Informe 52/10, de 28 de octubre de 2011. Aplicación mediante convenio de colaboración de la prestación del servicio postal del ayuntamiento.

Clasificación de los informes. 2.1.5 Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. Contratos de servicios. 28. Convenios entre Administraciones Públicas.

ANTECEDENTES

El Alcalde de Monturque (Córdoba) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando conocer el criterio de la misma respecto de la siguiente cuestión:

"Al amparo de lo establecido en los artículos 2 y 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se solicita informe en relación a la siguiente cuestión:

CONSULTA

Hasta el ejercicio 2.010 incluido, la Administración ha venido concertando la prestación de los servicios postales reservados al Operador del Servicio Postal Universal, al amparo de lo dispuesto en la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en cuyo artículo 58 se establece que... "Las Administraciones públicas podrán celebrar convenios de colaboración a los que se refiere el artículo 3 del R. D. Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, para la prestación de las actividades propias de su objeto social".

La Directiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 20 de febrero de 2008, aprobada con el objetivo de lograr la plena realización del mercado interior de los servicios postales comunitarios, dispone en el artículo 1 que a su vez modifica el artículo 7 de la Directiva 97/67/CE, que los Estados miembros no podrán otorgar o mantener en vigor derechos especiales o exclusivos para el establecimiento y la prestación de servicios postales. Así mismo, el artículo 2 de la mencionada Directiva, establece que los Estados miembros pondrán en vigor .las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 31 de diciembre de 2010.

Con el fin de incorporar al ordenamiento jurídico interno español la referida Directiva antes del 31 de diciembre, se ha redactado el Anteproyecto de Ley del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal, cuya tramitación se encuentra actualmente iniciada en el Parlamento. En esta Ley, se determina que los servicios postales se prestan en régimen de libre competencia, regulando el procedimiento para el otorgamiento de las autorizaciones administrativas singulares que habilitarán para prestar servicios postales incluidos en el ámbito del servicio postal universal.

Atendiendo a la situación normativa expuesta anteriormente y, considerando que a partir del día 1 de enero. se encontrará previsiblemente derogada la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, tal como se establece en la Disposición derogatoria única del anteproyecto de Ley en tramitación. Se plantea la cuestión del procedimiento que se debe de seguir para la contratación de los Servicios Postales que hasta el día de la fecha se encontraban reservados por la citada norma (artículos 18 y 19) a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, como operador que tiene encomendado el servicio postal universal.

La cuestión sometida a consulta es la siguiente:

1. ¿Sería posible hasta el 31 de diciembre, la concertación directa mediante convenios de colaboración con la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, para la prestación de servicios postales en el ejercicio 2011, al amparo de la reserva que le atribuye actualmente a dicha Sociedad la Ley 24/1998, de 13 de julio, como operador que tiene encomendado el servicio postal universal?

2. ¿Sería más adecuado acudir a la tramitación de un expediente de contratación de servicios postales al amparo de la Ley de Contratos del Sector Público, con una duración máxima de cuatro años?

3. En el supuesto de que fuera afirmativa la contestación a la pregunta anterior, ¿Sería correcta la tramitación del expediente de contratación de los servicios postales mediante el procedimiento Negociado y sin publicidad?

La fundamentación para la elección del procedimiento de contratación, estaría basada en que solo es posible actualmente la contratación con la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, como operador único que en este momento puede

prestar el servicio postal en todo el ámbito de la provincia de Córdoba, sin que sea previsible el tiempo que puede transcurrir hasta que existan otros operadores autorizados para la prestación de los referidos servicios postales.

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. La cuestiones que plantea el Alcalde de Monturque, que se enumeran en el escrito recibido cuya reproducción obviamos, están referidas a actuaciones de futuro derivadas de la entonces norma reguladora de los servicios postales en fase de tramitación en las Cortes Generales, aspecto que esta Junta Consultiva no puede considerar en tanto en cuanto los proyectos de norma en tramitación no se consoliden como tales por su promulgación y entrada en vigor. Tal circunstancia se ha producido al promulgarse y publicarse en el Boletín Oficial del Estado el día 31 de diciembre de 2010 la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.

2. Además, debemos destacar por su indudable importancia el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a instancia de la Audiencia Nacional para resolver una cuestión prejudicial que le instó, y que se materializa en la sentencia de 18 de diciembre de 2007, en el asunto C-220/06, cuyo fallo por su indudable importancia se transcribe en tanto en cuanto afecta directamente a la consulta planteada.

Manifiesta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

"En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) El Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales reservados, con arreglo a la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado miembro.

2) La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su versión modificada por la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique

– alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50 y

– constituyan, con arreglo al artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 2001/78, contratos celebrados por escrito y a título oneroso,

extremo cuya verificación corresponde al órgano jurisdiccional remitente.

3) Tanto los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE como los principios de igualdad de trato, no discriminación por razón de la nacionalidad y transparencia deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique

– no alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 2001/78, y

– no constituyan, en realidad, un acto administrativo unilateral que imponga obligaciones exclusivamente a cargo del proveedor del servicio postal universal y que se aparte sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de este último, extremo cuya verificación corresponde al órgano jurisdiccional remitente".

3. Únicamente queda por determinar concretamente a qué normas de contratación pública estarán sujetos los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios postales. La respuesta viene dada por la disposición adicional undécima de la Ley de contratos del sector público la cual indica que cuando se trate de la celebración de contratos en el sector de los servicios postales por las Administraciones Públicas, ésta se regirá en todo caso por la citada Ley. Ahora bien, precisa, "*a los efectos de aplicar la presente Ley a estos contratos, sólo tendrán la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada los que, por razón de su naturaleza, objeto, características y cuantía, estén sometidos a la mencionada Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales*". En idéntico sentido se pronuncian los artículos 5 y 6 de la citada Ley de sectores especiales.

Una vez fijado el régimen jurídico a que debe sujetarse el encargo por las Administraciones Públicas de la prestación de servicios postales, ya solo queda acudir a cada uno de esos regímenes jurídicos a efectos de determinar cuestiones como la que plantea el Ayuntamiento de Monturque acerca del procedimiento de licitación aplicable. Dicha cuestión deberá dilucidarse a la luz de las circunstancias concretas del servicio cuyo encargo deba realizar dicho Ayuntamiento y el momento en el que deba hacerse. Debe resaltarse que la aplicación de convenios de colaboración con entidades sujetas a derecho privado están excluidos cuando el objeto de los mismos esté comprendido en el de los contratos regulados en la Ley o en normas administrativas especiales, por así disponerlo la LCSP en su artículo 4.1, letra d).

4. La Junta Consultiva en su reunión de 23 de mayo de 2011, a la vista de las competencias atribuidas al Ministerio de Fomento en relación con los servicios postales, acordó solicitar informe de la Secretaría General Técnica del mismo, el cual por su indudable interés se reproduce:

"*Se ha recibido en esta Secretaría General Técnica la consulta de ese Centro Directivo de 7 de junio, en el que solicita sobre: "si el artículo 22.2, de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, en relación con las disposición adicional primera y la disposición transitoria única de la misma norma, debe interpretarse en el sentido de que mantiene o prorroga, durante el plazo de quince años, la reserva establecida en la legislación anterior a favor de la Sociedad Estatal "Correos y Telégrafos, S.A"; en relación con ciertos servicios postales incluidos en el ámbito del Servicio Postal Universal". Al respecto, se señala cuanto sigue:*

i) La Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, establecía en su artículo 18, bajo la rúbrica: "Servicios reservados al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal", lo siguiente:

"1. Quedarán reservados, con carácter exclusivo, al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal, al amparo del artículo 128.2 de la Constitución y en los términos establecidos en el capítulo siguiente, los siguientes servicios incluidos en el ámbito de aquél:

(. .).

2. La relación de servicios reservados, determinada en el apartado anterior, podrá ser revisada por el Gobierno, mediante Real Decreto, en el marco de las previsiones contenidas en las normas comunitarias':

Esta reserva de determinados servicios postales a favor del operador al que se encomiende la prestación del Servicio Postal Universal (SPU) responde a la previsión contenida en la Directiva 97/67/CE, que transponía, en cuyo considerando (16) se afirmaba que "parece justificado el mantenimiento de un conjunto de aquellos servicios que pueden constituir un sector reservado, dentro del respeto a las normas del Tratado y sin perjuicio de la aplicación de sus normas sobre competencia, con el fin de permitir el funcionamiento del servicio universal en condiciones de equilibrio financiero".

ii) La Directiva 2008/6/CE, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE, da un paso más en la plena realización del mercado interior de los servicios postales comunitarios, y es clara y taxativa en lo que a la desaparición de los servicios reservados al operador designado para la prestación del SPU se refiere. No sólo porque persigue la plena liberalización del mercado postal, sino porque, y esto es lo esencial en lo concerniente a los servicios reservados, entiende que la existencia del sector reservado no debe ser la solución preferente para la financiación del SPU.

Así, en su considerando (13) se afirma que:

"El estudio prospectivo indica que el sector reservado ya no debe ser la solución preferente para la financiación del servicio universal. Esta valoración tiene en cuenta el interés que reviste, para la Comunidad y sus Estados miembros, la realización del mercado interior, y el potencial de este para generar crecimiento y empleo y garantizar que todos los usuarios tengan acceso a un servicio de interés económico general eficaz. Resulta oportuno, por tanto, confirmar la fecha definitiva de realización del mercado interior de servicios postales":

A lo que se añade en el considerando (25) que:

A la luz de los estudios realizados y con el fin de movilizar todo el potencial que ofrece el mercado interior de los servicios postales, procede poner fin a la utilización de un sector reservado y de derechos especiales como medio para garantizar la financiación del servicio universal":

La Directiva establece como fecha límite para que los Estados miembros pongan en vigor las nuevas disposiciones el 31 de diciembre de 2010, con la excepción de 11 países, entre los que no se encuentra España, a los que se permite aplazar la aplicación de las mismas hasta el 31 de diciembre de 2012.

Pues bien, en cumplimiento de la obligación que emana del derecho comunitario, y en el plazo establecido, se promulgó la Ley 43/2010, de 31 de diciembre, que transpone la Directiva 2008/6/CE y que, como no podía ser de otro modo, no contiene ningún precepto análogo al artículo 18 de la Ley 24/1998, ni establece ningún ámbito de reserva a favor del operador designado para la prestación del SPU. Bien al contrario, para asegurar la financiación del SPU, junto con otras garantías que se enumeran el su artículo 33, regula como novedoso en su artículo 29 el fondo de financiación del SPU.

iii) De acuerdo con cuanto antecede, debe concluirse que la interpretación pretendida -mantenimiento o prorroga, durante el plazo de quince años, de la reserva establecida en la legislación anterior- no es posible por un doble motivo.

En primer lugar, porque no se corresponde con la literalidad de la Ley 43/2010 que, además de derogar expresamente la Ley 24/1998, no contiene precepto alguno análogo al artículo 18 de la ley derogada.

Y, en segundo lugar, porque tal interpretación sería contraria a lo dispuesto y perseguido por la Directiva 2008/6/CE que no es sino la plena liberalización del mercado postal desde el 1 de enero de 2011, fecha a partir de la cual cualquier operador postal que disponga de autorización administrativa singular puede prestar todos los servicios incluidos en el ámbito del SPU, y consiguiente desaparición del sector de servicios reservados al operador designado para su prestación".

5. De cuanto se expone ha de resaltarse que el criterio expresado por el Ministerio de Fomento determina que la posible relación entre el Ayuntamiento de Monturque y el Servicio de Correos ha de configurarse como una relación contractual.