como tal sobre la compatibilidad del régimen jurídico de Tragsa con el Derecho comunitario, nada le impide proporcionar los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que permitirán que el propio órgano jurisdiccional remitente se pronuncie sobre la compatibilidad del régimen jurídico de Tragsa con el Derecho comunitario.

35 En estas circunstancias, procede examinar si, a la luz de la jurisprudencia recordada en los apartados 31 a 33 de la presente sentencia, el Tribunal de Justicia dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.

36 En lo relativo a las cuestiones segunda y tercera, es preciso señalar que la resolución de remisión expone, de forma breve pero precisa, los hechos que dieron origen al litigio principal y las disposiciones pertinentes del Derecho nacional aplicable.

37 En efecto, de esta resolución resulta claramente que dicho litigio surgió a raíz de una denuncia presentada por Asemfo sobre el estatuto jurídico de Tragsa, ya que, según la demandante en el asunto principal, Tragsa podía realizar numerosas operaciones por encargo directo de la Administración, sin que se cumplieran las normas en materia de publicidad establecidas en las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos. En el marco de dicho procedimiento, Asemfo sostiene asimismo que Tragsa, en su condición de empresa pública, no puede recibir un trato privilegiado respecto a las normas de adjudicación de contratos públicos so pretexto de que se trata de un servicio técnico de la Administración.

38 Además, en el marco de las cuestiones segunda y tercera, la resolución de remisión, refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, explica, por una parte, las razones por las que el órgano jurisdiccional remitente solicita la interpretación de las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos y, por otra parte, la relación entre la normativa comunitaria pertinente y la legislación nacional aplicable en la materia.

39 En lo que se refiere a la primera cuestión, en la que se pregunta si el *artículo 86 CE, apartado 1*, se opone al régimen jurídico de Tragsa, procede recordar que, según dicho artículo, 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 Tratado CE, especialmente las previstas en los *artículos 12 CE y 81 CE a 89 CE*, ambos inclusive.

40 Del claro tenor del *artículo 86 CE, apartado 1*, resulta que esta disposición carece de alcance autónomo, en el sentido de que debe ser interpretada en relación con las normas pertinentes del Tratado.

41 De la resolución de remisión se desprende que la disposición pertinente contemplada por el órgano jurisdiccional remitente es el *artículo 86 CE, apartado 1*, en relación con el *artículo 82 CE*.

42 A este respecto, procede señalar que la resolución de remisión no contiene indicaciones precisas sobre la existencia de una posición dominante, sobre la explotación abusiva de la misma por parte de Tragsa ni sobre la repercusión de dicha posición dominante en el comercio entre los Estados miembros.

43 Además, parece que, en su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente se refiere esencialmente a las operaciones susceptibles de ser calificadas de contratos públicos, premisa sobre la que, en cualquier caso, se solicita un pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el marco de la segunda cuestión.

44 Se deduce, pues, de las consideraciones expuestas que, contrariamente a lo que ocurre con las cuestiones segunda y tercera, el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ofrecer una respuesta útil a la primera cuestión.

45 En consecuencia, aunque procede declarar la inadmisibilidad de la primera cuestión, las otras dos cuestiones de la petición de decisión prejudicial son admisibles." (parágrafos 34 a 45)

La respuesta del Tribunal a las cuestiones segunda y tercera fue la siguiente:

"Sobre la segunda cuestión

46 En su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia si las Directivas 93/36 y 93/37, en su versión modificada por las Directivas 97/52, 2001/78 y 2004/18, se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a Tragsa, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen previsto por tales Directivas.

47 Con carácter preliminar, procede observar que, a pesar de las referencias del órgano jurisdiccional remitente a las Directivas 97/52, 2001/78 y 2004/18, es preciso examinar esta segunda cuestión a la luz de las normas enunciadas en las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, a saber, las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, que son pertinentes en el caso de autos, habida cuenta tanto del contexto y de la fecha de los hechos del litigio principal como de la naturaleza de las actividades de Tragsa, precisada en el *artículo 88, apartado 3, de la Ley 66/1997*.

48 A este respecto, procede recordar que, según las definiciones del *artículo 1*, letra a), de las Directivas mencionadas en el apartado anterior, un contrato público de servicios, de suministro o de obras supone la existencia de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre, por una parte, un prestador de servicios, un proveedor o un contratista y, por otra parte, un poder adjudicador de los contemplados en este mismo *artículo 1*, letra b), de dichas Directivas.

49 En el caso de autos, en primer lugar procede hacer constar que, a tenor del *artículo 88, apartados 1 y 2, de la Ley 66/1997*, Tragsa es una sociedad estatal en cuyo capital social también pueden participar las Comunidades Autónomas. El *apartado 4 del mismo artículo 88* y el *artículo 3, apartado 1, párrafo primero, del Real Decreto 371/1999* precisan que Tragsa es un medio propio instrumental y un servicio técnico de la Administración General del Estado y de la de cada Comunidad Autónoma interesada.

50 Por otra parte, como resulta de los *artículos 3, apartados 2 a 5, y 4, apartados 1, 2 y 7, del Real Decreto 371/1999*, Tragsa está obligada a realizar los trabajos que le encomienden, en las materias que constituyen su objeto social, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas, y no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones.

51 Por último, según el *artículo 3, apartado 6, del referido Real Decreto*, las relaciones de Tragsa con estos entes públicos no tienen naturaleza contractual, sino que son, a todos los efectos, de carácter interno, dependiente y subordinado, en la medida en que esta sociedad constituye un medio propio instrumental y un servicio técnico de tales entes.

52 Asemfo sostiene que la relación jurídica derivada de los encargos que recibe Tragsa, aunque formalmente revista carácter unilateral, refleja en realidad, como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un vínculo contractual indiscutible con la entidad que formula el encargo. A este respecto, se remite a la sentencia de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros (C-399/98, Rec. p. I-5409). Por consiguiente, a su juicio, aunque Tragsa parezca actuar siguiendo las órdenes de las autoridades públicas, en realidad es un cocontratante de la Administración, de modo que debería aplicarse la normativa sobre adjudicación de contratos públicos.

53 A este respecto, es preciso recordar que, en el apartado 205 de la sentencia España/Comisión, antes citada, el Tribunal de Justicia consideró, en un contexto que no es el del asunto principal, que Tragsa, en cuanto medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración española, está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas.

54 Procede observar que, si Tragsa no goza de libertad alguna ni con respecto al curso que debe dar a un encargo formulado por las autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a sus prestaciones, afirmación que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente, no se cumple el requisito de aplicabilidad de las Directivas examinadas relativo a la existencia de un contrato.

55 En cualquier caso, es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, de conformidad con las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, la licitación no es obligatoria, aunque el cocontratante sea una persona jurídicamente distinta del poder adjudicador, cuando se cumplan dos requisitos. Por una parte, la autoridad pública que es poder adjudicador debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan (véanse las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 50; de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 49; de 13 de enero de 2005, Comisión/España, C-84/03, Rec. p. I-139, apartado 38; de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/04, Rec. p. I-9705, apartado 34, y de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04, Rec. p. I-4137, apartado 33).

56 Por consiguiente, procede examinar si en el caso de Tragsa se cumplen los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia citada en el apartado anterior.

57 En lo que se refiere al primer requisito, relativo al control de la autoridad pública, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 37).

58 En el asunto principal resulta de los autos, y a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que el 99 % del capital social de Tragsa pertenece al Estado español, directamente y a través de una sociedad holding y de un fondo de garantía, y que cuatro Comunidades Autónomas, titulares cada una de una acción, poseen el 1 % de dicho capital.

59 A este respecto, no cabe acoger la tesis de que sólo se cumple este requisito para los trabajos realizados por encargo del Estado español, quedando excluidos los que hayan sido encargados por las Comunidades Autónomas, con respecto a las cuales Tragsa debe ser considerada un tercero.

60 En efecto, del *artículo 88, apartado 4, de la Ley 66/1997* y de los *artículos 3, apartados 2 a 6, y 4, apartados 1 y 7, del Real Decreto 371/1999* parece derivarse que Tragsa está obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos, incluidas las Comunidades Autónomas. De esta normativa nacional también parece deducirse que, en el marco de sus actividades con las Comunidades Autónomas como medio propio instrumental y servicio técnico de éstas, y al igual que ocurre en sus relaciones con el Estado español, Tragsa no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones y sus relaciones con dichas Comunidades no tienen naturaleza contractual.

61 Por consiguiente, parece que Tragsa no puede tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que poseen una parte de su capital.

62 En cuanto al segundo requisito, conforme al cual Tragsa debe realizar lo esencial de su actividad con el ente o entes públicos a los que pertenece, de la jurisprudencia resulta que, cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, este requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 70).

63 En el asunto principal, como resulta de los autos, Tragsa realiza por término medio más del 55 % de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35 % con el Estado. De lo anterior resulta que esta sociedad realiza lo esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la controlan.

64 En estas circunstancias, procede considerar, a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que en el caso de autos se cumplen los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia citada en el apartado 55 de la presente sentencia.

65 Del conjunto de consideraciones expuestas resulta que procede responder a la segunda cuestión que las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a Tragsa, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por tales Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre

esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades.

Sobre la tercera cuestión

66 Habida cuenta de la respuesta dada a la segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, no procede responder a la tercera cuestión." (parágrafos 46 a 66)

Y finalmente declara:

"Las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a Tragsa, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por dichas Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades."

CUARTO.- Sobre los motivos primero, segundo y quinto, relativos a la inaplicación de la legislación nacional y comunitaria sobre contratación pública.

A la vista de la Sentencia del Tribunal de Justicia procede desestimar los motivos primero, segundo y quinto, todos ellos basados en la inaplicación a TRAGSA de la normativa nacional y comunitaria sobre contratación pública.

En efecto, la Sentencia impugnada en el recurso de casación estableció que la sociedad TRAGSA se configura como un medio propio de la Administración, sin autonomía para rechazar la ejecución de las obras que se encomiendan o para decidir los precios de las mismas; que su régimen jurídico está determinado por norma con rango de *Ley* (artículo 88 de la *Ley 66/1997, de 30 de diciembre*) y queda comprendido en el supuesto previsto por el artículo 153 de la *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo)*; y, en definitiva, que dicho régimen jurídico excluye a TRAGSA del sometimiento a la regulación ordinaria sobre contratación pública establecida por la citada *Ley 13/1995*.

Por su parte, la sociedad actora sostiene en el primer motivo que dicha interpretación supone la infracción por inaplicación de los *preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que señala (4, 7, 11.1, 152, 195 y concordantes)*, puesto que a su juicio la figura de la ejecución de obras y suministros por la Administración sólo sería aplicable a sus propios servicios técnicos e industriales, no a TRAGSA y sus filiales que cuentan con personalidad jurídica y patrimonios propios. En consecuencia, con la consideración de TRAGSA como medio propio de la Administración se quebrantan los principios de publicidad, igualdad y concurrencia sancionados por la legislación sobre contratación Administrativa. En todo caso, la parte actora conoce y así lo manifiesta de forma explícita que el régimen jurídico de TRAGSA y sus filiales se halla configurado directamente por ley, así como que el régimen de ejecución directa de obras y suministros por parte de la Administración es conforme con el derecho comunitario europeo.

Pues bien, desde el punto de vista del derecho interno, el hecho de que el régimen jurídico de TRAGSA esté configurado por la referida *Ley 66/1997* y expresamente contemplado por la propia *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 153)* -"ratione temporis" no es aplicable la *Ley 30 2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público* (vid su Disposición final duodécima sobre entrada en vigor) cuya *Disposición adicional trigésima* establece el "Régimen jurídico de la "Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima" (TRAGSA), y de sus filiales"- hace que debamos partir de la conformidad a derecho de la inaplicación a TRAGSA y sus filiales de la regulación ordinaria sobre contratación pública, salvo que entendiésemos que dicho régimen es contrario a la Constitución o al derecho comunitario. En cuanto a la hipotética inconstitucionalidad del régimen de TRAGSA, es una cuestión que no se plantea en el primer motivo, sino en el tercero, y la examinamos más adelante. En cuanto a la compatibilidad de dicho régimen con el derecho comunitario, queda expresa y claramente establecida por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2.007 (parágrafos 53 y ss., reproducidos más arriba).

Esta misma compatibilidad admitida por el Tribunal de Justicia comunitario hace que debamos

rechazar, sin necesidad de mayor argumentación, los motivos segundo y quinto. En el segundo motivo se plantea la infracción por inaplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública, inaplicación expresamente admitida para TRAGSA por el Tribunal de Justicia. En cuanto al motivo quinto, en él se plantea la infracción de los *artículos 45, 46* y concordantes del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea -que admiten la inaplicación de determinadas previsiones del Tratado en supuestos de ejercicio de poder público-, porque -afirma la actora- la inobservancia de los procedimientos de adjudicación en materia de contratación pública impediría que empresas comunitarias de otros países de la Unión Europea puedan acceder al mercado afectado, obstaculizando el comercio intracomunitario en diversas modalidades. Es claro que establecida la compatibilidad del régimen jurídico de TRAGSA con el derecho comunitario, ni serían aplicables las Directivas invocadas ni los procedimientos de adjudicación en materia de contratación pública, por lo que ambos motivos han de ser rechazados sin necesidad de entrar, en el caso del quinto motivo, en la aplicación de los referidos artículos del Tratado comunitario en el contexto de autos.

QUINTO.- Sobre los motivos tercero y cuarto, basados en el supuesto falseamiento de la competencia como consecuencia de la posición dominante que se le atribuye a TRAGSA.

Desde el punto de vista del derecho de la competencia, la Sentencia recurrida sólo se pronuncia al hilo de las imputaciones de incongruencia que la actora achacaba a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia por no haber resuelto sobre determinadas cuestiones planteadas ante el mismo; aun sin entrar por ello la Sala de instancia en el fondo de tales alegaciones, sí afirma lo siguiente:

"QUINTO.- En realidad, el recurso ante el TDC no incorpora siquiera una alegación o argumentación relativa al *artículo 6.3 LDC*, sino que únicamente aparece en su *Fundamento Jurídico Séptimo* una transcripción textual del *artículo 6º LDC*, en la que se incluyen sus tres números, y se reitera su cita en *Fundamento Jurídico Undécimo* sin desarrollo alguno. No puede por tanto achacarse ahora a la resolución recurrida que haya guardado silencio no ya sobre una pretensión, sino ni siquiera sobre una alegación de la parte mínimamente desarrollada en su recurso.

El *artículo 6.3 LDC* establece que la prohibición de prácticas abusivas de posición de dominio se aplicará aún en los casos en que tal posición de dominio haya sido establecida por disposición legal. Entra en juego tal *precepto*, entonces, en los casos en que, primero exista una empresa que disfrute de una posición de dominio en un determinado mercado y, segundo, cuando además tal empresa haya abusado de esa posición mediante alguna de las prácticas que prohíbe el *artículo 6.1 LDC* y describe el *artículo 6.2 LDC*.

En el presente caso no tiene ninguna virtualidad el citado *apartado 3 del artículo 6 LDC* porque, ni está acreditado que TRAGSA goce de una posición de dominio en un determinado mercado, ni además, supuesta esa posición de dominio, tampoco se ha comprobado alguna concreta práctica abusiva. Si no hay práctica abusiva de la posición de dominio es claro que no tiene ningún sentido la aplicación del *artículo 6.3 LDC*.

SEXTO.- Apoya también el recurrente la incongruencia de la resolución recurrida en el silencio del TDC sobre la elevación de una propuesta razonada a los Gobiernos Nacional y Autonómicos con vista a suprimir la -en su opinión- situación de restricción de la competencia derivada del marco legal existente.

La emisión de una propuesta motivada al Gobierno en relación con la modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia que se deriven de las normas legales está prevista en el *artículo 2.2 de la LDC*. Lo primero que debe tenerse en cuenta es que tal precepto se refiere a las conductas prohibidas por el *artículo 1 LDC* que resulten de la aplicación de una ley, de forma que, como en el caso anterior, será necesario primero que se acredite la existencia de un acuerdo, decisión, recomendación o práctica de las prohibidas por el *artículo 1 LDC* que produzca el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, además que tal práctica este autorizada por una ley y, finalmente, cumplidas las anteriores condiciones, que el Tribunal considere oportuna la formulación de la indicada propuesta.

En este caso falta ya el primero de los requisitos, que se ha realizado una conducta de las prohibidas por el *artículo 1 LDC*. Al faltar tal presupuesto, no cabe que el TDC elabore una propuesta sobre la supresión de situaciones de restricción de la competencia.

Lo anterior, claro está, sin perjuicio de resaltar que la propuesta a que se refieren los demandantes no es una de las declaraciones que necesariamente han de integrar las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, de acuerdo con el *artículo 46.1 LDC*.

La parte actora reproduce en la vía de lo contencioso administrativo su pretensión y solicita a esta Sala que "declare la elevación al Gobierno de la Nación...de una propuesta de supresión de la situación de restricción de la competencia derivada del Estatuto de funcionamiento de TRAGSA", pretensión que deber ser rechazada porque la remisión de propuestas al Gobierno sobre modificaciones legislativas o reglamentarias excede de los pronunciamientos que han de contener las sentencias dictadas en esta jurisdicción, de acuerdo con los *artículos 68 a 71 LJCA.*" (*fundamentos quinto y sexto*)

Se deduce por tanto que la Sala de instancia no consideró acreditada ni la existencia de una posición de dominio por parte de TRAGSA ni, menos aún, que hubiese abuso de una tal posición.

La actora formula en relación con el derecho de la competencia los motivos tercero y cuarto. En cuanto al motivo tercero, en él se aúnan la invocación de diversos preceptos constitucionales y del *artículo 6.3 de la Ley de Defensa de la Competencia* . El hilo argumental del motivo parte de la consideración de que con la prueba practicada habría quedado acreditado que TRAGSA y sus filiales ostentan una posición de dominio en el sector, ya que TRAGSA recibió de las Administraciones Públicas durante el período 1.990-1.995 obras por un importe de más de 347 mil millones de pesetas. Afirma que esta situación fue admitida por el Servicio de Defensa de la Competencia, que reconoció la existencia de una distorsión de la competencia y propuso al Tribunal de Defensa de la Competencia elevar una propuesta razonada al Gobierno sobre la modificación o supresión de la situación de restricción de la competencia derivada del estatuto de funcionamiento de TRAGSA. Seguidamente la parte alude al sistema de economía mixta recogido en los *artículos 38 y 128* de la Constitución; recuerda que si bien los particulares pueden ejercer su libertad económica con plena libertad de criterios, la Administración Pública está vinculada al interés público recogido en el *artículo 103.1* de la Constitución así como, en cuanto a su actuación de carácter económico, a una equitativa asignación de los fondos públicos (*artículo 31.2* de la Constitución) y a criterios de eficiencia y economía. En opinión de la actora, ese marco constitucional desautoriza que se configure a TRAGSA como "medio propio y servicio técnico" de la Administración Pública en un ámbito económico en el que existe un sector privado concurrente. Y tampoco podría ampararse dicha configuración en la necesidad de realizar actividades de interés general al amparo de lo dispuesto en el *artículo 45* de la Constitución, pues no puede caracterizarse de dicha forma la realización de todo tipo de obras, servicios y suministros que TRAGSA y sus filiales realizan en el ámbito agrario y forestal.

Concluye su alegato la entidad recurrente afirmando que la existencia de TRAGSA produce una distorsión en el mercado que pone en riesgo la misma existencia de las empresas privadas que operen en el sector, "que ha devenido único a favor de esta empresa pública", y expresando su discrepancia respecto de la afirmación de la Sentencia recurrida respecto a la falta de virtualidad para el caso del *artículo 6.3 de la Ley de Defensa de la Competencia* , por no estar acreditada la posición de dominio de TRAGSA.

En relación a esta argumentación, ampliamente resumida, cabe señalar lo siguiente. En primer lugar, es preciso descartar la infracción de los *preceptos constitucionales alegados (31, 38, 128 y 103)* , ya que su invocación no pasa de ser una apelación genérica a la falta de justificación de la existencia de una entidad como TRAGSA y de su calificación como medio propio y servicio técnico de la Administración para el sector agrícola y forestal. Sin embargo, el marco constitucional económico "mixto", como lo califica la actora, permite una amplísima posibilidad de intervención al sector público, de tal forma que resulta prácticamente inviable descartar, con esa sola base genérica, una concreta actuación económica de la Administración. Así, la existencia de TRAGSA y sus filiales con su actual régimen jurídico no impide la actuación privada en el sector -de hecho está expresamente contemplada la colaboración de la iniciativa privada-, ni puede considerarse manifiestamente arbitraria o carente de justificación, habida cuenta de la existencia de fincas de titularidad pública y de la concurrencia en el ámbito agrario y forestal de circunstancias como la necesidad de actuaciones urgentes o la existencia de obras de escasa o nula rentabilidad económica como para generar la intervención de la iniciativa privada. También es claro que se trata de un ámbito (la actuación económica pública) en el que forzosamente hay que dar un amplio margen de discrecionalidad tanto al Gobierno como, en mayor medida todavía, al legislador, que es el directo responsable en este caso de la configuración jurídica de TRAGSA.

Otra cosa es el juicio que dicho régimen jurídico pueda suscitar desde la perspectiva del derecho de la competencia, cuestión que subyace claramente al propio planteamiento constitucional que la actora formula. En este sentido hay que subrayar lo siguiente. En primer lugar, tiene razón la Sala de instancia cuando afirma que la parte no ha acreditado que TRAGSA ejerza una posición de dominio ni, menos aún, que abuse de dicha posición. Sí podría considerarse acreditado, de tener que entrar en el examen de los datos de hecho, que el significado económico de la actuación de TRAGSA y sus filiales es económicamente importante en términos absolutos; en cambio, en ningún momento la recurrente ofrece cifras relativas del porcentaje de dicha actuación en el total del mercado relevante, que sería el de las obras y trabajos

agrícolas y forestales -no el de las obras públicas en general, como en algún momento sostiene TRAGSA-.

En segundo lugar, la recurrente plantea en el motivo -aunque en relación más con el marco constitucional que con el del derecho de la competencia- la referida falta de justificación para la configuración legal de TRAGSA como medio propio y su absorción de una parte significativa -en algún momento afirma que de la práctica totalidad- del mercado de las obras agrícolas y forestales. Resulta evidente que desde la perspectiva del derecho de la competencia no resultaría discutible la intervención de la Administración a través de un servicio técnico propio en casos de emergencia o falta de rentabilidad de la actuación. Sin embargo, sí podría resultar cuestionable tal intervención en el resto de los casos si la misma afecta de manera relevante al mercado afectado. Aun sin contar con datos respecto al significado relativo de la actuación de TRAGSA y sus filiales en el conjunto de las obras y actuaciones agrícolas y forestales, todo parece apuntar a que no se trata de una intervención marginal, como lo prueba el hecho, reiteradamente mencionado, de que el Servicio de la Competencia propusiese al Tribunal de Defensa de la Competencia el planteamiento al Gobierno de la posibilidad de modificar el marco normativo debido a la perturbación que la actuación de TRAGSA pudiese ocasionar en dicho sector económico.

Dicha cuestión estaba implícita con toda claridad en la primera y tercera preguntas formuladas en la cuestión prejudicial a la que nos hemos referido en el anterior fundamento de derecho, y a ello nos referimos más adelante.

En cuanto a la invocación por parte de la recurrente en este motivo del *artículo 6.3 de la Ley de Defensa de la Competencia*, tendría razón la Sala de instancia respecto de su inaplicabilidad al caso desde el momento en que no está acreditada la posición de dominio de TRAGSA. Por otra parte la virtualidad para el caso de dicho precepto quedaría igualmente excluida desde el momento en que quien actúa es la propia Administración por medio de un servicio propio sin margen de actuación autónoma, no una empresa que, aunque pudiese tener naturaleza pública, actuase al menos con autonomía funcional.

En el motivo cuarto, la parte aduce la infracción de los *artículos 81, 86, 87* y concordantes del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. La parte razona extensamente sobre que el régimen jurídico de TRAGSA supone colocar a esta empresa y a sus filiales en una posición ventajosa (dominante y privilegiada) desde el punto de vista del derecho de la competencia y examina las circunstancias que deben concurrir para que pueda exceptuarse la aplicación de las previsiones del Tratado -en especial de las relativas a la competencia- a las empresas encargadas de servicios de interés económico general (*artículo 86.2 del Tratado de la Comunidad Europea*).

De su análisis la parte concluye que en TRAGSA no concurren la premisas legales para aplicar la excepción contemplada en el *artículo 86.2 del Tratado* para el cumplimiento de servicios económicos de interés general, generándose una situación contraria a las normas comunitarias sobre competencia. Afirma que el régimen jurídico de TRAGSA coloca a ésta en una posición privilegiada que vendría a ser abusiva por sí misma. A mayor abundamiento, afirma: que no se le habría encargado a TRAGSA el cumplimiento de una actividad de interés general; que su actividad tiene una justificación exclusivamente comercial, y sólo un tercio de su actividad se refiere a obras extraordinarias por razones de urgencias que no admiten demora; que recibe una financiación privilegiada, y que no podría asumir un monopolio porque sería incapaz de absorber toda la demanda existente. Finalmente, imputa a la Sala incongruencia en relación con su invocación del *artículo 6.3 de la Ley de Defensa de la Competencia*.

En primer lugar, debe prescindirse de esta última queja por incongruencia omisiva -por lo demás infundada, como puede observarse con la lectura del fundamento de derecho quinto de la Sentencia recurrida-, ya que resulta improcedente en el seno de un motivo formulado al amparo del *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción*. En segundo lugar, la actora hace en su larga argumentación sobre la vulneración del *artículo 86 del Tratado comunitario* diversas afirmaciones sobre su contenido y sobre la jurisprudencia recaída sobre el mismo respecto a las que no es preciso entrar, por su carácter más o menos explicativo pero no determinante para su impugnación.

No cabe desconocer que el Tribunal de Justicia era sabedor de que el régimen jurídico de TRAGSA permite a ésta intervenir de forma relevante -aunque no se hubiese acreditado que ostentara una posición dominante- e incondicionada en el sector económico agrícola y forestal en el que se configura como medio propio de la Administración, y que llegó a la conclusión que dicho régimen no planteaba problemas desde la perspectiva de la inaplicación a la misma del régimen comunitario de contratación pública y como consecuencia de ello, a considerar innecesario dar respuesta a la tercera pregunta, como hemos visto en el anterior fundamento de derecho. Esta posición del Tribunal de Justicia hace que debamos ahora desestimar también estos dos motivos, pues sin duda la consecuencia fundamental del régimen jurídico de TRAGSA no

es, como parece entender la actora, que el mismo suponga por si mismo ostentar una posición dominante y abusiva, sino la inaplicación del referido régimen ordinario de contratación pública y, consiguientemente, la afectación que ello supone de la competencia en el sector al dejar fuera del mercado una parte relevante del mismo. De esta manera, si se llega a la conclusión de que el régimen de TRAGSA es conforme con el derecho comunitario, ello supone admitir la falta de trascendencia en el caso concreto de reducir el mercado afectado desde el punto de vista de la competencia, con independencia de la mayor o menor justificación de la intervención pública en dicho sector.

SEXTO.- Sobre el motivo sexto, relativo a la jurisprudencia sobre la primacía del derecho comunitario.

Sostiene la parte en este motivo que al no haber aplicado la Sala juzgadora el derecho comunitario relativo a contratación pública y a la competencia, se habría desconocido la jurisprudencia sobre primacía del derecho comunitario y la facultad del juez nacional de apreciar de oficio la compatibilidad del derecho nacional con el derecho comunitario.

De lo visto en los anteriores fundamentos de derecho se deriva manifiestamente que se trata de un motivo que depende de la suerte de los anteriores. Esto es, las consideraciones efectuadas hasta ahora descartan que se pueda imputar a la Sentencia recurrida la inaplicación del derecho comunitario, ya que el rechazo de las alegaciones de la entidad recurrente no se debe al desconocimiento de las exigencias del mismo, sino a la conclusión de que, de conformidad con lo afirmado por el propio Tribunal de Justicia, el régimen jurídico de TRAGSA no resulta, a la luz de lo puesto de manifiesto en el presente asunto, contrario al citado derecho comunitario. Debe pues desestimarse el motivo.

SÉPTIMO.- Conclusión y costas.

Al no prosperar ninguno de los motivos en que se funda el recurso de casación, debemos desestimar éste. En aplicación de lo dispuesto en el *artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción*, imponemos las costas a la parte que lo ha sostenido.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por la Asociación Nacional de Empresas Forestales contra la sentencia de 26 de septiembre de 2.001 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 972/1.998 . Se imponen las costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos . T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Contencioso-Administrativo
Fecha 30 /01/2008

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que formula el Excmo. Sr. Magistrado de esta Sala D. Eduardo Espín Templado a la Sentencia de fecha 30 de enero de 2.008, recaída en el recurso de casación número 548/2.002 .

El fundamento de mi respetuosa discrepancia con el criterio de la Sala se circunscribe a la procedencia de haber dictado Sentencia en este momento, en vez de plantear antes una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, más que a las consideraciones de fondo que se expresan en la Sentencia.

En la cuestión prejudicial planteada por Auto de 1 de abril de 2.005, la Sala expresó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sus dudas respecto a la compatibilidad del régimen legal de TRAGSA con el derecho comunitario. Estas dudas tenía un doble fundamento estrechamente interrelacionado. Por un lado, la compatibilidad de dicho régimen con la regulación comunitaria de la contratación pública. Por otro, en términos más generales, sobre la admisibilidad desde la perspectiva del derecho comunitario de que un Estado pudiese crear libremente un "medio propio" en cualquier sector económico, que le permitiese extraer

del mercado -y, por tanto, de la libre competencia entre empresas comunitarias- el ámbito de actuación de dicho medio propio. En definitiva, lo que llevó unánimemente a la Sala a plantear dicha cuestión prejudicial en el caso concreto era la duda de que el legislador nacional pudiese determinar que la empresa pública TRAGSA pudiese asumir, directamente o a través de sus filiales, un porcentaje considerable -en cualquier caso, sin que existiese ninguna limitación al respecto- del mercado de las obras agrícolas y forestales, detrayendo con ello a todas las obras realizadas por TRAGSA del régimen de la libre iniciativa privada y del sometimiento al régimen comunitario de contratación pública y, por ello mismo, a la libre participación en las correspondientes licitaciones a cualquier empresa comunitaria.

En la cuestión prejudicial se formulaban tres preguntas. En la contestación a la segunda pregunta, el Tribunal confirmó inequívocamente la posición expresada en su Sentencia de 8 de mayo de 2.003 sobre la consideración de TRAGSA como medio propio de la Administración española y, por tanto, exenta de la aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública. En cuanto a las otras dos preguntas formuladas, el Tribunal de Justicia declaró inadmisibles la primera de ellas, formulada en los siguientes términos:

"1. Si es admisible en los términos del *artículo 86.1* del Tratado de la Unión Europea que un Estado miembro de la Unión atribuya ex lege a una empresa pública un régimen jurídico que le permita realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las Directivas europeas a este respecto."

El Tribunal entendió que no contaba con todos los datos de hecho y de derecho para responder; en particular, sostuvo que no se había acreditado que TRAGSA ostentase una posición dominante en el mercado afectado, dado que el *artículo 86.1* del Tratado comunitario había que entenderlo en relación con otro *precepto* y que *éste no podía ser sino el 82 (parágrafos 39 a 45)*.

Sin embargo, basta la lectura de la pregunta para comprobar que ninguna referencia se hacía a la hipotética posición dominante de TRAGSA y sí a la detracción del sistema de contratación pública de la realización de obras públicas (agrícolas y forestales, en el caso concreto) "sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público" y sin límite económico mínimo o máximo. Por tanto, la referencia del *artículo 86.1 debería haberse entendido más bien al 43 y al 49*, relativos a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios. Esto es, la duda se planteaba porque de admitirse que el legislador nacional puede crear un medio propio sin ningún tipo de restricción, ello suponía que se detraían de la posibilidad de concurrir a la correspondiente licitación pública a cualquier empresa comunitaria, aunque las españolas y demás empresas comunitaria si pudieran participar en ese mismo mercado en otros países de la Unión.

Desde otra perspectiva, la misma problemática se explicitaba en la tercera pregunta:

"3. Si las afirmaciones de la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 8 de mayo de 2.003 (asunto C-349/97 , Reino de España contra Comisión) son aplicables en todo caso a TRAGSA y sus filiales, teniendo en cuenta el resto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de contratación pública, y considerando que la Administración encarga a TRAGSA un alto número de obras que quedan detraídas del régimen de libre competencia, y que esta circunstancia pudiera suponer una distorsión significativa del mercado relevante."

Aquí se demandaba al Tribunal una clarificación de su pronunciamiento sobre TRAGSA de 8 de mayo de 2.003, en el que se calificó expresamente a dicha empresa pública como un medio propio con ocasión de la realización de un registro oleícola, en el sentido de si dicha afirmación era aplicable en todo caso a TRAGSA y sus filiales, en las circunstancias que se explicitaban. A pesar de que se explicitaban los problemas relativos a la posible afectación de derecho de la competencia -no consideradas en la referida Sentencia-, el Tribunal entendió que a la luz de su respuesta a la segunda pregunta, era innecesario responder a esta tercera cuestión.

De esta manera, en su Sentencia el Tribunal ha ratificado la referida decisión de 2.003 relativa a la consideración de TRAGSA como un medio propio, por cumplir los requisitos de la Sentencia Teckal y otras, pero por una interpretación limitada de la cuestión prejudicial, ha dejado sin responder a una cuestión de fondo de mayor relevancia. No sobre lo que ya se había pronunciado respecto a la proyección de la doctrina Teckal sobre TRAGSA, sino más allá, sobre si había alguna limitación a los legisladores nacionales en la configuración de un medio propio.

Esta problemática se agudizará previsiblemente en el futuro a la vista de la falta de respuesta comunitaria. El legislador español, en su reciente renovación de la legislación sobre contratación pública

(Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, disposición adicional trigésima) ha ratificado el régimen jurídico de TRAGSA para esta empresa pública y la amplía explícitamente a sus filiales. Y aunque en una mención inicial se expresa que su función es "la prestación de servicios esenciales en materia de desarrollo rural, conservación del medioambiente, atención a emergencias y otros ámbitos conexos", lo cierto es que la enumeración de actuaciones concretas que se consideran comprendidas en el apartado 4 de la citada disposición adicional es de una amplitud que va mucho más allá de lo que podría calificarse como "servicios esenciales" en el sector. De esta manera, prácticamente se abre a dicho conglomerado empresarial público todo el mercado de la obra agrícola y forestal, sin condicionamiento en razón de un especial interés público como la ausencia de iniciativa privada por falta de rentabilidad, emergencias, etc.

En definitiva, dicha cuestión sigue abierta y, en consecuencia, entiendo que lo procedente hubiera sido plantear una nueva cuestión prejudicial en la que, al margen ya de la cuestión de la configuración general de TRAGSA como servicio técnico de la propia Administración, se hubiera inquirido al Tribunal de Justicia sobre los límites de su actuación como tal medio propio en el sentido ya indicado. Así, creo que se hubiera debido plantear una pregunta en los términos siguientes o análogos:

"¿Es compatible con el artículo 86 del Tratado CE, en relación con el 12, el 43 y el 49 del mismo texto legal, una regulación nacional que configura un medio propio de la Administración con competencias para intervenir en un sector del mercado sin limitación de ningún género -como la necesaria presencia de un interés público relevante, razones de necesidad o urgencia o ausencia de iniciativa privada-, de tal forma que dicho sector económico o un porcentaje significativo del mismo queda fuera de la posibilidad de que las empresas comunitarias accedan al mismo mediante los sistemas de contratación administrativa, cuando dicho mercado está abierto a la concurrencia comunitaria en otros países de la Unión? ¿Admiten las directivas comunitarias sobre contratación pública su inaplicación mediante la creación libre y discrecional de cualquier medio propio, aunque no medie un interés público relevante que requiera la intervención directa de la Administración, razones de necesidad o urgencia, ausencia de iniciativa privada u otro fundamento análogo?"

Por último, manifiesto asimismo mi adhesión al Voto Particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. Don Manuel Campos Sánchez-Bordona, cuyas consideraciones suscribo plenamente.

Dado en Madrid, a treinta de enero de dos mil ocho.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:30/01/2008

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA A LA SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 2008, DICTADA EN EL RECURSO NÚMERO 548/2002 .

Primero.- Discrepo, con el lógico respeto a la mayoría de la Sala, de la sentencia que ha sido dictada sin "replantear" al Tribunal de Justicia la primera de las cuestiones prejudiciales suscitadas en nuestro auto de reenvío de 1 de abril de 2005 . A mi juicio, por las consideraciones que inmediatamente expondré, la Sala debería haber formulado de nuevo la cuestión prejudicial, una vez ampliada, ante la persistencia de las dudas sobre la compatibilidad con el derecho comunitario del régimen jurídico de la empresa pública Tragsa, dudas que no ha resuelto en su integridad la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2007 (asunto C-295/05 , Asociación Nacional de Empresas Forestales).

En la referida sentencia el Tribunal de Justicia rechazó dar respuesta a la primera cuestión planteada al "no disponer de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ofrecer una respuesta útil". En el marco de un sistema de leal diálogo y colaboración entre órganos jurisdiccionales (y tanto más cuando alguno de ellos es uno de los órganos judiciales "obligados" por el artículo 234 del Tratado a plantear las cuestiones prejudiciales) el Tribunal de Justicia bien podía haber hecho uso previamente de la posibilidad

que le reconoce el *artículo 104.5 de su Reglamento*, esto es, de la posibilidad de pedir "aclaraciones" al órgano jurisdiccional remitente sobre algún aspecto del reenvío prejudicial que no esté suficientemente precisado. Con mucho gusto esta Sala hubiera podido proporcionárselas si se le hubieran requerido.

Siendo cierto que no nos corresponde calificar el modo y los criterios con los que dicho Tribunal aplica sus propias normas procesales, sí podemos -y debemos- colmar las "insuficiencias" del reenvío sobre cuya base se declaró la inadmisibilidad de la primera cuestión prejudicial. Si la falta de los datos normativos o de hecho (que, según el Tribunal de Justicia, no habríamos expuesto debidamente) era la causa de que la cuestión no pudiera ser resuelta, declarada como fue inadmisibile, lo lógico es volver a replantearla facilitando aquella información al Tribunal de Justicia pues, sin duda, era y sigue siendo esencial para el litigio principal.

Segundo.- Mi discrepancia con la tesis mayoritariamente acogida por la Sala no se refiere a la parte de nuestra sentencia relativa a la aplicación de las normas comunitarias en materia de contratación pública.

Como afirmábamos en la providencia de 9 de octubre de 2007, a la que inmediatamente me referiré, "[...] de la respuesta dada por el Tribunal de Justicia a la segunda pregunta hemos de concluir que un régimen jurídico como el de TRAGSA resulta compatible con la legislación comunitaria sobre contratación pública, en la medida en que cumple con los requisitos necesarios para ser considerada como un medio instrumental y servicio técnico propio de la Administración pública (control sobre la empresa por parte del poder público y realización de lo esencial del trabajo empresarial con esa misma autoridad pública)". Similar razonamiento -más ampliado- contiene la sentencia que hoy pronunciamos.

Es responsabilidad exclusiva del Tribunal de Justicia interpretar las disposiciones comunitarias y si, pese a las serias objeciones que ante él se expusieron (el Abogado General Geelhoed llegaba a hablar en el punto 118 de sus conclusiones del grave riesgo de "vaciamiento del efecto útil de las directivas comunitarias en materia de contratación pública"), ha optado por interpretar éstas en un determinado sentido y extender los criterios de su jurisprudencia precedente ("criterios Teckal") a supuestos como el de autos, por nuestra parte no podemos sino aceptarlo.

El debido acatamiento a la interpretación de las normas comunitarias sobre contratación pública que hace la sentencia de 19 de abril de 2007 no impide, sin embargo, expresar las inquietudes que suscita. Pues si cualquier empresa pública (y ahora también sus filiales) puede ser considerada como un medio instrumental y servicio técnico propio de cualesquiera de las administraciones públicas que posean en ella una participación ínfima y meramente simbólica, el requisito del "control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios" (primer "criterio Teckal") queda indudablemente devaluado.

Las Administraciones estatales, autonómicas y municipales pueden sentirse, con este precedente, "invitadas" o bien a crear o bien a participar (en este último caso sin coste alguno, sólo con su presencia simbólica) en sociedades mercantiles públicas, propias o ajenas, que sean calificadas de medios instrumentales propios, encomendándoles por la vía del encargo directo lo que, de otro modo, serían contratos públicos sujetos al régimen de adjudicación comunitario. Y tal previsión no se extiende sólo al campo de los servicios (sector tradicional de aplicación de aquella jurisprudencia) sino también al de obras. Los riesgos que esta "apertura" interpretativa comporta para la efectividad del sistema comunitario de contratación pública, que incluye los principios de publicidad, transparencia y no discriminación, son evidentes.

En todo caso, repito, no es esta la razón de mi discrepancia con la sentencia mayoritariamente votada que, en lo relativo al específico tema de la aplicación de las normas comunitarias en materia de contratación pública, no hace sino deducir las debidas consecuencias del pronunciamiento y de la doctrina del Tribunal de Justicia expuesta en la sentencia de 19 de abril de 2007. Doctrina a la que, por cierto, el mismo Tribunal de Justicia ha dado, poco después de la sentencia Asemfo, un sesgo en parte diferente al resolver mediante su sentencia de 18 de diciembre de 2007 (asunto C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia) la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional acerca de la aplicación de las encomiendas in house a un organismo público de correos.

Tercero.- Subsisten, sin embargo, las dudas que propiciaron el planteamiento de la primera cuestión prejudicial, a las que el Tribunal de Justicia no ha dado respuesta. Dichas dudas convergían en un punto clave, a saber, el de si existen límites previos (*ex artículo 86 del Tratado*) para que las Administraciones Públicas excluyan o eviten, por la vía de las encomiendas in house, el régimen de contratación pública comunitario.

Al responder a la segunda pregunta prejudicial el Tribunal de Justicia viene a afirmar, en definitiva, que Tragsa -en cuanto medio instrumental y servicio técnico propio de la Administración pública- es destinataria de unos encargos o encomiendas carentes de naturaleza contractual, razón por la que no le son aplicables las directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (de servicios, suministros y obras). Pero no llega a responder a la pregunta clave que le planteábamos: ¿pueden las Administraciones Públicas utilizar sin restricciones las encomiendas que cumplan los "criterios Teckal" cuando, con ello, sustraen del mercado una parte significativa de las obras públicas forestales y agrarias?

En este caso la duda se proyecta sobre el mercado agrario y forestal pero igualmente podría suceder con el resto de grandes obras de infraestructura a las que se debe aplicar, en principio, la *Directiva 93/37/CEE*. ¿Todas las obras públicas de un Estado miembro podrían encomendarse de modo directo a un "medio instrumental" de la Administración de dicho Estado, de modo que no hubiera lugar a someterlas a los procedimientos públicos de adjudicación? La indudable "restricción de la competencia" que se opera en estos casos (el régimen comunitario de contratación tiende, precisamente, a favorecer la competencia en el seno de un ya único mercado interior) ¿es compatible con las normas y principios del Tratado a las que se refiere el *artículo 86.1*? Este precepto ¿no ha de entenderse también como un principio con virtualidad propia que impregne de modo "horizontal" todo el régimen jurídico de la actuación de las empresas públicas?

El Tribunal de Justicia ha puesto reiteradamente de manifiesto la estrecha relación que existe entre el citado *artículo 86, apartado 1, del Tratado CE* con los *artículos 43 o 49* del mismo Tratado: los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de contratos públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe las libertades protegidas por dichos preceptos y vulnera los principios de igualdad de trato, no discriminación por razón de nacionalidad y transparencia. La razón de ser de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos es precisamente facilitar la libre circulación de las mercancías y de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros.

Es cierto, no obstante, que el Tribunal de Justicia admite que determinadas encomiendas o encargos realizadas in house a los servicios instrumentales propios de las Administraciones Públicas no son propiamente contratos públicos y, en las condiciones de la jurisprudencia Teckal (esto es, cuando concurre el doble requisito de que el control ejercido por la Administración pública adjudicadora sobre aquel medio instrumental sea análogo al que dicha Administración ejerce sobre sus propios servicios y que dicha entidad realice la parte esencial de su actividad con la Administración que la controla), dichas encomiendas o encargos "domésticos" quedan excluidos de la aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación e incluso de las normas enunciadas en los *artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como de los principios generales de los que constituyen expresión específica (apartado 86 de la citada sentencia de 18 de diciembre de 2007, asunto C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia)*.

¿Puede esta exclusión afectar a todo o a la mayor parte de un mercado de obras públicas? ¿No hay ninguna limitación -una vez que se respetan los criterios Teckal- al poder de las Administraciones para crear medios instrumentales y encomendarles de modo directo la realización de las obras públicas? ¿No padece la competencia en el mercado interior si, en los sectores que están ya abiertos a la concurrencia de los competidores, y fuera de los casos de urgencia o de interés público relevante, los "poderes adjudicadores" se pueden despojar sin restricciones de este ropaje para presentarse como meras Administraciones que, en régimen de autoorganización, atribuyen a sus propios "medios instrumentales" la ejecución de los contratos de obras públicas? Estas eran, en el fondo, las preguntas cuya respuesta solicitábamos del Tribunal de Justicia.

Cuarto.- Mediante providencia de 9 de octubre de 2007 sometimos de nuevo a las partes del proceso, para que alegaran al respecto, la oportunidad o conveniencia de que la Sala se dirigiera al Tribunal de Justicia suscitando de nuevo la cuestión por él inadmitida.

Afirmamos en aquella providencia cómo la primera cuestión prejudicial de nuestro auto de planteamiento inicial (de 1 de abril de 2005) no se refería a un supuesto abuso de posición de dominio de Tragsa sino a la exclusión de la competencia que, en sí misma, podía ocasionarse:

"[...] Sin embargo, la duda que el régimen de TRAGSA le producía a la Sala en relación con el *artículo 86.1* del Tratado estaba en relación más que con una hipotética posición dominante de TRAGSA, con la circunstancia de que el régimen jurídico de TRAGSA implicaba por sí mismo la exclusión incondicionada del

régimen de contratación pública en un sector determinado (las obras públicas agrícolas y forestales) y afectaba por ello de manera relevante a la libre competencia en dicho sector. Por ello, en la tercera pregunta se reiteraba expresamente esta duda, aunque el Tribunal consideró que no procedía responder a la misma una vez declarado, al contestar a la segunda pregunta, que el régimen jurídico de TRAGSA no resultaba contrario a las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 sobre contratación pública (parágrafos 65 y 66)."

En la misma providencia subrayábamos el "carácter exclusivamente jurídico" de la cuestión y cómo se mantenía "al margen de cual sea la posición relativa de TRAGSA y sus filiales en el mercado de las obras agrícolas y forestales". De lo que teníamos dudas era de "la compatibilidad con el derecho comunitario de un medio propio configurado de forma que puede intervenir en el mercado sin restricciones en razón ni de los supuestos de hecho ni de la cuantía económica de la obras a realizar; o, dicho en otros términos, sobre si es admisible desde la óptica del *artículo 86.1* en relación con otros preceptos del Tratado de la Comunidad Europea (*artículos 12, 42, 49 y 81 a 89*) que el legislador nacional configure un medio propio con capacidad para actuar en un determinado mercado sin ningún tipo de limitación."

Pues bien, seguía diciendo la Sala en su providencia de 9 de octubre de 2007, vista la falta de respuesta del Tribunal de Justicia a la primera cuestión prejudicial, subsiste la "duda de si el derecho comunitario impone algún tipo de limitación al legislador a la hora de crear y definir un medio propio de la Administración en un determinado sector".

Si las dudas subsistían el 9 de octubre de 2007, lo siguen haciendo en enero de 2008 y las observaciones hechas por las partes sobre esta concreta cuestión no las despejan en absoluto. Tanto el Abogado del Estado como el defensor de Tragsa dan -ahora- por supuesto que no existe limitación alguna y afirman que ello se deduce implícitamente de la sentencia de 19 de abril de 2007. El Tribunal de Justicia, a su juicio, no se habría pronunciado sólo sobre la aplicabilidad de las directivas comunitarias de contratación sino también sobre las restricciones a las libertades de establecimiento y de circulación de mercancías y de servicios derivadas de aplicar el régimen de Tragsa. Pero tal lectura de la sentencia ni se aviene con su contenido ni -en el mejor de los casos para quienes la sostienen- sería sino una de las posibles y precisamente por ello resultaba más pertinente, si cabe, el replanteamiento de la primera cuestión prejudicial.

Quinto.- En conclusión, y haciendo mío también el contenido del voto particular del Excelentísimo Sr. Magistrado Don Eduardo Espín Templado, considero que deberíamos haber vuelto a plantear la primera de las cuestiones prejudiciales -reformulándola en el sentido de añadir determinadas precisiones para colmar la falta de datos de hecho y normativos a la que se refería el Tribunal de Justicia- y que sin la respuesta a dicha cuestión por parte del citado Tribunal esta Sala no puede resolver en plenitud de conocimiento el recurso de casación número 548/2002.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Ledesma Bartret, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.