

Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Mercedes Fuertes.

Universidad de León.

Precisar el régimen jurídico aplicable a los contratos que realizan las entidades y sociedades públicas exige un prudente examen porque no siempre es fácil, *icto oculo*, concluir si concurren los distintos requisitos que la normativa administrativa exige para extender su red de sujeción. Una malla, ésta, que no está caprichosamente tejida, sino que cumple importantes funciones al estar destinada a garantizar la correcta consecución de los intereses generales que la contratación pública persigue. Pero también, al mismo tiempo, ampara la necesaria igualdad de oportunidades entre los distintos empresarios, para que la actuación de los políticos y funcionarios que ocupan cargos públicos no beneficie a determinados contratistas menoscabando tanto los fondos públicos como las reglas de la adecuada competencia en el libre mercado. Aspecto que se suele olvidar o, quizá, eludir al difundir las alabanzas de la gestión privada de los intereses públicos.

La regulación española, que incorpora las previsiones comunitarias, establece, a la hora de definir el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratos administrativos, que la misma vincula a las Administraciones territoriales pero también a todas aquellas entidades vinculadas o dependientes siempre que se den dos requisitos: a) que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter comercial; b) que estén financiadas, controladas o dirigidas por alguna Administración pública (art. 1º.3 de la Ley de contratos de las Administraciones públicas). Esta segunda nota subraya el carácter instrumental de la entidad, esto es, que la creación de una personalidad jurídica singular es una simple opción organizativa al quedar su actuación dentro de la órbita de la Administración que nombra sus órganos de administración, somete a control su gestión o es la fuente de financiación. La primera nota destaca el fin público, no exclusivamente mercantil, que realiza la entidad y que justifica un régimen público de control. Porque las sociedades mercantiles, cuyo capital está de forma mayoritaria en manos de entidades públicas, sólo deben ajustar sus contratos a los principios de publicidad y concurrencia (disposición adicional sexta de la Ley). Previsión muy diluida al existir pocos mecanismos para controlar su eficacia.

Esta regulación exige un análisis interpretativo, como ha realizado la mejor doctrina (por todos sirva el recordatorio de a los comentarios a los artículo 1 a 9 de E. García de Enterría , en la obra dirigida por R. Gómez Ferrer, o las consideraciones formuladas por F. Sosa Wagner en su monografía sobre "El contrato de suministro").

Ahora se trata, sin terciar en estas posiciones doctrinales, de conocer la doctrina que sobre las Administraciones instrumentales y, de manera especial, sobre el concepto de "actividad de interés general" ha perfilado en recientes sentencias el Tribunal europeo de Justicia.

1. La sujeción de sociedades anónimas estatales a la normativa de contratación administrativa (la sentencia de 17 de diciembre de 1998).

El más reciente pronunciamiento, aunque no el más interesante, se refiere al conflicto suscitado entre la Comisión Europea y el Gobierno irlandés por incumplimiento de la normativa de contratos. La situación puede resumirse en los siguientes términos: la gestión de los bosques públicos se había encomendado mediante la Ley de bosques de 1988 a una sociedad anónima: Coillte Teoranta o Irish Forestry Board. Esta sociedad tenía encomendadas diversas actividades dirigidas al cuidado de los bosques nacionales, así como otras conexas del ámbito de la silvicultura y la industria forestal. El accionista mayoritario de esta sociedad era el Gobierno irlandés, que, además, controlaba la actuación de la entidad en multitud de aspectos: aprobaba los Estatutos y sus modificaciones, nombraba a los cargos directivos, dictaba directrices sobre las retribuciones del personal, emitía instrucciones sobre la política forestal, etc, además de ejercer un control financiero y presupuestario. Esta sociedad forestal convocó a principios de 1994 un concurso para adjudicar un contrato de suministro de fertilizantes, por un valor superior a doscientos mil ecus. La convocatoria no se difundió a través del Diario oficial de las Comunidades Europeas, motivo que originó la denuncia de la Comisión Europea, primero ante el Gobierno irlandés y, después, ante el Tribunal de Justicia.

El ámbito objetivo del proceso ante el Tribunal comunitario es reducido porque, por un lado, existía ya en Irlanda un conflicto suscitado por una empresa que no se benefició de la adjudicación del contrato, al entender que no se había respetado el Derecho comunitario. Pero, por otro lado, porque la Comisión sólo denunció el incumplimiento de la falta de difusión en el Diario Oficial y al amparo de la Directiva 77/62, relativas a los contratos de suministros, al no haber expirado el periodo de adaptación de la vigente Directiva de 1993 cuando se originó el conflicto.

En todo caso, interesa destacar que el Tribunal de Justicia declaró que la sociedad forestal estaba incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva de contratos de suministros. Aunque gozaba de una personalidad jurídica independiente a la de la Administración estatal, estaba claramente sometida a su intervención: el nombramiento de sus cargos directivos, la supervisión financiera y el sometimiento a sus instrucciones y directrices eran elementos que evidenciaban ese control. Control que era el criterio utilizado en la Directiva 77/62 para delimitar el concepto de "poder adjudicador". Por todo ello, el Tribunal declaró el incumplimiento por parte de Irlanda de la obligación de difundir el contrato de suministro en el Diario Oficial.

2. La vis atractiva que ejercen las actividades de interés general a favor de la normativa de contratación pública (la sentencia de 15 de enero de 1998).

Esta sentencia es consecuencia del conflicto que plantearon varias empresas de construcción austríacas frente a la Imprenta estatal (Österreichische Staatsdruckerei AG) y a una sociedad filial de la misma (Strohal Rotationsdruck GesmbH). La Imprenta estatal, también con forma de sociedad anónima, había convocado una licitación para adjudicar el proyecto de construcción de unas instalaciones técnicas que asignaría a la sociedad filial, dedicada a fabricar impresos mediante un procedimiento especial de rotograbado. Una asociación de empresarios promovió un procedimiento de arbitraje al considerar que la citada licitación debía someterse a la normativa pública de los contratos de obras, a lo que se oponía la Imprenta estatal, así como su sociedad filial que asumiría las instalaciones. La falta de una solución amistosa originó que varias empresas de construcción interpusieron el correspondiente recurso del que surgieron las cuestiones prejudiciales que analizó el Tribunal de Justicia en esta sentencia.

Entre las varias cuestiones prejudiciales, de siempre muy compleja formulación, destacaba en primer lugar la pregunta sobre la precisión del concepto de actividad de interés general que no tenga carácter comercial, cuya concurrencia determina el sometimiento a las Directivas de contratación pública. Interesaba conocer si las actividades que tiene encomendada la Imprenta estatal son de "interés general" y no tienen "carácter industrial o mercantil" para sujetar el procedimiento de licitación a las conocidas reglas de publicidad y concurrencia.

La Ley federal sobre la Imprenta del Estado austríaco encomienda a la entidad autónoma que crea, la aquí denominada Imprenta estatal, la producción para la Administración Federal de material impreso de carácter confidencial o sujeto a normas de seguridad, como los pasaportes, los permisos de conducir, los documentos de identidad, el Diario Oficial Federal, las recopilaciones federales de las leyes y decisiones, los formularios, etc. Estas funciones, calificadas incluso por la normativa austríaca de "servicio público" no hacen dudar al Tribunal de Justicia de su condición de actividades de interés general, que no tienen en absoluto carácter mercantil. Las publicaciones que realiza la Imprenta, así como los documentos que fabrica están directamente vinculados al funcionamiento de la Administración y al mantenimiento del orden público, por sus condiciones de seguridad e, incluso, de confidencialidad. De ahí que se califique a la Imprenta estatal como "poder adjudicador" a los efectos de la normativa comunitaria de contratación pública.

Pero interesa destacar, sobre todo, que el Tribunal insiste en que "todos" los contratos que celebre la Imprenta estatal están sujetos a las reglas de contratación pública. Es cierto que a una entidad pública se le pueden encomendar diversas funciones, unas de interés general y otras en que no concurre tal carácter. El recordatorio por parte del Gobierno austríaco de otras actividades mercantiles que realiza también la Imprenta estatal no tuvo ninguna relevancia. Porque, como afirma el Tribunal, es indiferente precisar la actividad a la que se vincula, en este caso el contrato de obras, porque la normativa comunitaria no advierte un régimen jurídico diferente en el caso de actividades de interés general de aquellas de carácter preferentemente mercantil:

"la Directiva no distingue entre los contratos públicos de obras celebrados por un poder adjudicador para cumplir su función de satisfacer necesidades

de interés general y los contratos que no guardan relación con dicha función".

La finalidad de la normativa comunitaria es garantizar que todos los contratos que realicen las Administraciones públicas y otras entidades públicas queden sometidos a las normas de publicidad y concurrencia. De ahí que lo que interese sea determinar si el contrato se promueve por una Administración u Organismo público, no la naturaleza mercantil, industrial o de protección de intereses generales de la actuación específica de esa entidad pública que ampara el contrato. La distinción entre las actividades mercantiles y de interés general se realiza para calificar a la entidad como poder adjudicador, pero una vez que se llega a esta conclusión, se somete toda su actividad contractual a los dictados de las Directivas.

Además, defender la otra interpretación, es decir, distinguir la regulación aplicable según la actividad general o mercantil vinculada al contrato, *"sería contraria al principio de seguridad jurídica que exige que una norma comunitaria sea clara y su aplicación previsible para todos aquellos que resulten afectados"* según declaró el Tribunal. Pero, sobre todo, conduciría a perturbar con un grado de confusión notable el régimen aplicable a los contratos que suscribieran las entidades públicas y, en gran medida, a la ineficacia de las normas comunitarias de contratación, fácilmente eludibles si se dejara a la voluntad de la entidad la calificación de la actividad que justificaba el contrato. Por ello, el Tribunal declara que todos los contratos de obras que celebre la Imprenta estatal deben ser considerados contratos públicos de obras.

Se planteó también como cuestión prejudicial si debía extenderse la calificación de "poder adjudicador" de un Organismo a sus entidades filiales, en el presente caso, si la sociedad dependiente de la Imprenta dedicada sólo a actividades mercantiles quedaba sometida a la normativa de contratación pública. En este sentido, el Tribunal declaró que en éste, como en cualquier otro caso, debía analizarse en primer lugar si concurrían en esta nueva personificación pública los requisitos que otorgaban la condición de "poder adjudicador". Esto es, la creación para el desempeño de actividades de interés general no mercantiles y el carácter meramente instrumental de la personificación, por estar sometida a la dirección o control de la Administración o derivar sus recursos de financiación pública. Y aunque la sociedad filial dependía claramente de la Imprenta estatal, al poseer ésta prácticamente la totalidad del capital de aquélla, el Tribunal de Justicia declaró la improcedencia de calificar a la sociedad filial como poder adjudicador:

"no basta con que una empresa haya sido creada por un poder adjudicador o que sus actividades sean financiadas mediante recursos financieros derivados de las actividades ejercidas por un poder adjudicador para que ella misma sea considerada un poder adjudicador. Dicha empresa debe reunir además el requisito exigido por el primer guión de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37, según el cual, debe tratarse de un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil"

Los requisitos establecidos en la normativa comunitaria de contratación deben concurrir de manera acumulativa y no alternativa. Ambas notas deben darse para

concluir la sujeción de una entidad a las reglas de contratación pública. Y, en el presente caso, esta sociedad filial no había sido creada específicamente para realizar actividades de interés general, sino que su objeto era claramente mercantil.

Una última consideración de esta sentencia interesa recordar. Se había suscitado entre las cuestiones prejudiciales la pregunta de si se modificaba la naturaleza del contrato público de obras, promovido por la Imprenta estatal, una vez que se cediera a la sociedad filial. Qué ocurría si antes de finalizar las obras se cedían todos los derechos y obligaciones del contrato a una sociedad no sujeta al régimen de las Directivas.

Con rotundidad afirma el Tribunal de Justicia que la naturaleza del contrato público no se altera por el hecho de que se piensen ceder los derechos a otra sociedad no sujeta a las Directivas comunitarias. El único argumento que ofrece es que

"el objetivo de la Directiva 93/37, que reside en la realización efectiva de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras, se vería efectivamente comprometido si pudiera excluirse la aplicación del régimen de la Directiva sólo porque los derechos y obligaciones que incumben al poder adjudicador en el marco de una licitación se transfieran a una empresa que no reúna los requisitos enunciados en la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37".

Unas mínimas exigencias de coherencia y seguridad jurídica conducen a exigir que todo contrato que prepare y realice una Administración o entidad pública, sometida al régimen de las Directivas, tenga la misma naturaleza con independencia de sus posteriores vicisitudes. Otra cosa conduciría, de nuevo, a dejar a la libre voluntad de las Administraciones contratantes la decisión sobre el régimen jurídico de sus contratos, lo que supondría la negación de un régimen común de contratación pública.

Deja abierta, sin embargo, el Tribunal de Justicia la admisión de otra posibilidad al afirmar que:

"no sucedería lo mismo únicamente en el caso de que se hubiera acordado que, desde su origen, el proyecto correspondía plenamente al objeto social de la empresa de que se trata y que los contratos de obras relativos a este proyecto habían sido celebrados por el poder adjudicador por cuenta de dicha empresa."

Es decir, que la actuación por cuenta ajena parece facultar a las Administraciones y entidades públicas a promover un contrato sin los requisitos de publicidad y concurrencia, característicos del régimen de contratación pública. Sin embargo, a mi juicio, es muy discutible esta afirmación. ¿Por qué excepcionar un régimen común y general de las Administraciones públicas cuando actúen por cuenta de otra entidad? ¿No originaría esta actitud también cierta confusión e inseguridad jurídica? Además, ¿por qué modificar el régimen en las actuaciones por representación? La normativa se aplica a las Administraciones públicas en su totalidad, sin distinguir si actúan en su propio nombre o en el de un tercero, que, por cierto, es una entidad dependiente y

vinculada a la misma. Incluso, ¿cuándo puede decirse que una Administración no actúa en representación de intereses ajenos? En fin, no me parece muy coherente, además de algo peligrosa, esa posibilidad admitida por el Tribunal de Justicia.

3. La contratación entre las Administraciones y sus personificaciones instrumentales (la sentencia de 10 de noviembre de 1998).

Una nueva oportunidad para profundizar y matizar el régimen de contratación de los organismos y entidades públicas surgió con un nuevo conflicto suscitado esta vez en Holanda por la contratación de los servicios municipales de recogida de residuos.

Varios Ayuntamientos holandeses decidieron fusionar sus servicios de recogida de basuras para lo que crearon una sociedad anónima de capital mayoritariamente público (90% de las acciones pertenecía a las Administraciones municipales) a la que se encomendó la recogida de basuras y la limpieza de las vías públicas. Con posterioridad, los Ayuntamientos decidieron distribuir de manera selectiva la recogida de residuos. La sociedad creada se encargaría de las basuras domésticas y otra sociedad mercantil de los residuos industriales. Además, se creó una entidad que, como sociedad holding, poseía todas las acciones de las otras sociedades.

Ante estas actuaciones una sociedad mercantil privada (BFI Holding BV), dedicada a la recogida de residuos, suscitó un conflicto judicial al entender que la contratación de los servicios de basuras por los Ayuntamientos debía someterse a la Directiva 92/50 y a la normativa holandesa sobre contratación. Un primer pronunciamiento dio la razón a la sociedad mercantil, al afirmar que no era aplicable el artículo 6º de la Directiva, que regula un supuesto de exclusión del régimen de concurrencia. Este precepto establece que *«la presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo a la letra b) del artículo 1, sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado»*. La sentencia declaró que los Ayuntamientos no habían atribuido a la sociedad anónima un derecho en exclusiva y, por ello, no estaba excluido el contrato de recogida de residuos de las reglas de publicidad y concurrencia.

Apelada la sentencia por los Ayuntamientos interesados, el Tribunal holandés planteó varias cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Comunidad. El Tribunal de segunda instancia sí advertía la existencia de un derecho exclusivo de recogida de residuos, ya que en los términos municipales la misma sólo se podía realizar por la sociedad específicamente creada. Pero consideró conveniente matizar la naturaleza de esta actividad: si podía calificarse de interés público, comercial o industrial; si ambas notas eran excluyentes o podían en algún caso ser compatibles. Todo ello a los efectos de excluir con rigor el régimen de contratación pública, según el artículo 6º de la Directiva, que exige que la entidad contratista haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o comercial (términos que utiliza el artículo 1º b) de la Directiva).

De nuevo se suscitaba ante el Tribunal de Justicia un conflicto cuyo núcleo era delimitar si una sociedad anónima, en este caso perteneciente a varios Municipios,

era un Organismo adjudicador a los efectos de la normativa de contratación. En concreto, si concurría el requisito de que realizara una actividad de interés general, que no tuviera carácter mercantil.

Prima facie los términos de la Directiva parecen contraponer por un lado las necesidades de interés general de las actividades comerciales o industriales. Las entidades que realizan actividades mercantiles quedan fuera del ámbito de la normativa de contratación; para que una entidad instrumental se someta a este régimen debe satisfacer necesidades de interés general, como hemos visto. Parece, en consecuencia, que ambas actividades se contraponen.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia, quizá animado por un criterio flexible al amparo de la complejidad de situaciones que la realidad ofrece, ha introducido un importante matiz. Ha admitido que pueden existir actividades de interés general que tienen también carácter comercial o industrial y otras en las que no concurre ese carácter:

"la única interpretación que puede garantizar el efecto útil del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 92/50 consiste en considerar que este párrafo ha creado, dentro de la categoría de necesidades de interés general, una subcategoría con las necesidades que no tengan carácter industrial o mercantil. En efecto, si el legislador comunitario hubiera estimado que todas las necesidades de interés general no tienen carácter industrial o mercantil, no lo habría especificado ya que, desde este punto de vista, el segundo elemento de la definición carecería de utilidad."

La explicación queda, a mi entender, algo escueta. De lo que se trata es de justificar que la sociedad municipal es un Organismo público a los efectos de la Directiva, por ello, debía haberse insistido en que la nota esencial es la prestación de necesidades de interés general, en este caso, la recogida de residuos. Sólo cuando las actividades que se desempeñan son mercantiles o industriales, en su totalidad sometidas a los avatares del tráfico jurídico privado y de una situación de libre mercado, está justificado que queden excluidas del ámbito de la contratación pública. Y, en el presente caso, la recogida de basuras es indiscutiblemente una prestación de interés general, aunque en otros municipios holandeses se preste por empresas privadas. En palabras del Tribunal, esta prestación, por su implicación con la salud pública y la protección ambiental:

"pertenece a aquellas respecto de las cuales un Estado puede decidir que deben ser realizadas por autoridades públicas o sobre las que dicho Estado quiere conservar una influencia determinante".

Sí destaca el Tribunal que a la hora de delimitar cuándo una actividad es de interés general no debe ser utilizado como criterio único el de conocer si dicha prestación puede también realizarse por empresas privadas. El hecho de que existan empresas privadas que en otros territorios satisfagan esas necesidades de interés general no implica que un Organismo público pierda la condición de "poder adjudicador". Desde el punto de vista del Tribunal:

"A este respecto, debe destacarse, en primer lugar, que el primer gui3n del p3rrafo segundo de la letra b) del art3culo 1 de la Directiva 92/50 s3lo se refiere a las necesidades que el organismo ha de satisfacer y no se refiere en modo alguno a la circunstancia de que dichas necesidades tambi3n puedan ser satisfechas o no por empresas privadas... Adem3s, dado que es dif3cil imaginar actividades que no puedan ser realizadas en ning3n caso por empresas privadas, el requisito de que no haya empresas privadas que puedan satisfacer las necesidades para las que se cre3 un determinado organismo podr3a desustanciar el concepto de organismo de Derecho p3blico al que se refiere la letra b) del art3culo 1 de la Directiva 92/50."

La finalidad de las Directivas de contrataci3n es que las Administraciones y sus entidades no eludan el r3gimen de publicidad y concurrencia en sus contratos. Toda entidad p3blica, que satisfaga intereses generales, debe someter su actividad contractual a los dictados de la normativa de contrataci3n, con independencia de que existan empresas privadas en el mismo sector. Las Directivas se dirigen a garantizar la correcta actuaci3n de los poderes p3blicos.

La conclusi3n de que las sociedades municipales de recogida de basuras atienden necesidades de inter3s general, aunque tambi3n comerciales, conduce a que los contratos celebrados entre los Ayuntamientos y estas sociedades queden excluidos del r3gimen de publicidad y concurrencia. No abunda el Tribunal de Justicia en esta importante y, por lo dem3s, obvia conclusi3n. Las sociedades municipales, aunque cuenten con personalidad jur3dica propia, constituyen un modo de organizaci3n municipal, es una opci3n de gesti3n de servicios p3blicos. De ah3 que resulte absurdo obligar a las Administraciones p3blicas a promover una licitaci3n concurrente cuando tienen a su disposici3n los medios necesarios en empresas vinculadas y dependientes.

Adem3s, subraya el Tribunal de Justicia que el hecho de que las Administraciones contraten con sus propias sociedades filiales no quiebra los principios de libre competencia. Las reglas de competencia se garantizan de manera esencial con el r3gimen establecido en los antiguos art3culos 85 y 86 del Tratado de Roma, con el sistema de limitaci3n de las ayudas p3blicas, no con la carga de obligar a las Administraciones a promover una p3blica licitaci3n cuando cuenta con medios y servicios necesarios para cumplir sus funciones.

No ser3 3sta desde luego la 3ltima vez que los jueces de Luxemburgo se vean obligados a ocuparse de estas cuestiones. La complejidad del 3mbito subjetivo de aplicaci3n de las normas sobre contrataci3n p3blicas permite predecir un sinf3n de conflictos. Y es probable que no resulte ocioso ocuparse de ellos en estas p3ginas.

OJO EN SENTIDO MUY SIMILAR: STJ DE 1 DE FEBRERO DE 2001 QUE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO DE FRANCIA DE LA DIRECTIVA DE CONTRATOS DE OBRAS, AL NO DIFUNDIR LOS CONTRATOS DE VARIAS SOCIEDADES DE GESTIÓN DE CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS.