

NOTAS SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS PRESTACIONES *IN HOUSE* EN EL DERECHO ESPAÑOL

Julio V. González García

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Dos impulsos antagónicos del Derecho comunitario sobre las prestaciones *in house*. 3. La jurisprudencia comunitaria sobre prestaciones *in house*: una visión distorsionada del Derecho de la competencia. 4. Sociedades de obras públicas con habilitación legal. A) Régimen de constitución de estas sociedades. En especial la función de la ley en el acto de creación y el contenido de la autorización del Consejo de Ministros. B) Las relaciones entre la Administración matriz y la sociedad instrumental. C) Régimen de la contratación de estas sociedades. D) Aspectos de los presupuestos de las sociedades estatales de obras. E) Financiación de las sociedades estatales. F) Financiación no derivada de la Administración matriz, sino en colaboración con usuarios y otras Administraciones públicas. El caso particular de las sociedades de aguas. G) Instrumentos de control y dirección por parte de la Administración matriz: la tutela de la Administración matriz. 5. Régimen general de los “medios propios y servicios técnicos” de la Administración. 6. Consideraciones finales. Notas

1. PLANTEAMIENTO

La posibilidad de que las Administraciones públicas recurran a medios propios para la ejecución de prestaciones está asumido desde siempre en el ordenamiento jurídico español. De hecho, en la legislación de contratos públicos, salvo un breve paréntesis en el siglo XIX, bajo la vigencia de la Ley de Obras Públicas de 1868, no ha existido ninguna limitación a que sean las Administraciones públicas las que, directamente o a través de entidades dotadas de personalidad jurídica, procedan a la ejecución de prestaciones. Son los denominados medios propios y servicios técnicos que recoge la actual Ley de Contratos del Sector Público.

De hecho, la tradición española en esta materia es clara en cuanto a la admisibilidad de estas figuras. La ejecución de las obras para la realización de los Juegos de la XV Olimpiada¹,

celebrados en Barcelona en 1992, se hizo a través de un conglomerado de empresas públicas, agrupados en HOLSA, Barcelona Holding Olímpico, S.A. Algo parecido ocurrió con las obras de la Exposición Universal de Sevilla de 1992. Y, desde mediados de los años noventa, se han producido operaciones de reordenación administrativa que se han traducido en que infraestructuras hidráulicas, de regadíos, carreteras o ferrocarriles se desarrollen a través de sociedades mercantiles públicas² o que aeropuertos, puertos y otras infraestructuras para el transporte de ferrocarriles también se ejecuten recurriendo a entidades instrumentales, básicamente entidades públicas empresariales o similares. Y en el ámbito de las Comunidades autónomas, carreteras, prisiones, escuelas, hospitales, comisarías de policía... han sido ejecutadas con la participación de sociedades públicas y para las grandes obras públicas se

ha procedido de forma similar a como lo viene haciendo el Estado.

Como se puede apreciar, la problemática de las prestaciones *in house* en el ordenamiento jurídico español se desdobra: por un lado, nos encontramos con el marco general de la Ley de Contratos del Sector Público, que confiere la posibilidad de recurrir a entidades denominadas que son catalogadas como *medios propios* y, por el otro, hay regímenes especiales, derivados de las reordenaciones administrativas a que se ha hecho referencia.

La cuestión es cómo armonizamos este régimen legal de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre las prestaciones *in house*, lo que, en nuestro ordenamiento jurídico es de extraordinaria actualidad, como lo prueban las dos recientes sentencias de este Tribunal vinculadas a casos españoles, TRAGSA³ y CORREOS⁴; que han motivado un cambio generalizado en los estatutos de las sociedades estatales que reciben encargos de la Administración matriz⁵.

A ellos se dedican estas páginas. No obstante, con carácter previo han de hacerse algunas consideraciones sobre el Derecho comunitario ante esta cuestión.

2. DOS IMPULSOS ANTAGÓNICOS DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE LAS PRESTACIONES IN HOUSE

Los procedimientos de construcción de infraestructuras en el ámbito europeo atraviesan un momento complejo. Hay una necesidad creciente de ellas para impulsar la competitividad de la economía comunitaria, tal como han puesto de manifiesto las autoridades comunitarias y la propia ciudadanía reclama cada vez más y mejores en todos los ámbitos, ya sean las de uso general, ya las necesarias para la prestación de servicios. Y sin embargo, nos movemos con un criterio restrictivo de naturaleza

económica: se están produciendo rebajas en la presión fiscal —preferentemente a las rentas más altas y a las rentas de capital, con los problemas distributivos que ello provoca— y, se han establecido elementos de tope en la cuantía del déficit público, en aplicación del principio de estabilidad presupuestaria. Con lo cual, en principio, las posibilidades que existen de construir obras públicas son menores de acuerdo con los procedimientos tradicionales.

El principio de estabilidad presupuestaria⁶ tiene su origen, como es conocido, en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento⁷ que impide que los Estados alcancen déficit público excesivo. Esto se exterioriza en un cómputo complejo de las denominadas *necesidades de financiación* de acuerdo a complejos parámetros contables⁸. En todo caso, la aplicación del pacto de estabilidad conduce a que el déficit público no pueda superar el 3% del PIB o que la deuda pública no supere el 60% del mismo PIB. Ahora bien, las propias autoridades comunitarias han sido conscientes de que un control exhaustivo de este déficit colapsaría las posibilidades de actuación de los poderes públicos y con ello el interés general se resentiría.

La Comisión Europea, a través de su oficina estadística Eurostat, ha abierto un conjunto de opciones para evitar que el coste de construcción consolide en el déficit público⁹. Uno de ellos es precisamente la constitución de entidades separadas de la Administración que tengan comportamiento de mercado, esto es, que realicen las actividades con un coste comparable al de las empresas privadas y tengan la opción de abrir su cartera de clientes. Al lado de esta nota han de asumir el riesgo económico de la construcción y de la explotación o la disponibilidad —en función de la naturaleza de la obra—. Si se dan estas dos condiciones se podría desconsolidar el coste de construcción de una infraestructura del déficit público, esto es, no formaría parte de los sumandos a la hora de determinar si la Administración de un determinado Estado se encuentra en una situación de déficit.

No es una operación sencilla pero abierta está esta posibilidad después de la decisión de

Eurostat¹⁰ acerca de la imputación en el déficit público de los resultados de la sociedad mercantil del Gobierno federal austriaco BIG¹¹. Y precisamente por ello, ha aumentado el número de entidades de esta naturaleza. Las consecuencias de este proceso son fáciles de percibir: uso de la ingeniería jurídico financiera y de la contabilidad de diseño por parte de los entes públicos para conseguir la desconsolidación; con los riesgos que tiene, como se demostró en el caso de la construcción por parte de la Comunidad autónoma de Madrid del Metrosur, a través de una entidad instrumental, MINTRA¹². No podemos dejar de señalar, además, que con esta práctica reutiliza la estabilidad presupuestaria desde la perspectiva del truco, de la falsedad contable por parte de la Administración, para lograr un resultado no querido por el ordenamiento jurídico, como es un gasto por encima de las posibilidades, que están determinadas en abstracto. Se trata de una idea que, por otra parte, está fomentada por la utilización de contratos complejos por parte de los entes públicos, con más de una entidad participante, con prestaciones cruzadas, no siempre fáciles de entender cuando, sin lugar a dudas, habría caminos más sencillos, eso sí con el efecto de la consolidación contable. Se trata, por así decirlo, que nos encontramos ante la utilización de la ingeniería financiera por parte de las Administraciones públicas para construir sin afectar a su déficit. Es en definitiva, una manifestación de la reproducción en los entes públicos del comportamiento de los particulares, a fin de ganar en competitividad.

Al mismo tiempo que esto ocurría, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido cada vez más restrictiva a la hora de admitir la utilización de los medios propios, tal como veremos en el epígrafe siguiente. Los entes públicos se encuentran en una situación paradójica: ante una necesidad pública ineludible no pueden aumentar el endeudamiento salvo que modifiquen la partida presupuestaria a la que recurren, para lo cual precisan constituir entidades separadas. Es la solución del Derecho comunitario.

Pero al mismo el propio Derecho comunitario, hablando, esta vez, por la voz del TJCE le exige requisitos para la constitución de estas personas jurídicas que se encargan de la ejecución de infraestructuras que resultan inasumibles desde la perspectiva de la estabilidad presupuestaria. Y mientras se encuentra un mecanismo contable que permita la desconsolidación o un dinero complementario el fin público queda sin cubrirse, salvo que se recurra a procedimientos de privatización, que claramente no son los más adecuados por múltiples razones de naturaleza política, jurídica, social y económica. Como han señalado SOSA y FUERTES, el problema al que nos enfrentamos deriva de que “ha crecido de forma desmesurada el derecho de la competencia, es decir, el conjunto de reglas que tratan de garantizarla en el mercado libre. Lo que se ha visto con normalidad a lo largo de muchos años, ahora se contempla bajo la lupa de esa nueva rama del ordenamiento. Lupa que es de gran aumento”¹³.

3. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE PRESTACIONES *IN HOUSE*: UNA VISIÓN DISTORSIONADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La jurisprudencia del TJCE sobre los contratos *in house*¹⁴ procede básicamente de la sentencia Teckal¹⁵ y se puede articular sobre los siguientes puntos básicos: no nos encontraremos ante un contrato en el sentido de la Directiva “*en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan*”.

Con ello, en mi opinión, el TJCE realiza en lo que se puede considerar una visión distorsionada del Derecho de la competencia,

que afecta de forma privatizadora al Estado. El fenómeno de la utilización de entidades instrumentales para la provisión de infraestructuras siempre se ha considerado un fenómeno normal, en la medida en que supone una mera opción de organización administrativa, en donde juega la eficacia y la eficiencia de la medida de separar de la Administración matriz un determinado servicio y pasar a configurar una entidad separada.

De hecho, cuando se examina con algún detenimiento cuál es el régimen de las relaciones entre la Administración matriz y su entidad instrumental se verá que son muy parecidas a aquellas que se dan dentro del propio aparato administrativo. Frente a ello, la jurisprudencia comunitaria trae consecuencias que son claramente perniciosas: Introduce un elemento de cierta incoherencia en el sentido de que no se pueda recurrir a entidades propias porque presten un servicio para terceros, como se vio en el caso de CORREOS. Supone, además, un desapoderamiento administrativo, en la medida en que obliga a abrir mercados y, por consiguiente, a disminuir las posibilidades de dirección y control por parte de la Administración matriz. Ocasiona un empobrecimiento administrativo por las transferencias de fondos que se producen fuera del sector público a pesar de disponer de instrumentos públicos suficientes para realizar la prestación. Dificulta, como demostró el caso TRAGSA, las posibilidades de cooperación y colaboración interadministrativa, en materias de competencias concurrentes o de competencias de uno sólo de los actores; lo cual tampoco parece razonable ya que es una materia pública con lo que sólo se cuestiona, en el fondo, el modo de distribución territorial del poder y los mecanismos de colaboración institucional.

Y todo ello sin que se alcancen a ver ventajas que reporta al interés general. Porque cuando se analiza este interés, la apertura a la competencia es un factor que ha de ser ponderado junto con otros, que en ocasiones pueden o deben tener un peso superior a la hora de analizar el modo en que se ha de realizar. Además, el TJCE está imponiendo estas obligaciones al

sector público, cuando para el sector privado no están recogidas, lo cual parece un comportamiento injustificadamente discriminatorio para el sector público, como han señalado en España SOSA y FUERTES¹⁶. Incluso resulta posible afirmar, tal como recuerda REBOLLO, que es una conclusión “de sentido común” que “la Administración no está obligada a contratar lo que puede hacer por sus propios medios, aunque estos medios estén personificados”¹⁷. Porque aquí no podemos olvidar que todo queda en manos públicas, tengan personalidad jurídica propia o no. Si se levantara el velo, en todas ellas, aparecería la Administración matriz.

Cuestión distinta es que se estén realizando en cada uno de los convenios que se realicen entre Administraciones públicas y sociedades instrumentales prácticas anticompetitivas que pueden y deben ser sancionadas en defensa del mercado. Pero es un problema diferente, ya que lo que denota la jurisprudencia comunitaria es que parece plantearse en términos de existencia de una presunción de que este comportamiento anticompetitivo existe siempre, lo cual no es cierto.

4. SOCIEDADES DE OBRAS PÚBLICAS CON HABILITACIÓN LEGAL

El sistema de sociedades estatales para la construcción de obras públicas, tal cual lo conocemos en la actualidad, nace del art. 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social en donde se configura un nuevo procedimiento denominado específicamente procedimiento de gestión directa de la construcción y/o explotación de determinadas obras públicas. Este procedimiento lo que permite es la constitución de una o más sociedades para la gestión de carreteras y de obras hidráulicas. Dos años después, se incorpora un precepto similar para las infraestructuras de regadíos en el art. 99 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del

Orden Social y en 2004 para los ferrocarriles, que aparecen como objeto social añadido de las sociedades de carreteras y, en este sentido, se ha incorporado a la única sociedad estatal de carreteras, configurada con posterioridad a la aprobación por el Gobierno del Plan Estatal de Infraestructuras de los Transportes Terrestres. En aplicación de este modelo de constituir sociedades estatales para la gestión de obras públicas, la Administración General del Estado es titular de 18 de estas sociedades, ya sea en solitario, ya sea en colaboración con otras administraciones públicas, como ocurre en dos supuestos. 18 sociedades que son las que gestionan en la actualidad un porcentaje superior al 50% de la inversión pública en infraestructuras en sus respectivos sectores.

A) RÉGIMEN DE CONSTITUCIÓN DE ESTAS SOCIEDADES. EN ESPECIAL LA FUNCIÓN DE LA LEY EN EL ACTO DE CREACIÓN Y EL CONTENIDO DE LA AUTORIZACIÓN DEL CONSEJO DE MINISTROS.

Uno de los aspectos que han quedado señalado es el que, pese a constituir una sociedad mercantil, no es constituye un modelo que responda al prototipo característico societario, precisamente por el hecho de que tiene un objeto social vinculado al ejercicio de funciones administrativas, como es la realización de obras públicas. Este dato motiva que el régimen general de creación de las sociedades por parte de las Administraciones públicas disponga de algunas peculiaridades, que las separa de la simplicidad que presenta la constitución de las sociedades mercantiles convencionales, incluso las que son de capital enteramente público. En el desarrollo del régimen de las sociedades instrumentales, por tanto, el siguiente paso está constituido por la determinación de cuál es el proceso de constitución de la sociedad y lo que se pueden denominar los elementos generales de su régimen jurídico, en el que hemos de armonizar Derecho público, por un lado, y Derecho mercantil por el otro.

El proceso de creación de las sociedades instrumentales públicas para la construcción y explotación de obras públicas se va a materializar a lo largo de un procedimiento en el que se pueden deslindar dos fases: una primera, que tiene naturaleza jurídico pública compuesta, a su vez por dos actuaciones: una de carácter legislativo en el que se va a producir la configuración del tipo de entidad, y que va a permitir delimitar las fases siguientes del proceso y, en particular, concretar el tipo de actividad que se va a desarrollar y los elementos básicos de la misma y una segunda, la autorización concreta de la constitución de la sociedad —que, para la mayor parte de las sociedades, recaerán en la competencia del Consejo de Ministros—, para, en aplicación de la habilitación legal, constituir la sociedad y someterse a un régimen societario concreto.

Una vez concluida la parte del procedimiento sometida a las normas jurídico-administrativas, se pasará a la siguiente fase, que tiene un marcado carácter jurídico-privado y que, por ello, el carácter público del creador no va a aportar elementos suficientes para la diferenciación de otros actos similares de creación de otras sociedades mercantiles¹⁸. En todo caso, es la parte del proceso en el cual se va a proceder a la constitución propiamente dicha de la entidad. A partir de este momento, se entrará en una cuestión distinta, que será la de determinar, una vez creada, qué tipo de vínculo tiene con la administración matriz en cuanto a las actividades de construcción de infraestructuras, cómo se determinan y abonan y qué potestades retiene el ente creador de la sociedad.

Precisamente por lo anterior, la ley juega un papel relevante. El régimen de creación de órganos y estructuras dentro de las Administraciones Públicas responde a una reserva de ley relativa, recogida en el art. 103.2 de la Constitución que, como es conocido, dispone que “los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados *de acuerdo con la ley*” —las cursivas son mías—. En el planteamiento del precepto constitucional late un doble objetivo: por un lado, exigir

el cumplimiento de una serie de exigencias legales —que se produzca una definición por parte del poder legislativo—, que son las que planifican los modelos de organización de las Administraciones públicas para su servicio al interés general y, por el otro, que, en ese marco legal sea la propia Administración pública la que se vaya configurando en función de las necesidades que han ido surgiendo, en aplicación de los parámetros que ha determinado previamente el legislador. Papel del legislador que, como se puede observar, resulta indiscutible en el proceso de creación de sociedades y para cualesquiera otras formas de personificación a las que recurran las Administraciones públicas teniendo en cuenta el contenido del referido art. 103.2 CE. Obviamente, aquí el legislador tiene una serie de límites, de tal manera que derivan del resto de la configuración constitucional de las Administraciones públicas.

Por ello, para que se puedan disponer de estas competencias, para que se pueda alterar el régimen de ejecución de la obra, es para lo que se exige la habilitación al Consejo de Ministros en una ley para la creación de una sociedad de estas características. Tanto es así que, como señaló la doctrina, “no es una mera licencia sino una exigencia de nuestro ordenamiento”. Obviamente, hacer esto sin someterse al filtro inicial del parlamento supondría una alteración del régimen de los contratos y en particular, renunciar a las facultades administrativas que están recogidas en la Ley de contratos, precisamente por ser una sociedad sometida al ordenamiento privado y porque van a ejercitar la mayor parte de las competencias públicas en relación con la contratación —aunque sea con el auxilio de la Administración matriz—, lo cual es, como veremos con posterioridad, una exigencia para que se pueda desconsolidar el resultado de explotación de las cuentas del Estado. Esto es lo que justifica que haya que establecerse un régimen específico para el ejercicio de estas potestades, tal como prevé el art. 158.2 Ley 16/1996, cuando dispone que uno de los contenidos obligatorios del convenio entre la Administración pública de la que depende y la sociedad instrumental consiste precisamen-

te en la determinación de “las potestades que tiene la Administración General del Estado en relación con la dirección, inspección, control y recepción de las obras, cuya titularidad corresponderá en todo caso a la misma”.

La constitución de las sociedades mercantiles, una vez habilitado el Gobierno para su creación, pasan por un doble proceso: uno de naturaleza jurídico pública y otro privada, como por otra parte resulta lógico teniendo en cuenta que el creador de la sociedad es una Administración pública que tiene que cumplir con los requisitos de formación de la voluntad para que la entidad esté adecuadamente creada. Es una garantía para el interés general y sirve, además, como un mecanismo de control de la actividad administrativa. Esa dualidad de fases pasan por un lado, porque será precisa la autorización para la constitución de la sociedad, que tendrá que otorgarla el responsable del organismo creador, el cual será, en condiciones normales, el Consejo de Ministros. En segundo lugar, en la medida en que el proceso será para la constitución de una sociedad mercantil, habrá que insertar el acto autorizatorio dentro del procedimiento correspondiente a la entidad del tipo de que se trate y cumplir, en consecuencia, con los requisitos generales que configura la Ley de Sociedades Anónimas y, por extensión, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ya que nos encontramos en la mayor parte de los supuestos ante una sociedad unipersonal

Tomando como punto de partida la función que cumple para el desarrollo de las actividades societarias, el acuerdo de autorización de la constitución de la sociedad estatal tendrá un contenido que se puede articular sobre los siguientes puntos: i) Determinación de su objeto social en desarrollo de la habilitación que ha recogido la ley; ii) Concreción de la posibilidad o no de que la sociedad instrumental participe en otras entidades; iii) Adaptación y desarrollo de las cláusulas legales que determinan el régimen de transmisibilidad de las acciones, ya sea dejando libertad de venta, ya sea limitando a determinados compradores, ya sea prohibiéndolo por completo; iv) Se habrá de

proceder a la concreción de las bases del régimen económico financiero de la sociedad; v) El ámbito territorial en el que va a desplegar su actividad, ya sea la totalidad o parte del territorio nacional y que no forma parte de la autonomía societaria. Este punto es uno en los que la habilitación legal es menos precisa y, en consecuencia, cabe la máxima discrecionalidad por parte del Consejo de Ministros, en el marco de su potestad de organización. Sirva como ejemplo de la gran flexibilidad que existe en este sentido, la distribución de funciones entre las cuatro sociedades estatales de infraestructuras agrarias; vi) Un aspecto esencial para el desarrollo de las actividades societarias, cual es el de atribuir la tutela de las sociedades al Ministerio correspondiente que resulte más vinculado con la actividad de la sociedad, de acuerdo con el art. 166.2 LPAP y vii) El plazo para el que se constituye la sociedad, lo cual ha de ser conectado con la auditoría de las condiciones para su creación, en la medida en que este mecanismo de control indirecto determinará si debería tener una vida limitada —limitada a una necesidad específica— o, por el contrario, extenderse indefinidamente en el tiempo.

A ello se añade, en el supuesto particular previsto en el art. 62.1 f) LOFAGE, —creación de sociedades por organismos públicos— la justificación de que la creación de una sociedad mercantil resulte “imprescindible para la consecución de los fines asignados”, lo que implica una determinación de las razones por las que no es adecuada su creación a través de un órgano administrativo.

Una de las cuestiones que más llama la atención de la evolución de las sociedades instrumentales de obras públicas es el aumento de su objeto social, que ha pasado de estar limitado a la realización de las obras a intervenir desde la fase inicial de proyección de la obra hasta la última de participar en la explotación de la misma. Este cambio, como tendremos ocasión de analizar, es una consecuencia de cuál es la utilidad pretendida por las Administraciones públicas en el momento de la creación, que ha pasado de ser un mero objetivo de eludir los trámites de la legislación de contratos de las

administraciones públicas para pasar a ser la desconsolidación en las cuentas públicas del coste construcción de las infraestructuras. Esto hace que haya que adaptar su objeto social y su régimen de funcionamiento a las exigencias de Eurostat, en aplicación de los requisitos del SEC 95, lo que le obliga a la consideración de ser una sociedad orientada al mercado, tal como veremos en el capítulo siguiente. Pero, claro está, esta necesidad se ha de manifestar en el objeto social, que permita el desarrollo de actividades en la forma adecuada para la consecución del objetivo.

B) LAS RELACIONES ENTRE LA ADMINISTRACIÓN MATRIZ Y LA SOCIEDAD INSTRUMENTAL

La relación entre la Administración creadora-La relación entre la Administración creadora de la sociedad estatal de obras públicas y ésta constituye uno de los elementos centrales —posiblemente el más relevante— para conocer cómo se desarrolla la construcción de infraestructuras. Hace falta, en consecuencia un elemento complementario, que diseñe el modo en que se va a proceder, en el que contemplen los elementos de su funcionamiento, lo cuál servirá además, como elemento habilitante para la financiación de la obra pública y su intervención. Es la consecuencia de que nos encontremos ante una persona jurídica diferente, en donde hay que estructurar un marco de relación. Hace falta, en consecuencia un elemento complementario, que diseñe el modo en que se va a proceder, en el que contemplen los elementos de su funcionamiento, lo cuál servirá además, como elemento habilitante para la financiación de la obra pública y su intervención. Es la consecuencia de que nos encontremos ante una persona jurídica diferente, en donde hay que estructurar un marco de relación.

Precisamente por ello, porque la situación es extraña para la construcción de infraestructuras, resulta preciso que los elementos centrales de la actividad de la sociedad instrumental estén contemplados en un convenio que establezca este marco general de relación. Como se

puede apreciar tras la lectura del precepto anterior, dos son los ámbitos básicos que tienen que recoger los convenios de gestión directa de infraestructuras: por un lado, el relativo a la gestión de la realización de las obras y, por el otro, el de financiación del proceso de construcción de las infraestructuras que deberán incluir las múltiples fórmulas que estarán a disposición de la sociedad estatal. Se trata, en definitiva, de aquellos elementos en los que puede existir cesión por parte de la Administración a una persona dependiente de ella. En la aplicación del precepto se puede afirmar, después de haber examinado la ejecución del precepto a través de los convenios firmados entre la Administración General del Estado —básicamente por los Ministerios de Medio Ambiente y Fomento— con distintas sociedades de obras públicas, que la situación es bastante peculiar, en la medida en que a pesar de que se produce formalmente la gestión de la ejecución de la obra en las sociedades instrumentales, al mismo tiempo los órganos competentes de los Ministerios respectivos retienen las funciones básicas sobre las misma. Casi se podría afirmar que, en cuanto a la ejecución de los proyectos de infraestructuras, la situación es similar a la que se produciría si fueran esos órganos los que resultaran realmente los competentes y no hubiera una persona jurídica interpuesta.

Por tanto, sí se puede concluir en este momento que la autonomía de la que dispone la sociedad instrumental es, como no puede ser de otro modo, limitada y por tanto los efectos de la encomienda de gestión de la infraestructura también lo son, como se manifiesta en todas las fases del proceso constructivo, empezando por el propio de determinación del objeto. Evidentemente este régimen de autonomía limitada plantea el aspecto positivo de que con ello —y a salvo de lo que ocurra con los restantes elementos— se actúa de conformidad con la jurisprudencia del TJCE sobre prestaciones *in house*. No obstante, desde la perspectiva de la estabilidad presupuestaria la percepción es totalmente distinta¹⁹.

En cuanto a la naturaleza de la encomienda, creo que es la fórmula que mejor se adapta a

la realidad que se ha descrito con anterioridad. Recordemos que, de acuerdo con lo dispuesto el art. 1709 C.c. por el mandato “se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra”; que es exactamente lo que ocurre en estas relaciones entre Administración matriz y sociedad instrumental. Incluso, podría afirmarse que el convenio que se acostumbra a suscribir y que hoy recoge la LCSP no es necesario y bastaría con una mera instrucción de la Administración matriz, materializada a través de un acto administrativo. Como señaló REBOLLO, “puede y debe hacerse mediante un acto administrativo y, aunque apareciese en forma de convenio, no cambiaría su verdadera naturaleza. De hecho los entes institucionales—puros entes instrumentales de la Administración matriz— deben realizar lo que se les encargue sin que puedan negarse; su voluntad no importa y su consentimiento no es necesario”²⁰.

Una obligación de hacer que en nuestro caso está constituida por la administración del proceso de construcción de la infraestructura —ya que la ejecución material de los trabajos se efectuará por parte de un contratista elegido con arreglo a las prescripciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas—. La obra, además, se efectúa en las condiciones de todo tipo que quiere el mandante; el cual retiene, además, no sólo las potestades que obligatoriamente ha de ostentar por tratarse de una Administración pública, sino aquellas otras que considera necesarias para una correcta satisfacción de los intereses generales. Y no puede obviarse el hecho, además, de que los bienes construidos no se integran en el patrimonio de la sociedad sino que pasan a formar parte del de la Administración que ha mandado los trabajos; que por otra parte es la que abona el mismo a través de las transferencias de fondos a la sociedad.

C) RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN DE ESTAS SOCIEDADES

La actividad encomendada a las sociedades instrumentales puede concluir con la apertu-

ra de un procedimiento para la contratación de la obra, salvo, claro es que lo ejecute ella directamente; algo absolutamente inusual. De hecho, lo usual es que la primera opción sea la preferida, en la medida en que este tipo de entidades carece de capacidad suficiente para su ejecución directa. La cuestión que corresponde analizar en este momento es la relativa al régimen al que se han de someter estos procedimientos.

La verdad es que en este momento, la cuestión del tipo de régimen al que se han de someter los procedimientos de adjudicación de los contratos de estas sociedades de obras ha dejado de tener gran interés desde un punto de vista teórico, teniendo en cuenta los grandes avances que se han producido en aplicación del Derecho comunitario, que ha de resultar uniforme en todo el espacio comunitario y que permita desarrollar los principios de transparencia y de igualdad de trato. Cómo se desarrolle la práctica administrativa es una cuestión diferente teniendo en cuenta el número de sociedades de esta naturaleza que se han creado en los últimos años; aunque también hay que reconocer que desde el momento en que la huida de los mecanismos públicos de contratación ha dejado de ser el gran interés para la constitución de estas figuras —para ser sustituido por la no consolidación para eludir las estrecheces de la estabilidad presupuestaria—, ha habido mayor disciplina por parte de los entes públicos.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada en aplicación de la directiva ha efectuado una interpretación amplia, funcional, de los tres criterios que configuran las directivas para decidir que nos encontramos ante un poder adjudicador: i) su creación está justificada por la consecución de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; ii) que tenga personalidad jurídica propia y iii) que se trate de una entidad financiada mayoritariamente por el Estado u otros entes públicos territoriales y que su gestión esté sometida a control por parte de estos últimos o que los miembros de sus órganos de dirección estén nombrados por los entes

públicos territoriales. Jurisprudencia que ha permitido declarar algo que parece razonable; esto es, que el criterio de someterse al ordenamiento jurídico privado no constituye ningún elemento que permita eludir la aplicación del Derecho comunitario de la contratación si se cumplen los elementos restantes que contempla la directiva.

Conviene recordar un aspecto relevante de Ley de Contratos del Sector Público, cuyo proyecto de ley se está tramitando en este momento en el Congreso de los Diputados. La separación que efectúa entre contratos sometidos a regulación armonizada y no armonizada —partiendo de los umbrales comunitarios en los contratos— y el grado de aplicabilidad de la futura Ley a las sociedades estatales repercutirá en el sometimiento a la regulación armonizada. En efecto, para las sociedades estatales sólo habrá que someter el régimen más estricto de la ley a los contratos armonizados, que para el supuesto del contrato de obras —que es el más importante de los que suscriben estas sociedades— están sujetos a regulación armonizada aquéllos cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.278.000 euros. Téngase en cuenta que con este importe, el impacto de la separación entre los dos tipos de contratos variará en función de la sociedad. Tomando como punto de referencia el pasado otoño, todos los contratos de la SEITT entrarían en el umbral superior, pero sólo la mitad, más o menos, de los de las sociedades de aguas estarían sujetos a regulación armonizada.

El régimen de los *contratos no armonizados* está previsto en el art. 175 LCSP, en virtud del cual, estos contratos están sometidos a unos principios que deberán ser desarrollados con posterioridad en unas normas que apruebe cada entidad. Así, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado primero, “la adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación”; esto es, un régimen parecido al de la anterior D.A. 6ª de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Las normas especiales que deberán ser aprobadas por cada entidad,

tal como prevé el apartado segundo del precepto, son “de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en la letra anterior y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad”.

La realidad es que el conjunto de los principios de la ley, existiendo siempre la obligación de que se aprueben unas normas complementarias, supone un desplazamiento de la cuestión sin que se alcancen a ver las ventajas. Desde el punto de vista de su conocimiento para los contratistas, debido a que, por mucha publicidad que se le quiera proporcionar, la dispersión siempre dificulta que los operadores la tengan presente, sobre todo teniendo en cuenta que las diferencias entre ellas serán de matiz²¹. Desde la perspectiva de la eficacia, tampoco resulta la mejor solución, en la medida, en que el grado de cumplimiento será variado teniendo en cuenta los diversos poderes adjudicadores y la capacidad y el empeño que tengan para dictarlas. Y desde el punto de vista del contenido, resulta muy complicado encontrar diferencias tan sustanciales —fuera de las relativas a la organización— que justifique que no se aplique el régimen de los contratos sometidos a regulación armonizada, con lo cual nos podremos encontrar ante la situación paradójica de que con esta operación lo que se ha operado es una deslegalización, con los problemas que eso puede llevar aparejados.

Hay un último dato de los aspectos relativos a los contratos que suscriban estas sociedades que resulta de extrema importancia: de acuerdo con el art. 21.1 LCSP, los contratos que suscriban estas entidades tendrán naturaleza privada: “tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de administraciones

públicas”; esto es, los contratos de las sociedades estatales tienen la consideración de contratos privados y ello pese a ser contratos de naturaleza administrativa —en el sentido de que realizan obras por encomienda de una administración pública—.

Como consecuencia necesaria de la configuración civil de todos los contratos, su régimen será el siguiente: “los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado”. Esta regla es la clave para entender el control jurisdiccional que se prevé para los contratos de las sociedades estatales, el cual será en multitud de ocasiones ejercido únicamente por los Tribunales del orden civil. En efecto, tal es la conclusión que se puede extraer del art. 21.2 del LCSP, el cual dispone que: “El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta ley que no tengan el carácter de administración pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada”.

D) ASPECTOS DE LOS PRESUPUESTOS DE LAS SOCIEDADES ESTATALES DE OBRAS

La financiación, por tanto, ha de venir básicamente a través de aportaciones públicas o de contraprestaciones como consecuencia de actividades para otras entidades, públicas o privadas; algo para lo que están autorizadas en su

acto de creación tal como hemos visto. La financiación pública vendrá dada por los fondos comunitarios a los que tengan acceso, así como a las propias aportaciones que realicen las entidades de las que dependan, que se acostumbran a materializar mediante incorporaciones al capital de la sociedad instrumental, aunque no es el único procedimiento. Y obviamente, a través del recurso al endeudamiento a través de los mecanismos que reconoce con carácter general el ordenamiento jurídico, que en los últimos años ha permitido la diversificación de las fuentes de endeudamiento.

La financiación como consecuencia de actividades para terceros provoca que la mayor parte de los costes de construcción se determinen de forma convencional por obra —sean los terceros otras entidades públicas, sean futuros usuarios de la infraestructura— en lugar de aplicando los mecanismos que están recogidos de forma imperativa en el ordenamiento jurídico, como ha ocurrido con la legislación de aguas; lo cual supone una vuelta al régimen que estaba establecido en la Ley de Obras Hidráulicas de 1911. En todo caso, más allá de que se pueda criticar, con total razón, que con carácter general el porcentaje de las obras sufragado por los particulares deba ser del 50%, supone un mecanismo para lograr que estas sociedades estatales adquieran una consideración de ser de mercado, algo necesario en el contexto jurídico actual.

Uno de los elementos básicos para examinar el régimen de funcionamiento de las sociedades estatales de obras públicas está constituido por su vertiente financiera, que está estructurada sobre su presupuesto de explotación y el presupuesto de capital. Estas entidades han de aprobar ambos tipos de presupuesto, “que detallará los recursos y dotaciones anuales correspondientes”, tal como dispone el art. 64.1 LGP. Habida cuenta de su carácter estimativo, sobre lo que me extenderé en el epígrafe siguiente, la importancia fundamental deriva de que es lo que ha de orientar la actuación de la referida sociedad instrumental, tal como dispone el art. 67.1 LGP: “las sociedades mercantiles estatales, y las entidades públicas em-

presariales dirigirán su funcionamiento a la consecución de los objetivos emanados de los planteamientos reflejados en sus presupuestos de explotación”.

El presupuesto de explotación y el de capital disponen de un contenido similar. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 64.2 LGP, “estarán constituidos por una previsión de la cuenta de resultados y del cuadro de financiación del correspondiente ejercicio. Como anexo a dichos presupuestos se acompañará una previsión del balance de la entidad”, así como la documentación complementaria que decida el Ministerio de Economía y Hacienda. Las sociedades de ejecución de políticas públicas deberán remitir junto con el presupuesto una descripción de las que se vayan a realizar en el ejercicio, con expresión de los objetivos que se pretenden conseguir. Asimismo, deberán remitir un anexo de sus proyectos de inversión regionalizados por provincias, con indicación de si constituye una inversión nueva o si su origen se encuentra en ejercicios presupuestarios anteriores.

La financiación pública para sufragar las actuaciones que se van a realizar van a venir dadas por cuatro tipos de partidas: subvenciones de explotación, subvenciones de capital, aportaciones de capital y patrimoniales y préstamos. De ellas, las más relevantes son la primera y la tercera, siendo prácticamente irrelevante la última sobre el total de lo aportado por la Administración General del Estado. En las sociedades estatales de obras públicas, las partidas más importantes para la financiación por parte de la Administración General del Estado son las aportaciones de capital.

Cuando se analizan las relaciones entre el presupuesto anual de la Administración matriz y el presupuesto anual de las sociedades instrumentales hemos de partir de dos realidades: por un lado, el presupuesto de esta última ha de integrarse en el presupuesto de aquella y, por el otro, se trata de una integración que se produce entre dos tipos de presupuestos diferentes —como corresponde a entidades de tipo distinto—, lo que va a motivar alguna distorsión en cuanto al régimen de integración e,

incluso, al de aprobación de los presupuestos de las sociedades instrumentales.

La integración entre ambos presupuestos se produce mediante la incorporación del presupuesto de la sociedad en los Presupuestos Generales del Estado, tal como dispone el art. 33.1.b. LGP, que obliga a la incorporación, en la medida en que forma parte de su contenido, de: “los presupuestos de operaciones corrientes y los de operaciones de capital y financieras de las entidades del sector público empresarial y del sector público fundacional”. Se trata de un planteamiento que resulta a todas luces lógico teniendo en cuenta cuál es la relación que existe entre la Administración matriz y la sociedad instrumental y que esta forme parte del sector público, tal y como dispone el art. 2.c) de la misma Ley General Presupuestaria, y que, por tanto, los resultados de la sociedad se han de proyectar, de alguna forma —que se verá con posterioridad—, sobre la Administración de la que dependen.

E) FINANCIACIÓN DE LAS SOCIEDADES ESTATALES

La ejecución de las obras, el desarrollo de los programas de actuación plurianual y la ejecución del presupuesto de explotación y de capital deriva de que exista financiación suficiente para afrontar los proyectos de la sociedad. Estos fondos podrán provenir de diversas fuentes, como son los fondos propios —que en un altísimo porcentaje constituyen transferencias efectuadas por parte de la Administración matriz—, las transferencias en diverso tipo de la Administración matriz, las transferencias de fondos de la Unión Europea o acudiendo a los mercados financieros a través de la concertación de las correspondientes operaciones de capital.

En principio, estos mecanismos de financiación son la consecuencia de la propia configuración de la sociedad, que tienen un objeto limitado. Es cierto que la evolución que han tenido en los últimos años ha supuesto una ampliación del marco de actividad, con el correspondiente aumento de las formas de ingreso y, paralelamente, de los riesgos que

tiene asumidos la entidad instrumental. En todo caso, aún hoy, por la propia naturaleza de las actividades en las que opera, la sociedad tiene una capacidad de ingresos que puede ser limitada —más allá de los que pueda percibir por realizar trabajos para terceros o, en su caso, de ciertos pagos que realicen los usuarios del servicio, ya sea directamente ya sea por la propia Administración en su nombre— y que, en todo caso, depende de la decisión de la Administración matriz en relación con las infraestructuras construidas en su nombre por lo que necesitará recurrir a formas de financiación indirecta de fondos públicos y, al mismo tiempo, de formas de financiación ajena; las cuales suelen estar vinculadas ya que operan en momentos temporales diferentes.

Las modalidades de financiación presupuestaria que se pueden aplicar a la sociedad instrumental entraría dentro de aquellas que se consideran financiación indirecta, en la medida en que pese a tener la naturaleza de ser presupuestaria no es aplicada directamente por la Administración matriz sino a través de la sociedad instrumental. Dentro de estos mecanismos tres son las formas que puede utilizar la Administración para afrontar los pagos: transferencias de capital —que se computan como gasto público en el momento en que se genera el compromiso de abono—, aportaciones al capital de la sociedad mercantil —de acuerdo con lo que vimos en el capítulo segundo cuando abordamos los problemas generales de este tipo de entidades— y, en tercer lugar, a través de créditos participativos. También nos podríamos encontrar con supuestos de financiación diferida en aquellos casos en los cuales haya pagos que realice la Administración matriz en concepto por peajes en la sombra —pagos en función del uso de la infraestructura— o pagos por disponibilidad —pagos por tener a disposición de la Administración la infraestructura con un determinado nivel de calidad de la misma— y pagos por servicios de gestión de infraestructuras —los cuales se aplicarán para mejora de las ya construidas mediante su reforma o adición de servicios complementarios—. En todo caso, como se verá en el capítulo si-

guiente, si se quiere desconsolidar el coste de la infraestructura en la Administración matriz, nos encontraremos con restricciones tanto de la partida presupuestaria de la que provienen las transferencias —ya que no pueden afectar a las necesidades de financiación de las Administraciones públicas— como de la cuantía, ya que tienen que tener un comportamiento de mercado, en las condiciones que marcó Eurostat y que veremos más adelante.

En todo caso, esta financiación pública, ya sea indirecta ya diferida, vendrá dada por las propias transferencias de fondos públicos a través de los mecanismos de la Ley General Presupuestaria y que son la contraprestación por el cumplimiento de los compromisos adquiridos con la Administración de la que dependen a través de los correspondientes convenios. Dentro de ellos ocupa un papel relevante el aporte pecuniario al capital de las sociedades públicas, que como se verá en el capítulo siguiente carece de efectos sobre el déficit público, en la medida en que, bajo ciertas condiciones, no afecta a las necesidades de financiación de las administraciones públicas; lo que está provocando continuas ampliaciones de capital para sufragar el coste de las infraestructuras, como muestran prácticamente todos los convenios de gestión de infraestructuras y, muy especialmente “Convenio de Gestión Directa de gestión y/o explotación de obras hidráulicas de la Cuenca del Júcar”, firmado en octubre de 2006 entre el Ministerio de Medio Ambiente y la Sociedad Estatal de Aguas del Júcar.

F) FINANCIACIÓN NO DERIVADA DE LA ADMINISTRACIÓN MATRIZ, SINO EN COLABORACIÓN CON USUARIOS Y OTRAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. EL CASO PARTICULAR DE LAS SOCIEDADES DE AGUAS.

Más allá de los mecanismos de los que proceda el dinero, que está estructurado en el Convenio, el problema fundamental que se plantea es “la desaparición para las actuaciones que realizan del régimen tributario de finan-

ciación de las obras hidráulicas hoy regulado en el art. 114 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (con su referencia al canon de regulación y a las tarifas de utilización del agua). La desaparición forzosa de este régimen tributario es algo más que anecdótica y tiene un profundo significado si se tiene en cuenta que el gran peso inversor en este ámbito en el futuro parece que, inequívocamente, va a recaer sobre estas Sociedades, lo que podría convertir al régimen jurídico—tributario regulado en la Ley de Aguas, en una suerte de presencia testimonial o, en todo caso, solamente aplicable a las obras anteriores a la aparición y actividad de las sociedades estatales”.

El problema, sin embargo, no se limita a la mera determinación de las cuantías sino a cómo procede la recuperación de los costes de la construcción por parte de las sociedades estatales, ya que, en condiciones normales, éstas asumen parte del mismo, de acuerdo con lo que se verá con posterioridad. Se trata, todo ello, de cuestiones que están incluidas, algo que por otra parte resulta lógico, en el Convenio de Gestión Directa que hay suscrito entre la Administración matriz y la sociedad instrumental.

En cuanto al régimen económico financiero de las obras realizadas por las sociedades estatales de obras públicas con los usuarios, existe la posibilidad de que la sociedad pueda realizar en todo o en parte la ejecución y/o explotación de obras hidráulicas mediante el establecimiento de tarifas por convenio con los usuarios de las mismas. El régimen se aparta del régimen general de la financiación de las obras que está contemplado en el art. 114 de la ley de aguas, de tal manera que se configura de forma paccionada un régimen que tendrá que adecuarse a estas dos reglas: i) Hasta un 50% del importe de la inversión se financiará con cargo a los fondos propios de la sociedad de aguas. ii) El resto, mediante el establecimiento de tarifas con cargo de los usuarios de las mismas y/o mediante la venta de productos o servicios resultantes de la explotación de la obra”. Se trata de cantidades que, aunque se denominen en los convenios como tarifas, tienen la naturaleza de precios privados.

El recurso a las sociedades estatales de obras públicas puede tener consecuencias sobre el régimen financiero que se va a aplicar a la construcción de las que son sufragadas por los usuarios. En materia de aguas, por ejemplo, nos encontramos con que sociedad estatal y usuarios del agua comparten la realización de las obras, de tal manera que aquélla abona un porcentaje fijo del 50% del coste de construcción. La parte restante será abonada por el particular; todo ello como consecuencia de un convenio firmado entre ambos. A partir de aquí surgen dos cuestiones: cómo se armoniza con el principio de recuperación de costes que recogen las directivas comunitarias y qué efecto real tiene sobre el régimen impuesto en la ley.

El principio de recuperación de costes, que tiene un marcado carácter conmutativo ha sido recogido en la normativa comunitaria, concretamente de forma expresa en la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas y ha sido recogido en el art. 111 de la Ley de Aguas. Está articulado sobre dos puntos centrales: a) por un lado, el principio del coste, que impone que cada usuario deba compensar el coste que su utilización provoca; b) el principio de la utilidad, que lleva a exigir a todos los que se benefician de la implantación de una obra o servicio público a contribuir a su financiación en la medida de tal beneficio o ventaja; lo cual, lleva a diferenciar entre usuarios y beneficiarios de la obra hidráulica, dado que son situaciones parecidas pero no similares. El problema que aparece inmediatamente es cómo se armoniza un régimen convencional que supone un pago por parte de la administración de la mitad de la obra, tal como hemos visto con anterioridad en relación con las obras hidráulicas, con el referido principio de recuperación de costes.

Es cierto que este último principio no tiene carácter absoluto —la propia directiva señala que es un principio que las autoridades nacionales “tendrán en cuenta”—, y en la propia directiva se articulan mecanismos que suponen su atemperación por existir otros factores ju-

rídicamente relevantes, tales como los “efectos sociales, medioambientales y económicos de la recuperación y las condiciones geográficas y climáticas de la región o regiones afectadas” (art. 9). Esto nos conduce a un problema de motivación de la exención, tal como señala el art. 42.1 f) TRLA. El problema, por un lado, consiste en que las sociedades estatales están aplicando la regla del 50% de forma automática en todos los convenios que firman con usuarios del agua, algo que ciertamente no parece que encaje con la mecánica del sistema. De este modo, como se ha indicado, no “se advierten razones jurídicas que animan a esa generalización homogénea de la subvención pública en toda circunstancia (con independencia de tipos de obras, situación geográfica, capacidad de los usuarios o condiciones específicas del territorio), lo que, inevitablemente, planteará en el futuro problemas de compatibilidad con el principio de recuperación de costes que contiene la Directiva marco comunitaria”.

G) INSTRUMENTOS DE CONTROL Y DIRECCIÓN POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN MATRIZ: LA TUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN MATRIZ

La configuración de una sociedad instrumental tiene como uno de sus elementos más relevantes de su régimen, tal como se ha señalado en algunos pasajes de este estudio, la determinación de un “Ministerio de tutela”. Es un elemento del acto de autorización de la constitución de la sociedad, que está recogido en el art. 176.1 LPAP: “al autorizar la constitución de una sociedad de las previstas en el artículo 166.2 de esta Ley, el Consejo de Ministros podrá atribuir a un ministerio, cuyas competencias guarden una relación específica con el objeto social de la sociedad, la tutela funcional de la misma”.

El punto más destacado para la gestión diaria de la sociedad y, sobre todo, para el cumplimiento de los objetivos de interés general que motivaron la creación de la misma es la concreción de los poderes de dirección que asume el Ministerio de tutela sobre el funcionamien-

to societario. Se trata desde luego, de un apartado en el cual las relaciones que se planteen en un plano metalegal son tan importantes como las que recoge de forma expresa y exteriorizada en la legislación. Y, desde luego, la presencia de altos cargos de los Ministerios de tutela en la dirección de todas las sociedades estatales de obras públicas acaba eliminando mucho dramatismo a las limitaciones que tienen los Ministerios para actuar en el actuar societario, ya que la duplicidad de funciones que cumplen permite que la correa de transmisión de las inquietudes ministeriales resulta mucho más fluida que si esto no ocurriera. Lo que ocurre es que, al mismo tiempo, pone en duda la propia existencia autónoma de la sociedad estatal y que realmente nos encontremos ante la consideración de una unidad institucional, tal como ha sido definida por Eurostat.

El tercer componente de la potestad de tutela es el de la responsabilidad de la Administración matriz, a través del ministerio que la ejerza, de dar cuenta de lo actuado por la sociedad estatal de obras públicas. Aunque se trate de una sociedad sometida al Derecho privado no podemos olvidar su componente público que exige que responda de su actuación ante el Parlamento dando cuenta de su gestión. Esta labor de exteriorización de la actividad de la sociedad instrumental la ha de hacer el Ministerio de tutela, tal como dispone el art. 177.1 LPAP: el Ministerio de tutela “será el responsable de dar cuenta a las Cortes Generales de sus actuaciones”, en el sentido de que el control político del funcionamiento de la misma, a través de los diversos mecanismos que están recogidos en los Reglamentos parlamentarios, será efectuado por el titular del Ministerio que ejercita la tutela.

5. RÉGIMEN GENERAL DE LOS “MEDIOS PROPIOS Y SERVICIOS TÉCNICOS” DE LA ADMINISTRACIÓN

Paralelamente a este régimen especial, la Ley de Contratos del Sector Público, al igual

que hacían todas las normas anteriores, configura el régimen de los denominados medios propios y servicios técnicos de la Administración. En principio con la catalogación de una entidad como medio propio y servicio técnico lo que se quiere es quitar toda posibilidad a que haya una diferenciación jurídica entre que se haga directamente como un servicio de la Administración o que se separe fuera de ella.

La condición de medio propio ha de estar recogida en los estatutos de la sociedad, tal como dispone el artículo 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público: “La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas”. Hoy, tras la sentencia TRAGSA²², el Consejo de Ministros impulsó el 6 de junio de 2008 la modificación de todas las sociedades que presten servicios a la Administración para que tengan atribuido este carácter específico de medio propio y servicio técnico a la hora de configurar encargos a estas entidades las cuales “se retribuirán mediante tarifas”, lo que llevará aparejada “la potestad para el órgano que configure el encargo de las instrucciones necesarias para su ejecución”. Se trata de una respuesta formalista, que resulta adecuada ante la jurisprudencia comunitaria, que ha incurrido, asimismo, en un acusado formalismo.

Como ha señalado DE LA QUADRA²³, del antiguo art. 152 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hoy 26.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, se puede extraer que cuatro son los criterios que legitiman la actividad de la Administración para

la realización directa de las obras a través de sus medios propios, personificados o no: su capacidad —motivos a) y b)—, la operatividad —motivos c), d), f) e i)— o incluso un criterio genérico, el de la conveniencia —motivo c)—, más un motivo inespecífico, que es el de la excepcionalidad durante la tramitación del anteproyecto —motivo h)—. Concretamente, los supuestos son los siguientes: a) Que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución; b) Que la Administración posea elementos auxiliares utilizables, cuyo empleo suponga una economía superior al 5 por ciento del importe del presupuesto del contrato o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma. c) Que no haya habido ofertas de empresarios en la licitación previamente efectuada. d) Cuando se trate de un supuesto de emergencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 97. e) Cuando, dada la naturaleza de la prestación, sea imposible la fijación previa de un precio cierto o la de un presupuesto por unidades simples de trabajo. f) Cuando sea necesario relevar al contratista de realizar algunas unidades de obra por no haberse llegado a un acuerdo en los precios contradictorios correspondientes. g) Las obras de mera conservación y mantenimiento, definidas en el artículo 106.5. h) Excepcionalmente, la ejecución de obras definidas en virtud de un anteproyecto, cuando no se aplique el artículo 134.3.a).i) En los supuestos de la letra d) del artículo 206.

En todos ellos hay un presupuesto que es la disponibilidad de afrontarla a través de sus propios medios, salvo los supuestos excepcionales de colaboración de los particulares y que están recogidos en la ley. Por tanto, hay que examinar sucesivamente cuándo las sociedades instrumentales pueden asumir esta condición, ya que, si no, habría que someterla a las reglas generales de la contratación administrativa y adjudicarla con arreglo a los procedimientos descritos en la normativa, abierta, por tanto a

que contratistas privados pudieran concurrir e hipotéticamente resultar adjudicatarios.

En segundo lugar, resulta imprescindible que exista equivalencia entre el control que efectúa la Administración matriz de los órganos propios y el que efectúa del funcionamiento de la sociedad. En este punto, conviene recordar 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, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios”²⁴. Este control similar al que efectúe sobre los órganos propios ha de suponer el que tanto los objetivos estratégicos como las decisiones relevantes son tomadas en la sociedad de acuerdo con la voluntad de la Administración de la que dependen; lo cual afecta, indudablemente, a que la determinación de los trabajos que ha de efectuar y las condiciones en que se ejecutarán dependerán directamente de la Administración matriz.

Sí conviene recordar un factor que, a estos efectos, resulta esencial: En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan”. Precisamente por ello es por lo que se entiende que la naturaleza de la relación jurídica en estos supuestos no es la contractual sino la de un mandato, y que incluso el convenio que se acostumbra a suscribir no es necesario y bastaría con una mera instrucción de la Administración matriz, materializada a través de un acto administrativo. Como señaló REBOLLO, “puede y debe hacerse mediante un acto administrativo y, aunque apareciese en forma de convenio, no cambiaría su verdadera naturaleza. De hecho los entes institucionales —puros entes instrumentales de la Administración matriz— deben realizar lo que se les encarge sin

que puedan negarse; su voluntad no importa y su consentimiento no es necesario”²⁵.

No obstante, se sigue configurando el convenio como modo normal de relación, tal como aparece en el art. 4.1.n), como supuesto excluido de la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: “Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174”.

El tercer requisito es que se trate de una entidad enteramente pública, aclaración que está contemplada de forma expresa en la LCSP —“si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública”—, ya sea de un ente público o de varios que concurren conjuntamente a la creación de la entidad por razones de eficacia²⁶. Que se trate de una sociedad de capital enteramente público, en la medida en que es lo único que permite asegurar que el único elemento que caracteriza a la sociedad es la consecución de una finalidad de interés general. Un socio privado indica siempre la consecución de intereses de otra naturaleza, de carácter privado, y, además, “la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora en cuestión excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda

ejerer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios”²⁷.

Obviamente, si es una sociedad mixta de dos o más Administraciones públicas, habrá que suscribir un convenio entre ellas. Con las palabras de MALARET, “puesto que se trata de una sociedad estatal, para actuar por encargo de otras Administraciones públicas requiere la formalización del correspondiente convenio entre las dos Administraciones públicas implicadas, la Administración matriz y la que realiza la encomienda (art. 15 LRJPAC). Este requisito tiene carácter sustantivo, no es un mero trámite formal, puesto que de su existencia o no derivan importantes consecuencias prácticas”²⁸.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Los elementos que se han señalado, críticos con la jurisprudencia comunitaria, no dejan de resultar justificativos de una realidad que tampoco es la mejor. El impulso que ha recibido la constitución de sociedades instrumentales hay que entenderlo en un contexto privatizador del proceso de construcción de infraestructuras, que se está produciendo en todos los países y que presenta perspectivas diferentes. En él, que se manifiesta en todas las áreas económicas, hay dos vertientes claramente diferenciadas: por un lado, aquellos supuestos de privatización que se ha efectuado para dar mayor participación a los particulares, y aquél otro que ha supuesto una privatización del régimen jurídico. E incluso, hay un último cambio, especialmente perceptible en nuestro país, que es el del modelo retributivo, que está yendo, por impulso comunitario, en una dirección de recuperación de costes por parte de los usuarios. Este proceso, más allá de cualquier crítica ideológica que no corresponde hacer en este lugar, presenta menos luces que sombras.

No supone, en mi opinión, ninguna ventaja ni desde la eficacia ni desde la eficiencia de la gestión y, desde luego provocan problemas

de transparencia administrativa y de control democrático. El control de actividad es inferior al de los Entes públicos y el control contable también plantea numerosos problemas. El problema, sin embargo es, como ya se ha señalado del contexto en el que se desarrolla la actividad pública en la actualidad. El princi-

pio de estabilidad presupuestaria, la reducción de la presión fiscal, la aplicación, excesiva en mi opinión, del derecho de la competencia están conduciendo a dificultades insoslayables en el ejercicio de funciones públicas. No debemos olvidar, en este sentido, que la Administración está sirviendo con objetividad al interés general.

NOTAS

1. Sobre la organización de los Juegos de la XV Olimpiada celebrados en Barcelona en 1992 y el uso de personas interpuestas para la construcción de las infraestructuras necesarias para su celebración, véase MALARET I GARCÍA, E. *Público y privado en los Juegos Olímpicos*, Civitas, Madrid (1994).
2. Sobre el régimen general de estas sociedades estatales para la construcción de infraestructuras públicas, véase mi estudio *Sociedades estatales de obras públicas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2008).
3. Puede verse mi comentario a la sentencia TRAGSA en “Medios propios de la administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, en la *Revista de Administración Pública*, nº 173 (mayo-agosto 2007), pp. 217-237. Asimismo, véase BERNAL BLAY, M.A.; “Un paso en falso en la interpretación del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario a la STJCE de 19 de abril de 2007 (As. C-295/05, ASEMFO v. TRAGSA)” en la *Revista de Administración Pública*, nº 137 (enero-marzo 2008) pp. 115 y ss.; así como en Italia, CARANTÍA, R.; “Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l’*in house*?” en la revista *Urbanistica e appalti*, 2007, pp. 1479 y ss. Y sobre el régimen general de TRAGSA, véase AMOEDO SOUTO, C.; *TRAGSA. Medios propios de la Administración y huida del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona (2004).
4. Puede verse mi comentario a la sentencia CORREOS en “Prestación del servicio universal y doctrina de las prestaciones *in house*”, en la *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 26 (abril-junio 2008); pp. 193-209.
5. Después de la sentencia del TJCE del caso CORREOS, se habilitó desde del Consejo de Ministros por el otorgamiento del carácter de medio propio e instrumental a todas las sociedades estatales —no sólo las de obras— dependientes de la Dirección General Patrimonio del Estado y de la SEPI para reforzar la vinculación entre ambas. La sentencia CORREOS es en este punto extremadamente formalista.
6. Sobre el principio de estabilidad presupuestaria y obras públicas, véase mi estudio *Financiación de infraestructuras y estabilidad presupuestaria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2007).
7. El Pacto se adoptó por Resolución del Consejo Europeo de Ámsterdam de 17 de junio de 1997 y materializado en dos instrumentos jurídicos, concretamente el Reglamento 1466/97, del Consejo, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y la supervisión y coordinación de las políticas económicas y, por otro lado, el Reglamento 1467/97, del Consejo, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento que se había de aplicar en los supuestos de déficit excesivo.
8. El paso complementario que exige Eurostat tiene una parte formal, que tenga autonomía y contabilidad separada, y una parte material, que tenga comportamiento de mercado y que asuma los riesgos de las operaciones económicas, lo que exige comprobar que el 50% de los costes de producción son sufragados por el 50% de las ventas y, además, que se asumen los riesgos por parte de la sociedad de la operación; que consistirían en el riesgo de construcción y, dependiendo del tipo de infraestructura, de los riesgos de demanda o de disponibilidad. Esto afecta, asimismo, al modo en que se financian las obras por parte de la Administración matriz a la sociedad instrumental. No se abona la infraestructura directamente sino que, para la parte dependiente de los fondos de la Administración General del Estado, se realizan transferencias de fondos de los entes públicos de los que dependen constituyen el mecanismo de abono indirecto de infraestructuras, en la medida en que las transferencias públicas tienen el destino de constituir los fondos propios de la sociedad, lo cual, de acuerdo con la doctrina de Eurostat, elimina las posibilidades de consolidación. No sería, por tanto, un problema de que la financiación sea o no presupuestaria, sino de cómo se materializa, esto es, afecta a la partida presupuestaria de la que procede y a la finalidad que tiene. Y con ello, paralelamente, se está produciendo el

desplazamiento del pago al contratista por la ejecución de la obra, que es realizado por parte de la sociedad estatal. Lo cual también ha de resultar complementado con la asunción por parte de la sociedad, por lo menos formalmente, de los riesgos del contrato con el contratista que ejecuta las obras, tanto el de construcción —es ella la que paga los costes con cargo a sus fondos propios o a los demás que recaude— y los de explotación —en su doble vertiente, ya que la Administración no paga más de lo que está en el convenio—.

9. Concretamente, estoy haciendo referencia a la aprobación y publicación de dos documentos comunitarios al respecto, que se han transformado, junto con la decisión BIG que luego referiré, en verdaderas guías para la acción. El fundamental es el *Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública*, (2002). El gran desarrollo de las fórmulas de cooperación público-privado para la construcción de infraestructuras hizo que, dos años después, se hiciera público un capítulo complementario titulado “Long Term Contracts Between Government Units And Non-Government Partners” (2004).

10. Eurostat, decisión BIG, p. 2, News release 15/2002, p. 2.

11. BIG es el acrónimo de *Bundesinmobilliengesellschaft* una sociedad mercantil cuyo capital pertenece en su totalidad al Gobierno Federal Austriaco. Ante el estado de conservación de los inmuebles y las necesidades de adaptación, se configura una operación en la que se adscribe todo el patrimonio a ella y se le encomienda la renovación para posterior arrendamiento al Estado, de acuerdo con precios de mercado. Este operación —que, sin ofender a nadie, se puede llamar como de contabilidad de diseño— ha sido el espejo en el que buena parte de la obra pública para la construcción de edificios públicos se ha movido desde su publicación en 2002 por parte de Eurostat.

12. Sobre el caso MINTRA, debe verse el estudio de MARTÍNEZ CALVO, J.; “Hacia la construcción de un “*Derecho administrativo financiable*”. Crónica del caso MINTRA”; en la *Revista de Administración Pública*, nº 167 (2005), pp. 369 y ss.

13. SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., “¿Pueden los contratos quedar en casa? (La problemática europea sobre la contratación in house)”, en el diario *La Ley*, núm. 6715.

14. Un estudio minucioso sobre la jurisprudencia del TJCE relativa a las prestaciones *in house*, casi exegético, es el de PERNAS GARCÍA, J.J.; *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*; IUSTEL, Madrid (2008).

15. La base está en la STJCE Teckal, de 18.11.1999, C-107/98. En el mismo sentido, puede verse entre otras SSTJCE de 7 de diciembre de 2000, ARGE gewässerschutz [C-94/99 (*Tol 105456*) sTjE_770] y de 8 de mayo de 2003, España c. Comisión [c-349/97 (*Tol 268321*) sTjE_2271].

16. SOSA WAGNER, F. y FUERTES, M.; “¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación in house)” en la revista LA LEY

17. REBOLLO PUIG, M., “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía”; en la *Revista de Administración Pública* nº 161 (mayo-agosto 2003), p. 379.

18. Una visión del proceso de constitución de sociedades mercantiles públicas desde la óptica del Derecho mercantil y analizando las especialidades de dicho procedimiento se puede ver en GARCÍA RUIZ, E., *La nueva sociedad anónima pública*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid (2006), pp. 115 y ss.

19. Recordemos que Eurostat, en la resolución del caso BIG señaló que resultaba posible desconsolidar su cuenta de resultados “a pesar de que la sociedad BIG esté participada en un 100% por el Estado federal, le grado de control de este último sobre la sociedad BIG no parece ir más allá de las disposiciones correspondientes relativas a las unidades institucionales (elaboración de la estrategia de conjunto de la unidad institucional sin influir en su gestión diaria)”. Eurostat, decisión Big, p. 2, News release 15/2002, p. 2.

20. REBOLLO PUIG, “Los entes...”, *op. cit.* p. 377.

21. De hecho, esto recuerda al problema que planteó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia de 12 de junio de 2003 “Comisión c. Luxemburgo” por la compatibilidad con el Derecho comunitario de la legislación luxemburguesa, derivada de la dificultad en el conocimiento de las disposiciones en materia de ocupación de

los bienes públicos para la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones. Piénsese en la multiplicidad de normas que se pueden aprobar y los problemas que puede plantear a los operadores no sólo tener acceso a ellas sino, además, tener presente todas las pequeñas diferencias que pueden existir partiendo de que todas resultarán parecidas.

22. Es preciso tener presente que TRAGSA lo tiene asumido, con carácter general, en la Disposición adicional 30ª de la ley de Contratos del Sector Público.

23. DE LA QUADRA SALCEDO, T., “La ejecución de obras por la Administración”, en la obra colectiva dirigida por GÓMEZ-FERRER MORANT, R; *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas (2004) p. 913 y ss.

24. STJCE de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, As. 340/04.

25. REBOLLO PUIG, “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, en el núm. 161 de la *Revista de Administración Pública* (mayo-agosto 2003), p. 377.

26. Esta posibilidad, que permite subsanar el problema que se verá con posterioridad de las sociedades instrumentales que tienen la consideración de “medios propios” de otra Administración pública, está admitida expresamente en la STJCE de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei. Aquí lo que se exigirá es que “cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta 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”. STJCE de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, As. 340/04.

27. Entre otras, véanse las SSTJCE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, As. C-26/03 y la de 10 de noviembre de 2005, Comisión c. Austria, As. C-29/04.

28. MALARET GARCÍA, E. “las sociedades para la construcción de obras hidráulicas”, dentro de la obra colectiva dirigida por EMBID IRUJO, A.; *El nuevo Derecho del agua: las obras públicas y su financiación*, Madrid (1998). p. 124.

Fecha de recepción: 23 de septiembre de 2009

Fecha de aceptación: 20 de octubre de 2009