

**SOCIEDADES MERCANTILES Y REALIZACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS:
INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA COMUNITARIA DE CONTRATACIÓN,
EXTRALIMITACIÓN DEL MARGEN CONSTITUCIONAL DE RESERVA DE
DERECHO ADMINISTRATIVO E INCONGRUENCIA EN EL EMPLEO DE LAS
TÉCNICAS DE AUTOORGANIZACIÓN PARA LA GESTIÓN DE
ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS**

Por

PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ
Profesora Doctora de Derecho Administrativo
Universidad de Vigo¹

pvalcarcel@uvigo.es

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.- II. SINOPSIS DE LAS CAUSAS REALES QUE HAN LLEVADO A LA PROLIFERACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS PARA EJECUTAR OBRAS PÚBLICAS: DESDE EL PUNTO DE VISTA CONTABLE, DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DE LA AUTOORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.- III. EL HALO DE CORDURA SENTADO POR LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE: EN PARTICULAR LAS SSTJCE DE 15 DE MAYO DE 2003 (AS. 214/00); DE 16 DE OCTUBRE DE 2003 (AS. 283/00), DE 13 DE ENERO DE 2005 (AS. C-84/03) Y DE 11 DE ENERO DE 2005 (ASUNTO C-26/03).- IV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS: LA CONVENIENTE COMPLEMENTARIEDAD DE LOS CRITERIOS MATERIAL Y SUBJETIVO PARA AFRONTAR LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El discurso que sigue ha querido ser, en realidad, un elenco escueto pero conciso de reflexiones de orden conclusivo orientadas a insistir, nuevamente, en lo que con tozudo denuedo académico, que no voluntarista, el grueso de la doctrina administrativa española con incansable paciencia ha venido sosteniendo tiempo ha para denunciar el vapuleo que el sistema jurídico –público- padece cuando aduciendo un respeto – aparente- al margen de maniobra que en éste se reconoce a los poderes públicos para afrontar su quehacer ordinario y abusando del mismo se tergiversan los fines legítimos

¹ El presente trabajo es fruto del Proyecto de Investigación sobre Servicios Económicos Regulados (GISER) del Ministerio de Educación y Ciencia. Código de referencia SEJ2005-03219/JURI, concedido para el período 2005-2007.

que lo amparan. Esto es, el trabajo que ofrecemos persevera en una línea argumental sobradamente conocida, aunque en la práctica menos observada de lo debido, que puede enmarcarse bajo el ropaje genérico de “crítica a la huida del Derecho administrativo”. Es por ello por lo que tomamos licencia para afrontar la exposición sin descender en profundas exégesis de principio y, asumiendo como válidos los postulados sustanciales en los que la anterior descansa, nos limitaremos, desde la perspectiva concreta de la realización de obras públicas, a sumar a cuanto sobre el tema se ha dicho una rápida visión explicativa de la razón de fondo que ha inspirado el dislate y a hacer una lectura del razonamiento manifestado por el TJCE en algunos de sus pronunciamientos más recientes cuyo ejemplo de coherencia sistemática sirve de modelo argumental que trasciende el propio Derecho comunitario.

El punto de partida radica en la constatación de un dato: que la creación por Administraciones Públicas de personificaciones jurídico-privadas, en concreto, de sociedades mercantiles, para cumplir con la realización de fines meridianamente públicos –en lo que ahora interesa, la ejecución de obras públicas- ha sido un campo de cultivo especialmente fecundo en los últimos tres lustros ². Diversos motivos han alentado el fenómeno, pero en la solución ensayada se atisba, en no pocas ocasiones, una última pretensión espuria que no resiste el juicio crítico más benevolente si desde la hermenéutica ortodoxa que el núcleo último del sistema jurídico administrativo consagrado en la Constitución impone -y, en distinta medida y forma, por el Derecho comunitario-, se somete a una irremediable prueba de legalidad. De ahí que en su misma esencia estas personificaciones lleven larvado el germen de su cuestionamiento, -¿de su fracaso?, en términos relativos-, Aunque..... no siempre, o mejor, no siempre desde la misma óptica.

² Esta forma de ejecución de obras se emplea en los tres niveles territoriales. Sin ánimo exhaustivo, en el Estado destaca el caso de TRAGSA- que no obstante presenta alguna particularidad que la exime de todas las críticas vertidas en este trabajo – o las sociedades para la construcción y explotación de carreteras y obras hidráulicas que facultó a crear el artículo 158 de la ley 13/1996 y que tuvo especial trascendencia en lo que al segundo tipo de obras se refiere, según demuestra la existencia de sociedades como ACESA, Aguas del Duero, Aguas del Segura, o Aguas del Júcar, entre otras –cuya regulación de cabecera se recondujo, luego, al artículo 132 del R.D-Legs. 1/2001. Sin olvidar, tampoco, el recurso a las mismas con motivo de la contratación llevada a cabo para realizar la infraestructura precisa para la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona y de la Expo de Sevilla. En el marco autonómico pueden traerse a colación los casos de GISA, sociedad mercantil creada por la Generalidad de Cataluña en 1990; GICALSA, constituida en 1995 por la Comunidad de Castilla-León: o de ARPEGIO en la Comunidad de

El planteamiento inicial es bien simple: como ordenamiento jurídico, el administrativo, se asienta sobre una serie de elementos, de pilares básicos cuya consolidación es fruto de un camino, de una herencia histórica, de una opción, y que son los que lo identifican y definen. Dentro del mismo, pese al considerable espacio de maniobra que se permite a los poderes públicos para actualizarlo, para cumplirlo sin atentar contra su esencia, existen un cúmulo de reglas particulares, nucleares, irrenunciables, de obligado cumplimiento cuyo cuestionamiento o inobservancia, como mínimo, pondría en tela de juicio la necesidad de modificar esos principios estructurales, que si se han formulado es porque se entiende que de ellos depende la adecuada consecución de las finalidades a que se debe la Administración.

Llevado al terreno de la temática propuesta, resumidamente podría entenderse lo insinuado considerando que: si en el sistema español se ha consagrado sólidamente la figura de los contratos administrativos para convenir con terceros la realización de ciertas prestaciones de marcado fin público -como lo es la ejecución de obras públicas, actividad materialmente administrativa-, cuando estemos ante una obra pública que va a ser contratada con terceros, no cabe desatender dicho cuerpo normativo; es decir, no puede sino perfeccionarse un contrato administrativo con todas las consecuencias que de ello se derivan. No hay opción alternativa a su aplicación, so pena de cuestionar la autenticidad como ciencia seria y rigurosa del Derecho, de entender que se puede hacer una aplicación de ese cuerpo legal “a la carta”, algo que, desde luego, descartamos. Desde el punto de vista administrativo, resulta, como poco, un contrasentido jurídico contratar la ejecución de una obra pública perfeccionando un negocio jurídico privado, como viene ocurriendo cuando se crean el tipo de sociedades mercantiles a las que nos referimos.

No se nos malinterprete. No se trata de defender a ultranza o de forma obstinada una opción, la existente conforme a una concepción actual del Derecho administrativo: su aplicación cuando se trata de atender funciones administrativas. Pudiera ser que tras una reflexión madurada más profunda del sistema actual se llegase a la conclusión de que es conveniente o necesario cambiar la esencia de nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, pero ese es otro debate. Se trata, más bien, de apuntar que de conformidad con el vigente, la expuesta es la solución cabal, la única con las “leyes de la ciencia jurídica en la mano”. Si se dice que la jurídica es una ciencia es porque, entre otras cosas, tiene una metodología, un rigor, una seriedad, si la menospreciamos permitiendo envites como los que en el ámbito de la “huida del Derecho administrativo”

Madrid. En el marco local cabe cita a la sociedad Bideak-Bizkaio Bideak, en manos de la Diputación Foral de Vizcaya.

se han propiciado, la rompemos, la cuestionamos, la convertimos en un sucedáneo de cienciaología.

Apenas unas pocas líneas son suficientes para esbozar los principales motivos que impulsaron en particular la proliferación de este y no de otro tipo de personificaciones, sociedades mercantiles, cuyo objeto social era y es la realización de obras públicas: se trata de una manifestación más de la general tendencia de descentralización de funciones públicas de la que han hecho tanta gala en los últimos tiempos las Administraciones públicas españolas en aras de una pretendida mayor eficacia en la gestión de su actividad. En el marco de ésta, el tipo de personificación empleado - sociedades mercantiles- responde, de un lado, al intento de escapar a la aplicación de buena parte de las disposiciones que integran el Derecho de la contratación pública y, de otro, coyunturalmente, venía bien para alcanzar los criterios de convergencia necesarios para entrar en el euro debido a las normas de contabilidad que les resultan de aplicación. Fue, pues, toda una mezcla (explosiva??) de motivos, de tres motivos, los que alentaron la tendencia.

Evidentemente, cuando se apostó por esta alternativa, no todas las metas con ella anheladas eran igualmente confesables, pues, en el fondo, se es consciente de que no todas responden a un escrupuloso cumplimiento de la legalidad vigente y de que algunas encierran un trasfondo criticable que es preciso maquillar. Antes al contrario, su puesta en marcha fue factible porque se propiciaba desde las irremediables zonas grises (para algunos no tan grises) que el carácter abstracto y general de la ley favorece - en el que no pocas veces se amparan quienes no tienen reparo en abusar del Derecho para conseguir sus fines particulares a toda costa- y que sólo con la experiencia que aporta el paso del tiempo se pueden ir limando. El fenómeno adquiere un cariz más preocupante cuando el abusador es encarnado por los poderes públicos -las Administraciones públicas, nacidas para servir al interés general, (según reza el artículo 103.1 CE), con la aquiescencia del legislador-, quienes no predicán con el ejemplo, quienes intentan zafarse del cumplimiento del Derecho, quienes desatienden el espíritu de la "Ley", del sistema jurídico, y consienten y fuerzan situaciones que para quienes tienen un mínimo de delicadeza jurídico-pública, es notorio que, al menos algo, chirrían.

De ahí que ante el permisible margen de autoorganización pública sancionado en nuestro Derecho, la consecución de una mayor "agilidad" se convirtiese en el objetivo más fácilmente invocable y, por tanto, en argumento suficientemente atractivo para erigirse en adalid de la solución, ¿quién en su sano juicio se opondría a una mejor y más rápida gestión de asuntos públicos?. Tan atractivo propósito logró eclipsar los inconvenientes que ya desde el origen se asociaban a las otras pretensiones. Pero, como se suele decir, "el tiempo pone las cosas en su sitio" y poco a poco cuando

emergen los problemas el camino de la legalidad y del sentido común jurídico se va abriendo paso. Al enderezamiento de la situación está contribuyendo en gran medida, tanto directa como indirectamente, el contenido de la reciente jurisprudencia del TJCE. No obstante, conviene analizar de forma separada cada uno de los tres fines que con la creación de estas personificaciones se buscaba.

II. SINOPSIS DE LAS CAUSAS REALES QUE HAN LLEVADO A LA PROLIFERACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS PARA EJECUTAR OBRAS PÚBLICAS: DESDE EL PUNTO DE VISTA CONTABLE, DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DE LA AUTOORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Como ha quedado insinuado tres motivos son los que influyen en el auge de este tipo de personificaciones privadas para realizar obras públicas:

*- En lo que hace a la **contabilidad pública** digamos no más que al aliciente que representaba la creación de estas sociedades para ejecutar obras públicas ya se ha puesto freno. Obedecía a que las normas contables que se les aplicaba, a pesar de que estas empresas integran el “bloque de lo público”³, permitían que sus deudas no computasen a efectos de alcanzar los llamados criterios de convergencia de Maastricht, requisito necesario para estar en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria. Dados los elevados costes a los que asciende la ejecución de obras públicas, el contar con esta vía de escape para su cómputo, no era insignificante. La proliferación en España de sociedades mercantiles con este fin hizo que se conociese esta técnica como “modelo español”⁴.

*- **En cuanto a la contratación.** Si de lo que se trata es de canalizar el cumplimiento de fines directamente públicos, la realización de obras públicas, no puede obviarse que,

³ Cfr. PIÑAR MAÑAS, J.L., “Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España”, en *REDA* n.º 84. 1994.

⁴ Cfr. PINA, V.; TORRES, L.; ACERETE, J.B.; *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, Aeca, Madrid, 2003, págs. 23 y ss.; ACERETE GIL, J.B.; *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 2004, págs.133-133 y ss. Acerca de las nuevas normas contables resultan capitales los trabajos de CARRASCO CANALS, F.; *Fundamentos del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales. (SEC 95)*, Pirámide, Madrid, 1999; y *El Sistema Europeo de Cuentas y los Tratados de la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2000. CASADO ROBLEDO, S.; *La contabilidad de las Administraciones públicas*, Icac, Madrid, 2003. PASCUAL GARCÍA, J.; *Régimen jurídico del gasto público. Presupuestación, ejecución y control*. BOE, Estudios jurídicos, 2003.

tanto desde el Derecho comunitario como desde nuestro propio sistema normativo encabezado por la Constitución, se imponen ciertas cautelas.

Por lo que se refiere al Derecho comunitario, prescindiendo de mayores profundizaciones por el cariz del trabajo, digamos resumidamente, que desde antiguo se ha considerado imprescindible para garantizar el cumplimiento de algunos de los objetivos consustanciales a la existencia de la hoy U.E. la apertura a la competencia de la contratación pública, en nuestro caso de obras. De ahí que actualmente los Estados miembros hayan de estar a lo dispuesto en la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios ⁵, (que, en lo sustancial, viene a refundir el contenido de sus antecesoras por lo que el contenido de lo que en relación con ellas veremos sostiene en sus sentencias el TJCE sigue vigente), aplicable sin excepción cuando se cumplan los presupuestos previstos en ella. Por descontado no desconocemos que desde el Derecho comunitario no se defiende directamente un modelo de sistema jurídico concreto, antes al contrario, la libertad de los Estados nacionales es plena mientras acaten las directrices comunitarias. Ahora bien, la naturaleza de los lúcidos argumentos de fondo vertidos por el TJCE en distintas sentencias en materia de contratos tratando de velar por el cumplimiento de los fines de la Unión, constituyen un ejemplo de custodia de un orden jurídico propio, el comunitario, y supone un toque de atención a los poderes públicos los Estados miembros. Al menos, por lo que ahora importa, habría de servir de lección a los españoles, que deberíamos seguirlo como pauta de principio de protección del sistema interno, y no sólo en lo que afecta al acatamiento del Derecho comunitario de contratación pública.

Atendiendo al Derecho estrictamente interno, con el texto constitucional en la mano, se impone ir incluso más allá. El juego combinado de los artículos 149.1.18.^a, 149.1.24.^a y 148.1.4.^a, arroja una lectura clara a favor de entender una reserva de Derecho administrativo en la ejecución de obras públicas, que deriva en que la contratación que de su realización pueda acordarse con terceros haya de formalizarse en un contrato administrativo.

El problema principal que lleva aparejada la creación de sociedades mercantiles surge cuando la entidad matriz a la que pertenecen les atribuye la provisión de una o más obras públicas y éstas en lugar de afrontar por sí mismas el encargo, proceden a

⁵ DOUE de 20 de abril de 2004.

contratar con terceros su ejecución, situación que, salvo algunas excepciones, es la más frecuente ⁶.

Resulta que, en coherencia con su naturaleza privada, las normas españolas declaran que estas personificaciones han de regirse por el Derecho privado, por lo que, salvo en lo concerniente a las normas sobre publicidad y concurrencia a que han de someterse las licitaciones que convoquen, estaban siempre excluidas del ámbito de aplicación de la norma española en la que se encuentra traspuesta la Directiva sobre contratos públicos de obras independientemente del tipo de actividad que realizasen. Y ocurre que el reducto de los llamados actos separables es claramente insuficiente tratándose de la contratación de obras públicas. Para el Derecho comunitario, porque, en lo sustancial, supone dejar al margen la aplicación directa las normas que regulan los procedimientos de adjudicación. Atendiendo al sistema español, particularmente a la categoría del contrato administrativo, la citada inaplicación afecta, además, a la regulación de fondo sobre ejecución y extinción del contrato, que pasan a regirse por el Derecho privado, minando la reserva constitucional de Derecho administrativo a la que se ha aludido.

Si, por el contrario, la personificación afrontase por sí misma la ejecución de las obras sin contratarlas, el problema se reconduciría al marco de los límites de la autoorganización administrativa y radicaría en evaluar si la creación de este tipo de personificaciones privadas para atender directamente fines públicos es lo más adecuado. Pero sobre este punto volveremos con posterioridad.

En fin, volviendo a los supuestos en los que estas sociedades proceden a contratar con terceros la ejecución de las obras, cabe reconocer que las categóricas advertencias doctrinales acerca de lo impropio de esta técnica ⁷ habían venido cayendo en saco roto siendo desatendidas de forma reiterada por los poderes legislativo y ejecutivo, en una suerte de empecinada obstinación por conseguir a toda costa huir de la sujeción al

⁶ Sobre la contratación de estas entidades, puede verse, por todos, VILLABA PÉREZ, F.; *La contratación de las sociedades en manos de las Administraciones públicas: Principios de publicidad y concurrencia. Fundamentos de su publicación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003. ORTIZ VAAMONDE, S.; *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, La Ley, Madrid, 2004.

⁷ Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)”, *RAP* n.º144, 1997, págs. 45-73; FUERTES, M.; “Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en *REALA* n.º 279, 1999, págs. 25-34.

Derecho Administrativo. Ha tenido que mediar el TJCE para poner algunos puntos sobre íes y, en parte, solo en parte, solucionar el desaguisado.

Aunque existen resoluciones anteriores, por lo que a España respecta y directamente relacionado con la situación descrita, hay que tener en cuenta tres pronunciamientos singulares. Los contenidos en las SSTJCE de 15 de mayo de 2003 (As. 214/00); de 16 de octubre de 2003 (As. 283/00) y la más reciente de 13 de enero de 2005 (As. C-84/03), que han sido acogidas con entusiasmo por la doctrina más autorizada ⁸.

En estas resoluciones ocupa un lugar destacado el esfuerzo que realiza el Tribunal comunitario por hacer ver que los conceptos de “entidad adjudicadora” y “organismo de derecho público”, a los efectos de considerar aplicables o no las Directivas comunitarias en materia de contratación, tienen un marcado sentido funcional. Es decir, que ha de abstraerse el hecho de que en los ordenamientos jurídicos de cada uno de los Estados miembros existan cuantas matizaciones semánticas se quiera sobre el tipo de personificaciones a cuya creación puedan recurrir los poderes públicos. Esta es la razón por la que se condena al Reino de España, que por obra de su legislador había desatendiendo esta filosofía permitiendo que estas sociedades quedasen fuera del ámbito de aplicación de parte de las normas contenidas en el TRLCAP y traen causa de la trasposición de las Directivas comunitarias en la materia.

El TJCE sabiamente entiende improcedente la forma en que el legislador español concreta el ámbito de aplicación de la norma que traspone la Directiva comunitaria pues, de acuerdo con las pautas comunitarias de índole funcional establecidas para determinar el concepto de “entidad adjudicadora” que ha de quedar sometida a estas disposiciones, las mencionadas sociedades son “organismos de derecho público”. Habida cuenta de la asociación de ideas que evoca esta denominación (“organismo de derecho público”), que

⁸ Cfr. PIÑAR MAÑAS, J.L.; “La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos, y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas”, *Actualidad Aranzadi*, 10 de julio de 2003, págs. 1-6.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho Administrativo en materia de entes sujetos al derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas (Sentencia Comisión c. España C-214/00, de 15 de mayo de 2003”, en *REDA* n.º 119, 2003, págs. 471-487; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; “Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión de las normas comunitarias sobre la contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones públicas (sentencia Comisión contra España, de 16 de octubre de 2003, C-283/00)”, en *REDA* n.º 120, 2003, págs. 667-677; MORENO MOLINA, J.A.; “Reciente evolución del derecho comunitario de la contratación pública. El asunto C-214/2000. Comisión contra España”, en *Contratación de las*

en nuestro Derecho sugiere la existencia de una personificación de jurídico- pública, ya se ha hecho notar que en Derecho comunitario se emplea en un sentido puramente funcional, esto es, haciendo completa abstracción de las reminiscencias que tenga en los Derechos de cada uno de los Estados miembros. De tal manera que para comprobar si un ente en mano pública que actúa como adjudicador de contratos ha de ser considerado “organismo de Derecho público” conforme a la normativa comunitaria, hay que limitarse a verificar si dichos entes cumplen los tres requisitos acumulativos que se enuncian en el artículo 1, letra b), párrafo segundo de la Directivas 93/37, (ahora de la Directiva 2004/18), es decir, debe tratarse de un organismo creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, que esté dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público. Lo que a todas luces acontece en el caso de sociedades mercantiles creadas para actuar como intermediarias en la contratación con terceros de obras públicas. Dicho en otras palabras, a los ojos comunitarios el tipo de personificación es indiferente para determinar si ha de aplicarse o no la normativa sobre contratación pública. El estatuto de derecho privado en el que Estados como España pretendieron ampararse -directa o consentidamente en procura de otros fines-, para burlar la aplicación de esta normativa no puede suponer de plano la no consideración de estos entes como entidades adjudicadoras si concurren los anteriores requisitos. Como mantiene reiteradamente el TJCE *“La diferencia entre forma de personificación, que puede ser convencionalmente la que se quiera y la naturaleza de la actividad que tal persona realiza es aquí lo esencial”*.

Los pronunciamientos indicados, en particular los dos primeros, determinaron que el legislador estatal hubiese de modificar los artículos referentes a la concreción del ámbito subjetivo de aplicación del TRLCAP. Lo hizo primeramente por medio del artículo 67 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. Este precepto procedió a declarar incluidas en el ámbito de cumplimiento del TRLCAP las sociedades mercantiles creadas para satisfacer fines públicos. Pero esto no era suficiente. Si bien constituía un primer paso, el remiendo no terminaba con el “sin-sentido” que parecía haberse convertido ya en un mal endémico. Como agudamente acertaron a ver los profesores PIÑAR MAÑAS y GARCÍA DE ENTERRÍA ⁹ *“resulta paladino que el nuevo texto sigue sin acomodarse plenamente a las exigencias*

Administraciones públicas: Análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 17-36.

⁹ Un comentario sobre la nueva situación y las causas que la alentaron lo hace GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; “Ámbito de aplicación de la Ley (artículos 1 a 9, inclusive)” en *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 100.

comunitarias y ello en cuanto (...) incluye solo a las sociedades de Derecho privado y se olvida incomprensiblemente de las fundaciones del sector público que es una técnica completamente usual hoy para la Administración, con el incomprensible apoyo del legislador para la huida del Derecho Administrativo que patológicamente se pretende por nuestras Administraciones”.

¿No le había llegado el rapapolvo al legislador español? ¿Era tan necia su terquedad? ¿No comprendía el significado de lo que por “funcionalidad” entiende el TJCE? Invoquemos los principios de buena fe y presunción de inocencia y entendamos que se trató de un lamentable olvido cuya subsanación ha llegado por medio del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública ¹⁰, que entre los diversos cambios normativos que instituye (casi podría decirse que es un Decreto-Ley de objeto diverso) su artículo trigésimo cuarto modifica algunos preceptos del TRLCAP que tienen que ver con su ámbito de aplicación, que se ha visto ampliado. En concreto, el artículo 1, el artículo 2.1, la disposición adicional sexta y, con un matiz distinto, el artículo 3, sobre negocios y contratos excluidos de la esfera del TRLCAP.

En suma, a la vista de la regulación vigente cualquier tipo de personificación creada por una Administración para realizar obras públicas que proceda a contratar con terceras personas, ha de regirse por el TRLCAP, cuando menos en la parte del mismo que traiga causa de la trasposición del Derecho comunitario de la contratación pública. Queda así salvado, aun a destiempo, el respeto por las Directivas comunitarias, pero ¿Qué pasa con el resto de la regulación sobre contratos administrativos de obra –pública-?. Le lección de buen hacer coherente dada por el TJCE debiera servir, a mayores, para hacer comprender que conforme a nuestro sistema jurídico todo contrato cuyo objeto lo constituya la realización de una obra pública es un contrato administrativo y, como tal, debe someterse plenamente al TRLCAP. El criterio de la funcionalidad, enunciable también en términos de teleología o finalidad, impone esta segunda consecuencia. Así lo ha visto últimamente al hilo de lo anterior el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA que continúa su razonamiento concluyendo que: *“las sociedades de derecho privado creadas por la Administración, así como las fundaciones del sector público de la misma procedencia, no deben limitar su sometimiento a la LCAP a sólo una parte de esta, sino a su integridad, como simples partes de la Administración que son”* cumpliendo fines públicos, en el caso de que ejecuten obras públicas. Este es el reto que todavía queda por alcanzar.

¹⁰ BOE n.º 62, de 14 de marzo de 2005.

*- En cuanto al margen de **autoorganización**.- ha quedado indicado que la constitución de estas empresas quiso presentarse como un remedio encaminado a lograr una mayor autonomía de gestión en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la ejecución de las obras públicas competencia de cada Administración. En este sentido, la solución elegida constituye un supuesto de descentralización funcional perfectamente admisible en nuestro Derecho y, por tanto, en principio, se inscribe dentro del legítimo margen de autotutela organizativa en el que pueden moverse las Administraciones Públicas. Pero.... sólo en principio. Y es que hasta en el mismo planteamiento de partida admitido puede localizarse algún “error o exceso de cálculo”. Veamos:

Ciertamente la legislación española es generosa al reconocer distintas vías para organizar las actuaciones que las Administraciones públicas han de acometer en las diversas esferas en las que se mueven. Y lo es desde varios puntos de vista. Así, tanto en lo que afecta a la decisión acerca de crear órganos administrativos o bien constituir personificaciones jurídicas, públicas o privadas, -existiendo, además, en este segundo caso un notable abanico de opciones posibles-, como, en segundo lugar y desde el punto de vista de la función que busca atenderse, permitiendo optar entre recurrir o no a la colaboración con terceros particulares. Mas la generosidad no ha de traducirse en una total polivalencia de alternativas. Por el contrario para decantarse por una solución hay que hilar fino. Esto supone la necesidad ponderar previamente los factores que pueden recortar el número de posibilidades. Si hablábamos antes de una reserva constitucional de Derecho Administrativo en todo lo que guarda relación con las obras públicas y existen fórmulas de descentralización funcional que no suponen la desatención a la aplicación de este derecho estatutario ¿Acaso no ha de verse un desatino jurídico el recurrir a la constitución de personificaciones jurídico-privadas para ello? ¿Acaso no queda garantizada la descentralización funcional con las personificaciones jurídico-públicas cuyo régimen de actuación sí es respetuoso con la reserva de Derecho Administrativo?. Honestamente, salvo las cuestionables razones mencionadas al principio de este estudio, no se me ocurre ninguna otra legítima que haga apropiada esta opción.

III. EL HALO DE CORDURA SENTADO POR LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE: EN PARTICULAR LAS SSTJCE DE 15 DE MAYO DE 2003 (AS. 214/00); DE 16 DE OCTUBRE DE 2003 (AS. 283/00), DE 13 DE ENERO DE 2005 (AS. C-84/03) Y DE 11 DE ENERO DE 2005 (ASUNTO C-26/03)

El TJCE, dictando sentencias de condena como las de 15 de mayo de 2003 (As. 214/00); de 16 de octubre de 2003 (As. 283/00), y de 13 de enero de 2005 (As. C-84/03), ha tenido que mediar y ha servido de impulso correctivo de la normativa básica que

regula la contratación pública en España. Más aún, aunque no directamente en relación con nuestro país, también ha dictado algunas resoluciones que tienen que ver con la vertiente organizativa a la que nos referimos y en las que se localizan algunas ideas que debieran servir para revisar y repensar el alcance de las técnicas de descentralización a las que se recurre en nuestro Derecho.

Entre todas ellas, es interesante la Sentencia de la Sala primera del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de enero de 2005, dictada en el asunto C-26/03, pues recoge una respuesta nítida sobre el punto que tratamos.

Aunque en el caso se ventilaba una duda concerniente a la aplicación de la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos públicos de servicios, las conclusiones vertidas por el alto Tribunal resultan plenamente reconducibles al ámbito de la regulación comunitaria en materia de contratación de obras, en tanto que resuelve atendiendo al objeto que persigue la normativa comunitaria de contratos públicos, que es común en ambos casos. El objetivo no es otro, como se recuerda en el apartado 44 de esta misma sentencia invocando una lineal jurisprudencia comunitaria en la materia, que disponer las condiciones adecuadas para garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros en materia de contratación pública.

Para comprender el desenlace previsto en la sentencia citada, no está de más conocer el motivo que fundó el pronunciamiento. El asunto resuelve una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por un órgano jurisdiccional alemán (el Oberlandesgericht Naumburg), en un procedimiento cuyas partes eran: de un lado, una entidad municipal y una empresa de economía mixta que estaba participada por la primera en un 75,9% y en una fracción minoritaria por una sociedad privada (Stadt Halle y la empresa de responsabilidad limitada creada en 1996 RPL Recyclingpark Lochau GMBH) y, de otro, una empresa totalmente privada (Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna) cuyo objeto social coincidía, al menos parcialmente, con el de la empresa semi-pública.

La controversia entre las partes surge a raíz del encargo que efectúa la entidad local - adoptado mediante acuerdo de la Junta Municipal de 12 de diciembre de 2001-, a favor de RPL Recyclingpark Lochau GMBH consistente en la elaboración de un proyecto para el tratamiento previo, valorización y eliminación de residuos municipales; así como del conocimiento por parte de Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna del inicio de negociaciones entre el ayuntamiento y RPL Recyclingpark Lochau GMBH para la celebración de un segundo contrato relativo a la eliminación de los vertidos residuales a partir del 1 de junio de 2005

y que convertiría a la sociedad participada en el inversor para la construcción de la planta térmica necesaria para eliminación y valorización de los residuos. En ninguno de los dos casos se había incoado formalmente un procedimiento de contratación pública.

Tras conocer la adjudicación del primer contrato sin que para ello se hubiese seguido el procedimiento previsto por las normas comunitarias en materia de contratos públicos, *Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, que estaba interesada concurrir a la licitación que, a su entender, debiera haberse convocado para adjudicar la prestación de los citados servicios, planteó ante la Sala de contratos públicos del *Regierungspräsidium Halle* un recurso con la intención de conseguir que se obligase a la entidad local a convocar la licitación pública que consideraba ilegalmente omitida.

Entre los motivos en que amparaba su defensa el ente local invocaba que la empresa *RPL Recyclingpark Lochau GMBH* era una empresa instrumental de él mismo, sobre la que ejercía un control y, por consiguiente se trataba de una “operación interna”, del encargo de un fin propio a una empresa suya, por lo que no era necesario aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

Para un pleno conocimiento de las circunstancias con trascendencia en la resolución de fondo es preciso poner de relieve, y así se desprende de la Sentencia comentada, que el objeto social de *RPL Recyclingpark Lochau GMBH* consiste en la explotación de plantas de reciclado y eliminación de residuos; que en su funcionamiento los acuerdos de la junta general de socios se adoptan bien por mayoría simple, bien por mayoría cualificada del 75 % de los votos y que en la actualidad su dirección comercial y técnica se ha cedido a una empresa ajena, si bien la *Stadt Halle* está facultada para realizar auditorías sobre sus cuentas.

Pese a que el órgano jurisdiccional alemán que conocía del recurso estimaba ya que la solución debía ir por los derroteros que finalmente marca el TJCE ¹¹, resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales. De ellas, nos interesa la segunda. En concreto solicitaba al Tribunal le aclarase si en el supuesto de que, por una parte, una entidad adjudicadora, como por

¹¹ Entendía que en este caso no podía mantenerse la existencia de una “operación interna”, en tanto que la participación minoritaria privada en la empresa de economía mixta superaba el umbral del 10 % a partir del cual, con arreglo a la normativa alemana sobre las sociedades de responsabilidad limitada, existe una minoría que dispone de determinados derechos; y que, por otra parte, además, la actividad que *RPL Recyclingpark Lochau GMBH* realizaba para la *Stadt Halle* permitía prever con suficiente certeza que esta sociedad destinaría sólo el 61,25 % de su capacidad a la citada actividad, por lo que estaba obligada a obtener pedidos en el mercado en el que operaba para dar salida al resto de su capacidad.

ejemplo un ente territorial, proyectase celebrar, con una entidad formalmente distinta de ella pero sobre la que ejerce un control, un contrato de servicios a título oneroso sometido a la Directiva [92/50], cabría considerar, con carácter excepcional, que no existe propiamente un contrato público de servicios en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50 porque pueda entenderse que el contratista forma parte de la Administración pública o de los servicios de la entidad adjudicadora; esto es, pueda concebirse la relación entre ambas como una “operación interna exenta de la obligación de licitación”. Más aún plantea si la calificación de un contrato como “operación interna exenta de la obligación de licitación” está excluida en todos los casos en que una empresa privada participe en el capital social del contratista con arreglo al Derecho societario. En caso de respuesta negativa a esta última cuestión solicitaba, además, se le aclarase bajo qué condiciones hay que entender que un contratista en cuyo capital social participa con arreglo al Derecho societario una sociedad privada controlada, en parte, por el sector público forma parte de la Administración pública o de los servicios de la entidad adjudicadora.

Así expuesto el problema, el Tribunal entra a terciar en el fondo de la cuestión planteada y tras recordar en el apartado 47 que ya había declarado ¹², en relación con la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro que ésta debía aplicarse: *“cuando una entidad adjudicadora proyecta celebrar con una entidad jurídicamente distinta de ella un contrato a título oneroso, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora”*, -eso sí, señala que en aquel asunto el contratista era una mancomunidad constituida por varias entidades adjudicadoras, de la que formaba parte asimismo la entidad adjudicadora de que se trataba-, resuelve los interrogantes formulados de forma meridiana en los apartados 48 a 52 de la sentencia que por su claridad y no excesiva extensión merece la pena reproducir aquí textualmente el núcleo del razonamiento:

Declara que (apartado 48): *“Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos.”*

¹² STJCE de 18 de noviembre de 1999, Teckal, Asunto C-107/98, Rec. p. I-8121, apartados 50 y 51.

De tal suerte que (apartado 49): “(...), no está excluido que puedan darse otras circunstancias en las que la licitación no sea obligatoria aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Esto sucede en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan. (...) En cambio, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios”.

En este punto estima que es preciso señalar:

Primero.- (apartado 50): “(...) que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta”.

Segundo.- (apartado 51) que: “la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores”.

De donde, en definitiva, concluye que (apartado 52): “en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva”.

Recomponiendo a la luz de lo transcrito una conclusión para el caso de las sociedades mercantiles que nos ocupa, y aún más general, de la doctrina sentada por el TJCE puede sentarse que:

1.- Cuando una Administración crease una personificación jurídico-privada para que atiende por sí misma fines públicos y ésta está bajo su control en todos los órdenes, nos

situamos en el campo estricto de las opciones de autoorganización administrativa. Si estaríamos ante una “operación interna exenta de la obligación de licitación”. La Administración matriz ordenará a la sociedad la realización de los cometidos que considere y ésta tendrá que realizarlos. La relación entre ambas no se sustenta en la existencia de ningún contrato. No se trata de que la Administración contrate con su propia sociedad, ésta no tiene posibilidad alguna de negarse a cumplir el encargo que se le asigna. Cuestión diferente es que la Administración matriz no tuviese mejor opción que la de valerse de la creación de una persona jurídico-privada. En efecto, nuestro ordenamiento proporciona mejores alternativas y considerando cuanto hemos apuntado acerca de la reserva de Derecho Administrativo, tendría que acogerse a las mismas ¹³.

2.- Si una Administración crease una personificación jurídico-privada con la pretensión de encomendarle un trabajo, una obra pública, que ésta procede a contratar con terceros particulares el contrato debiera regirse plenamente por las disposiciones contenidas en el TRLCAP.

¹³ Interesa traer a colación lo reconocido por la Audiencia nacional en sus sentencias de 26 de septiembre de 2001 y 29 de septiembre de 2000. Las dos se referían a una sociedad pública, TRAGSA, que no siempre contrata con terceros la realización de las obras que le encomiendan las Administraciones que la participan. Para cuando ello es así, en estos pronunciamientos la Audiencia nacional reconoce que: (sentencia de 26 de septiembre de 2001): “(...) TRAGSA es Administración Pública, que carece de autonomía para aceptar o rechazar trabajos encomendados por la Administración (...). En suma, las obras que realiza TRAGSA son, a todos los efectos obras que realiza la propia Administración, supuesto este previsto en el artículo 153 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (...)”. Y que (sentencia de 29 de septiembre de 2000): “cuando TRAGSA ejecuta las obras por orden de las Administraciones Públicas, (...), la clasificación jurídica procedente es la de considerar que se trata del supuesto de obras ejecutadas directamente por la Administración contemplado en el artículo 153 de la L.C.A.P. En tales casos es la norma la que restringe la competencia y las prácticas realizadas al amparo de aquélla no pueden ser perseguidas ni sancionadas por este Tribunal porque tienen amparo legal. Y, está acreditado en el expediente el enjuiciamiento del caso por la Comisión de la Comunidad Europea con el n.º 91/4476, que fue archivado con fecha de 17 de enero de 1995 sin formular reserva alguna, dando con ello por concluido el procedimiento de infracción abierto a TRAGSA por no encontrar vulneración del Derecho Comunitario”.

No en vano la nueva redacción conferida al artículo 3 TRLCAP por el R.D. 5/2005, de 11 de marzo, sobre “negocios y contratos excluidos” de su aplicación, incluye una letra l) por medio de la que se exceptúan del marco aplicativo de dicha Ley: “l) Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública”.

3.- En el caso de que una Administración crease o participase una personificación jurídico-privada con particulares cuyo objeto social se adecue al contenido de un encargo que la Administración desea realizar indirectamente, ésta no puede encomendárselo sin más directamente. A lo sumo, la sociedad podrá presentar su oferta como licitadora en el procedimiento concurrencial que se tenga que convocar.

Estas precisiones debieran ser tenidas en cuenta por el legislador y las Administraciones españolas para, partiendo de ellas, predicar con el ejemplo y siendo respetuosos con una legalidad que con la creación de personificaciones privadas para cumplir fines públicos está ignorando en numerosas ocasiones. Sería bueno acoger como consejo a seguir los razonamientos del TJCE para, de una vez, poner fin a este abuso.

IV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS: LA CONVENIENTE COMPLEMENTARIEDAD DE LOS CRITERIOS MATERIAL Y SUBJETIVO PARA AFRONTAR LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En conclusión, cabe cuestionarse si los aires que soplan desde el Derecho comunitario impulsan con fuerza la opción orientada al mantenimiento de una concepción primariamente funcional del Derecho administrativo, según la cual toda actividad materialmente administrativa se regiría por este ordenamiento con independencia del tipo de personificación jurídica en que pueda descentralizarla la Administración competente para atenderla.

Ahora bien, como apunta ORTIZ VAAMONDE¹⁴; en la práctica, el principal escollo de esta concepción estriba en deslindar qué funciones o actividades han de calificarse como materialmente administrativas, tarea para la cual, el camino más fácil y acaso inevitable es en verificar como núcleo central de esa genérica función administrativa si la asume, en términos de titularidad, una organización especialmente creadas para implementarla. No obstante lo dicho, no se insta a desechar de plano el criterio subjetivo conforme al cual también se ha enfocado la aplicación del Derecho Administrativo, pues aunque una concepción que base el Derecho administrativo exclusivamente en la presencia de una personificación jurídico-pública no es defendible pues lleva en sí misma una válvula de escape demasiado laxa, ha de abogarse por mantener una correspondencia entre actividad materialmente administrativa y forma de personificación jurídica, de donde se

¹⁴ ORTIZ VAAMONDE, S.; *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, La Ley, Madrid, 2004, pág. 53 y ss.

sigue una complementariedad entre los criterios material y subjetivo para concebir el Derecho administrativo ¹⁵.

¹⁵ Se encuentra un repaso de lo que se ha venido entendiendo por Derecho administrativo, así como una interpretación actual del mismo en el trabajo de MIR PUIGPELAT, O.; "El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional", *RAP* 162, 2003, págs. 47-87.