

LA NECESARIA INTERPRETACION SUBJETIVO-FUNCIONAL DEL CONCEPTO DE PODER ADJUDICADOR EN LA CONTRATACION PUBLICA

Por

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ
Profesor Titular de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. Introducción: la interpretación formal del ámbito subjetivo y la consecuente práctica legislativa como mecanismo de excepción a las reglas públicas contractuales.— II. La necesidad de un criterio corrector: la noción amplia y funcional de «poder adjudicador».—III. La solución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.—IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN: LA INTERPRETACIÓN FORMAL DEL ÁMBITO SUBJETIVO Y LA CONSECUENTE PRÁCTICA LEGISLATIVA COMO MECANISMO DE EXCEPCIÓN A LAS REGLAS PÚBLICAS CONTRACTUALES

Uno de los temas clave en la regulación de la contratación pública es, sin duda, el concepto de poder adjudicador, pues del mismo depende el éxito o fracaso de las reglas y principios de la misma, motivo por el que conviene seguir insistiendo en su concreta problemática práctica (1). Al efecto, puede comenzarse diciendo que un aspecto claramente positivo de la influencia de la normativa comunitaria en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995 (LCAP), frente a la anterior regulación contenida en la Ley de Contratos del Estado, lo tenemos en su ámbito subjetivo de aplicación, ya que tiene por objetivo reducir la crítica y constante «huida de la contratación pública» por parte de los poderes públicos (2). No obstante, esta afirmación conviene ser matizada debido a que la citada regulación está planteando serios problemas de interpretación en nuestra doctrina, motivados tanto por la sistemática legal (3) como

(1) Como bien es sabido, una de las principales causas de la escasa aplicación de la anterior normativa comunitaria obedecía a la práctica estatal por la que se exceptionaba de este régimen a determinados entes. C. BRECHON-MOULENES, *L'échec des Directives Travaux et Fournitures de 1971 et 1976*, «RFDA», núm. 4 (5), 1988, págs. 753 y ss.; C. HEN y G. GUILLERMIN, en su trabajo *Les marchés publics de fournitures et l'adaptation de la directive du 21 décembre 1976*, «RMC», núm. 332, 1989, págs. 646-648.

(2) Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, *El control de la contratación pública*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 115-144.

(3) PÉREZ MORENO ha definido, no sin razón, al sistema del ámbito de aplicación como un cuadro abirragado en el que resulta difícil encontrar un criterio delimitador. «La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público», en el libro col., dirigido por R. GÓMEZ-FERRER, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 862.

por los distintos criterios hermenéuticos utilizados para la concreción de su alcance, quizás motivados por la configuración amplia de la categoría de contrato administrativo por la que ha optado el legislador español —cuestión que, como es bien conocido, no se regula por las Directivas comunitarias— (4).

La finalidad, pues, de estas líneas es intentar aportar algo de claridad a este sombrío panorama, acudiendo a criterios interpretativos que permitan dar efectividad a lo deseado por el legislador comunitario (5). Máxime cuando la experiencia práctica pone de relieve que la regulación de la legislación española no cumple adecuadamente con las exigencias de claridad y certidumbre que en este aspecto, por exigencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (entre otras, Sentencia de 6 de mayo de 1980), requiere la incorporación de las normas comunitarias.

Al efecto, conviene recordar y desgranar el modelo de sujeción subjetiva, de carácter gradual, que ofrece la LCAP, que puede concretarse en lo siguiente (6):

A) Las Administraciones territoriales y los organismos autónomos se consideran en todo caso poder adjudicador, debiendo someterse a lo dispuesto por la Ley (art. 1.1 y 2 LCAP). Igualmente, conviene precisar que esta regulación será aplicable, como derecho supletorio, a los actos contractuales que realicen los órganos constitucionales (7).

B) Deben asimismo ajustar su actividad contractual a las reglas de la LCAP las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente fi-

(4) Configuración amplia de la figura de contrato administrativo que critica, entre otros, E. MALARET, «Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas», en el libro col. *El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 132-135.

(5) Partiendo del dato de que el Derecho comunitario, como recuerda J. A. MOLINA MORENO, no conoce de una noción única de Administración Pública, sino que, para cada sector o campo concreto, se define con mayor o menor amplitud. *El Derecho comunitario como impulsor de la formación de un Derecho administrativo común europeo. La noción comunitaria de Administración Pública*, «Noticias de la Unión Europea», núm. 169, 1999, pág. 22.

(6) Como destacan RUIZ OJEDA y BERNALDO DE QUIRÓS, la LCAP realiza un diseño gradual del ámbito de aplicación subjetiva. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 40. La Ley Foral 10/1998, de 19 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra, realiza una definición del ámbito subjetivo que, sin duda, resulta, a la par que clara, más adecuada al espíritu de la normativa comunitaria.

(7) Vid. LAVILLA RUBIRA, «La contratación de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional», en el libro col. *Derecho de los Contratos Públicos*, Praxis, Barcelona, 1995, págs. 155 y ss. En este mismo sentido, MONTERO CASADO DE AMEZUA, en el libro col. *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, BOE, Madrid, pág. 41.

nanciada por las Administraciones Públicas u otras entidades de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de Derecho público (art. 1.3 LCAP).

C) Las entidades de Derecho público que no estén incluidas en el supuesto anterior (art. 2.1) deberán aplicar las prescripciones relativas a la capacidad, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación respecto de contratos de obra, consultoría, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales relacionados con los primeros, siempre que se supere el umbral económico previsto por la norma y que la principal fuente de financiación de dichos contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes, directa o indirectamente, de cualesquiera Administraciones Públicas. A su vez, quedan sometidas a las referidas prescripciones las empresas privadas cuando las mismas hayan obtenido una subvención administrativa relacionada con el objeto del contrato superior al cincuenta por ciento del importe (art. 2.2 LCAP). En este caso, por la intensidad de la relación de especial sujeción derivada por la obtención de una medida de fomento de desarrollo económico se acude no al criterio subjetivo, sino al dato funcional de quién es el que realmente financia o asume el costo principal de dicho contrato, entendiéndose que en estos casos nos encontramos con la presencia indirecta pero decisiva de un poder público (8).

D) Finalmente, las sociedades estatales con forma mercantil deberán ajustar su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios (Disposición Adicional Sexta) (9).

Obviamente, no plantea problemas el supuesto de las Administraciones territoriales y de organismos autónomos (10). No puede predicarse lo mismo, sin embargo, en los supuestos de descentralización funcional, ya sea a través de la creación de entes públicos (en sus distintas variedades), ya sea

(8) El ámbito subjetivo de la LCAP no depende, en consecuencia, de la condición formal o institucional del sujeto, sino de los fondos que maneja cuando contrata. RUIZ OJEDA y BERNALDO DE QUIRÓS, *ob. cit.*, pág. 49.

(9) Disposición que, por su finalidad y fundamento práctico de la excepción al régimen contractual, fue objeto de críticas por la doctrina. Entre otros, SALA ARQUER, «La privatización del Estado: pros y contras», en ARIÑO ORTIZ, *Empresa pública y privatizaciones: una polémica abierta*, Madrid, 1995, pág. 116; RIVERO ORTEGA, *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 262; PÉREZ MORENO, «La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público», en el libro col., dirigido por R. GÓMEZ-FERRER, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 867-872.

(10) Estos entes deben incluso, en los supuestos de contratación en los denominados sectores especiales, aplicar las reglas de la LCAP y no las de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, de Procedimiento de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y las Telecomunicaciones.

mediante la creación de formas societarias de naturaleza privada. Surge así el problema a la hora de determinar, para cada caso concreto, qué ente tiene la consideración de poder adjudicador a efectos de aplicar las reglas sobre contratación pública, lo que se presenta, lógicamente, como una cuestión indudablemente vital de cara a que, al menos, los objetivos de publicidad, concurrencia e igualdad puedan ser efectivos, presentándose como la primera regla o mandamiento básico de la Ley (11). Así debe entenderse la atención prestada por la doctrina a este asunto, como principal instrumento para hacer frente a la conocida y preocupante —por patológica— «fuga del Derecho administrativo» (12). Esto obliga a realizar una reflexión (con interpretaciones correctoras en su caso) de cara a poder precisar a qué entes es de aplicación la normativa sobre contratación pública (13).

Interpretación correctora que deviene imprescindible cuando se observa cómo la práctica legislativa y administrativa parecen haber optado por una interpretación literal del ámbito de aplicación en cuya virtud podría deducirse que son de aplicación exclusiva las normas sobre contratación pública contenidas en esta Ley a las entidades sometidas al Derecho público, quedando por ello excluidas de las mismas las entidades sometidas al Derecho privado (14). En consecuencia, en la actualidad la «regla general» parece ser tanto la creación de entes instrumentales públicos que, sujetos al Derecho privado, realicen funciones administrativas, pero a los que no se les aplican, por expreso mandato legal, las reglas contenidas en la nor-

(11) El problema principal viene dado por la interpretación que debe darse al párrafo 3 del artículo 1, considerado por algunos (ARIÑO ORTIZ, «Problemática actual de la contratación de las Administraciones públicas», en el libro col. *Contratación Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 31-34) el fundamento o justificación de la actual huida del régimen de la contratación pública.

(12) Se da la paradoja de que, por otra parte, a las empresas privadas se les somete a controles cada vez más rígidos, llegando, en el caso de la contratación en los sectores del agua, transporte, telecomunicaciones y energía, por imperativo de la normativa comunitaria (Directiva 93/38 y Ley 48/1998, de 30 de diciembre), a obligar a las empresas que ostentan derechos especiales o exclusivos a implantar mecanismos de contratación esencialmente públicos. Sobre la contratación en este campo me remito al libro, dirigido por V. LÓPEZ-IBOR, *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*, Civitas, Madrid, 1997.

(13) Como bien advierte el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, se constata un clima —que cabe calificarlo cuando menos de equívoco— que aboga por eludir o reducir en variados supuestos concretos la aplicación de esta Ley. *Reflexiones sobre la «huida del Derecho Administrativo»*, núm. 140 de esta REVISTA, 1996, págs. 46-47. Se viene así a demostrar la certera afirmación realizada por G. FERNÁNDEZ FARRERES sobre el mínimo entusiasmo del legislador a la hora de afrontar la reforma que implicaba la LCAP. «Ambito objetivo y subjetivo de aplicación de la LCAP», en el libro col., dirigido por B. PENDÁS, *Derecho de los contratos públicos*, Praxis, Barcelona, 1995, págs. 234-235.

(14) Para RIVERO ORTEGA, la práctica de la huida se debe a la insatisfacción de la Ley a la hora de adaptarse a las actuales necesidades de la economía, por no agilizar los procedimientos de contratación. Afirmación que no compartimos, pues los procedimientos no son obstáculo a una adecuada competencia, como lo demuestra el que sean incorporados y utilizados por empresas privadas cuando se opera en los sectores de la energía, agua, transporte o telecomunicaciones. Al efecto pueden consultarse los distintos trabajos que se contienen en el libro ya citado de V. LÓPEZ-IBOR, así como el libro colectivo *Contratación empresarial en los sectores de transporte, energía, telecomunicaciones y agua potable. Los llamados contratos de interés público*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1996.

mativa vigente sobre contratación pública (15), como, y esto es más preocupante, la creación de sociedades mercantiles de naturaleza privada que, en virtud de su forma jurídica, se acogen a lo dispuesto en la Disposición Adicional Sexta LCAP, en las que las genéricas invocaciones a los «principios de publicidad y concurrencia» o de «salvaguardia del interés del Ente» y «homogeneización del sistema de contratación en el sector público» no pasan de ser un mal sucedáneo destinado a salvaguardar las apariencias (16). En este caso, y existen bastantes ejemplos, puede afirmarse que la huida es total (17).

Asimismo, otro ejemplo, igualmente «peligroso», viene dado por la reciente tendencia a la creación de fundaciones privadas de iniciativa pública (18), que se están utilizando para fines y competencias públicos (como lo es, por supuesto, la financiación), pero sometiéndose, al amparo de la Ley de Fundaciones, a la normativa privada. Es evidente que, en estos casos, la figura de la fundación se utiliza exclusivamente como técnica y no como forma fundacional.

Estas interpretaciones conducen a la inaplicación del régimen dispuesto por la LCAP (y, recuérdese, las Directivas comunitarias que desarrolla) y vienen a convertir en muchos casos al contenido de esta normativa en una simple declaración de principios, dejando sin sanción jurídica adecuada la exigencia de publicidad y concurrencia, salvaguardia del interés del ente y homogeneización del sistema de contratación en el sector público (19). Esta práctica normativa consagra definitivamente la huida del Derecho público de la contratación, puesto que bastará con crear entidades o sociedades instrumentales como las descritas —que sujetan su actividad al Derecho privado— para eludir la aplicación de la contratación pública no sólo en cuanto al fondo, sino también en cuanto a los actos de preparación y adjudicación de los contratos (20). Y ello implica, por consiguiente, la

(15) Me remito en este punto a lo expuesto en mi trabajo *Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en contratación pública*, en el núm. 144 de esta REVISTA, págs. 129 y ss.

(16) SALA AROUER, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, «REDA», núm. 75, 1992, pág. 411 (en nota 33).

(17) Vid. J. L. MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑOZ, en la crítica que a esta forma de actuar, especialmente utilizada en el campo de las infraestructuras, hace en su trabajo *Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas*, núm. 144 de esta REVISTA, 1997, págs. 45-74.

(18) Sobre esta cuestión, vid. J. L. PIÑAR MANAS, *Fundaciones constituidas por entidades públicas: Algunas cuestiones*, «REDA», núm. 97, 1998, pág. 49; y J. L. BERMEJO LATRE, «La huida del Derecho Administrativo a través de las fundaciones privadas de iniciativa pública», en el *Libro homenaje al profesor R. MARTÍN MATEO*, de próxima publicación. Paradigma de lo que se acaba de exponer es lo dispuesto en la Ley de Acompañamiento de 30 de diciembre de 1998, al permitir que los hospitales del INSALUD puedan adoptar la forma jurídica de fundaciones públicas, si bien en lo que hace referencia a la contratación adopta un criterio críptico que no aclara si se somete plenamente o no a las reglas de la LCAP, al establecer una genérica sumisión a los principios de concurrencia y publicidad pero respetando las previsiones de la LCAP. Sobre este supuesto puede verse la crítica de MORELL OCAÑA y de RUIZ OJEDA en el libro colectivo, coordinado por este último autor, titulado *Manual de Fundaciones*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 261-263.

(19) Vid. sobre la situación anterior a la LCAP, pero aplicable en este momento, S. DEL SAZ, *La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*, núm. 133 de esta REVISTA, 1994, pág. 68.

(20) Así lo sostienen expresamente SALA AROUER, *Huida al Derecho privado*, ob. cit.,

«fuga» en la aplicación de principios administrativos como la objetividad y transparencia que podría producir una quiebra del interés general, de tal manera que la eficacia económica buscada se traduciría —y esto es grave— en una disminución en la satisfacción del interés público, así como en un incremento de situaciones favorecedoras de la corrupción (21).

II. LA NECESIDAD DE UN CRITERIO CORRECTOR: LA NOCIÓN AMPLIA Y FUNCIONAL DE «PODER ADJUDICADOR»

La doctrina, a la hora de interpretar el ámbito subjetivo de la LCAP, ha aportado distintas soluciones, que han variado en función de la hermenéutica —formal o funcional— utilizada al efecto. Así, sobre la base de lo dispuesto en la mencionada regulación legal, algunos autores entienden que existe libertad de cada autoridad nacional para incluir o excluir a los distintos entes instrumentales bajo las directrices de la LCAP (22).

Es cierto que de una interpretación literal del ámbito del artículo 1 LCAP (atendiendo a lo dispuesto en las Directivas comunitarias) podría deducirse que son de aplicación exclusiva las normas sobre contratación pública contenidas en esta Ley a las entidades sometidas al Derecho público, quedando por ello excluidas de las mismas las entidades sometidas al Derecho privado (23). Y ello porque, a pesar de aparecer como criterio definidor en la LCAP el concepto omnicomprendivo de «Entidad de Derecho Público», en el Anexo Primero de la Directiva 89/440/CEE, al enumerar los requisitos para ser considerados entes públicos, en el apartado correspondiente a España se hace alusión a «las demás personas jurídicas sometidas a un régimen público de adjudicación de contratos», de donde puede deducirse que los entes públicos que sujetan su actividad al Derecho privado y las empresas públicas, sea cual sea su objeto social, no estarían incluidos en el ámbito de aplicación de estas Directivas.

Se trata, sin embargo, de una antinomia aparente, pues para saber qué organismos son de Derecho público o, mejor, tienen la consideración de

pág. 411; y S. DEL SALZ, *La huida...*, ob. cit., pág. 70. En realidad, como afirma GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, lo que se consigue con tal sistema es que la Administración contrate sin tener que someterse a un control administrativo de la jurisdicción contencioso-administrativa. *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1994, pág. 167.

(21) Como bien apunta PIÑAR MAÑAS, la eficacia en la resolución de problemas sólo tiene sentido si se traduce en una gestión objetiva de los intereses generales. Este postulado es absolutamente capital. Ninguna eficacia, ninguna privatización puede entenderse si con ella no se persigue ese servicio objetivo de los intereses generales. *Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario*, núm. 133 de esta REVISTA, 1994, pág. 28.

(22) RIVERO ORTEGA, *Administraciones públicas y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pags. 246-247.

(23) Así lo advierte PIÑAR MAÑAS, al considerar que el ámbito subjetivo de estas Directivas, en cuanto no se incluyen claramente en el mismo a las empresas públicas, permite su no aplicación a éstas de tal manera que sigue siendo posible la «huida» de las mismas a través de personificaciones instrumentales sujetas al Derecho privado. *Privatización de empresas públicas...*, ob. cit., págs. 43-44.

poder adjudicador debemos estar a lo dispuesto en el artículo 1 de estas Directivas: todos aquellos entes dotados de personalidad jurídica, controlados por la Administración o cuyos directivos son nombrados por ella y que, asimismo, se financian con fondos públicos. Se trata, en definitiva, como venimos insistiendo, de hacer una interpretación sistemática y teleológica que atienda a la naturaleza real del contrato en cuestión (24), y que permita, en definitiva, conseguir un efecto útil de la normativa comunitaria sobre contratación pública (25).

Esta interpretación es la que se impone, como afirma S. DEL SAZ, en primer lugar, porque de estas Directivas se deduce la preferencia de las definiciones de su articulado sobre las del Anexo. En segundo lugar, porque de entender, como han pretendido algunos autores, que la lista del Anexo tiene carácter exhaustivo y que prima sobre la definición, no tendría ningún sentido haber introducido una definición de «Ente de Derecho público»; bastaría con haber remitido directamente al Anexo. Finalmente, porque otra interpretación supondría un fraude del Derecho comunitario, burlando el espíritu y finalidad de estas Directivas, ya que si no se aplican los procedimientos comunitarios a los contratos públicos que sujetan su actividad al Derecho privado quedarían excluidos del ámbito de las mismas —a libre criterio de los Estados— la mayoría (y principales) de los contratos de los poderes públicos (26).

Teniendo en cuenta que el elemento teleológico está siempre presente en las Directivas comunitarias, es imprescindible realizar interpretaciones que garanticen la consecución del resultado que se persigue con la Directiva, que en el caso que nos ocupa se concreta en la apertura efectiva de la contratación pública (27). Por eso, es necesario interpretar su contenido en función de tal resultado, al objeto de evitar que mediante subterfugios legales formales se eluda el cumplimiento de las Directivas en cuestión (amén de los propios principios constitucionales) (28).

(24) Vid., igualmente, por todos, E. MALARET, «Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas», en el libro col. *El nuevo derecho de aguas*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 128 y 134; G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Ambito subjetivo...», *ob. cit.*, págs. 232-233.

(25) MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 373).

(26) S. DEL SAZ, *La huida del Derecho administrativo...*, *ob. cit.*, pág. 90. Igualmente, MORENO MOLINA, *Contratos públicos...*, *ob. cit.*, pág. 334.

(27) Se defiende, en definitiva, un concepto amplio de «Ente de Derecho Público», que no tiene por qué coincidir con la categoría de los Entes públicos empresariales a la que se refiere actualmente la LOFAGE, atendiendo especialmente al fin perseguido por la norma que trata de garantizar plenamente la apertura de la contratación pública. Sólo con esta interpretación puede evitarse, como recuerda PENDÁS GARCÍA («Administraciones públicas, contratos y contratistas; perspectivas polémicas de la LCAP», en el libro col. *Derecho de los contratos públicos*, *ob. cit.*, pág. 13), la aplicación del refrán de la Ley y la trampa.

(28) Vid. PIÑAR MAÑAS, *Privatización de empresas públicas...*, *ob. cit.*, págs. 39 y ss. Esto es lo que ha motivado al TJUE a interpretar las Directivas de acuerdo a sus objetivos huyendo, en los casos concretos, de interpretaciones excesivamente rigurosas. Al respecto pueden consultarse las SSTJUE de 16 de junio de 1987, 12 de julio de 1990 o 24 de abril de 1991, de las que se deduce que el objetivo final es que el TCE y, por tanto, los principios de un mercado único y no discriminación se cumplan realmente, evitando cualquier tipo de maniobra elusiva por parte de los Estados miembro.

Dado que la noción de «poder público» se presenta como el criterio delimitador de la aplicación del régimen jurídico-público de la contratación pública, debe realizarse un esfuerzo de interpretación de la definición a fin de evitar las restricciones del ámbito de aplicación de las Directivas para que éstas sean realmente eficaces y cumplan su finalidad última (29). Se impone, en definitiva, una interpretación subjetivo-funcional y no formal (30).

III. LA SOLUCIÓN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

No obstante, conviene precisar, a la luz de lo dispuesto en nuestra normativa, el alcance de esta interpretación, que se obtiene de precisar el significado de los criterios o rasgos determinantes a los que se refiere la LCAP y las Directivas comunitarias de cara a entender sometido a un *ente público* al régimen de la contratación pública. Estos criterios, con la interpretación del TJCE, son tres.

A) En primer lugar, debe atenderse a la naturaleza de la actividad: satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter

(29) Respecto al sector material de actividad de los contratos públicos, la noción comunitaria de Administración Pública se presenta —de forma amplia— como la de cualquier aparato dotado de poderes discrecionales en la asunción de sus propias determinaciones, en cuyo caso está obligado a motivar las adjudicaciones a fin de garantizar el desarrollo de una efectiva concurrencia en el sector de la contratación pública. Vid. A. MASSERA, *L'amministrazione e l'Atto Unico Europeo*, «RTDP», núm. 3, 1991, pág. 788.

(30) Vid., por todos, G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Ambito subjetivo...», *ob. cit.*, pág. 239; A. RUIZ OJEDA/J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su Reglamento de desarrollo parcial*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 41-45; M. LÓPEZ BENÍTEZ, «La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: su entronque desde el bloque de la constitucionalidad y su ámbito de aplicación», en el libro col., coordinado por F. CASTILLO, *Estudios sobre la contratación en las Administraciones públicas*, Comares, Granada, 1996, págs. 1-27; J. M. GIMENO FELIC, *El control de la contratación pública*, *ob. cit.*, pág. 125; RAZOUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho Comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 190. Este concepto funcional de «poder público» nos permite, por lo demás, proceder a «levantar el velo» de la personalidad de los entes instrumentales sujetos al Derecho privado, descubrir su verdadera condición de poderes públicos (por su origen; por su actuación, dominada totalmente por la Administración Pública matriz; por su financiación, en cuanto que operan con dinero público procedente de ingresos de ese carácter) y sujetar al Derecho administrativo los «actos separables» de su actividad privada. Opinión también sostenida ya antes por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (*El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público*, núm. 129 de esta REVISTA, 1991, págs. 203-204), y que también ha sido indicada por el profesor MUÑOZ MACHADO a propósito de la responsabilidad concurrente entre varias Administraciones. *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1992. Criterio reforzado por la propia LCAP al establecer que quedan sometidos a las mismas prescripciones que los poderes públicos en cuanto a publicidad y concurrencia aquellas empresas privadas que contraten si el objeto de dicha contratación se encuentra entre los concretos supuestos mencionados por el artículo 2.2 de la LCAP, si dichas empresas han obtenido una ayuda pública para el mismo superior al cincuenta por ciento del importe. Criterio del levantamiento del velo que, con carácter más general, es objeto de un interesante análisis por GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, en su trabajo *Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local*, «REALA», núms. 274-275, págs. 361-400.

mercantil, en cuyo caso, por tratarse de gestión económica, quedará justificado su sometimiento al régimen jurídico privado. Esta previsión y su concreción suscitan importantes problemas interpretativos en la doctrina (31), que ha llevado a que incluso cierto sector entienda que se puede presumir la existencia de actividad mercantil cuando el ente adjudicador reviste la forma de sociedad mercantil (32). Al efecto conviene recordar cómo el propio Consejo de Estado, en su Dictamen de 14 de diciembre de 1995, excluyó del ámbito de aplicación de la Ley al ICEX, al considerar que cumplía una función industrial o mercantil (33). Es decir, se da prioridad a esta nota frente a la de que sea una actividad de interés general.

Pues bien, no es ésa la interpretación que está realizando, a mi juicio con acierto, el TJCE. Al efecto, la STJCE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96, *Mannesmann*) sostiene que si hay una función de interés general —indudable cuando el ámbito de la actividad se designa habitualmente bajo la expresión de «obligaciones de servicio público—, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una *vis* atractiva del primer elemento, debiendo entenderse a ese ente sometido a la reglas de contratación pública (34). En consecuencia, los entes instrumentales que presten un servicio público o tengan que cumplir con obligaciones de servicio público se encuentran sometidos al régimen de la LCAP.

La STJCE de 10 de noviembre de 1998 (Asunto C-360/96, *ARA*) insiste en esta idea (35), entendiendo que estamos en presencia de un poder adju-

(31) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Ámbito subjetivo...*, *ob. cit.*, pág. 110; R. PARADA, *Derecho Administrativo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 1998.

(32) RIVERO ORTEGA, pág. 246. En opinión de este autor, el propio tenor de la Directiva (y, por ende, de la LCAP) ha permitido la «fuga» de una gran parte de los entes instrumentales sujetos al Derecho privado.

(33) Una crítica a esta Resolución puede verse en RUIZ OJEDA y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario...*, *ob. cit.*, págs. 42-45.

(34) El supuesto de hecho se refiere a si la Imprenta Estatal Austriaca, con forma societaria, debe someterse a las normas de licitación pública, al margen de que pueda realizar otras funciones no oficiales. La trascendencia de esta jurisprudencia (de la que da también noticia el reciente trabajo de M. FUERTES, *Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, «REALA», núm. 279, 1999, págs. 25-34) es que, como es habitual, impone una interpretación que debe ser uniforme para todos los Estados miembros sin que exista, por ello, margen alguno de discrecionalidad. Al respecto me remito al clásico trabajo de R. ALONSO GARCÍA, *La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español*, núm. 121 de esta REVISTA, 1990, págs. 215-216. *Ibidem*, *Derecho Comunitario*, Ceura, Madrid, 1994, págs. 286-294.

(35) La cuestión es si una empresa pública —ARA— se considera o no poder adjudicador. El supuesto resulta muy elocuente. En 1993, dos municipios proyectaron fusionar los servicios municipales de recogida de residuos y encomendar esta tarea a un nueva persona jurídica. Mediante acuerdos de 6 y 28 de junio de 1994, los municipios de Arnhem y Rheden decidieron, respectivamente, constituir la sociedad anónima ARA y encomendarle una serie de tareas, previstas en la Ley, en el ámbito de la recogida de basuras y, en el caso del municipio de Arnhem, de la limpieza de la vía pública. ARA fue constituida el 1 de julio de 1994. El artículo 2 de sus Estatutos prevé: «1. La sociedad tiene por objeto: a) la realización de todas las actividades, en el ámbito económico, que tengan por finalidad (hacer) recoger (y en la medida de lo posible reciclar), de una forma eficiente, efectiva y justificada desde el punto de vista del medio ambiente, residuos, tales como residuos domésticos, residuos industriales y otros flujos parciales de residuos que se determinarán, así como la realización

dicador cuando la función es de interés general, aunque, y este dato es de gran relevancia, la actividad se preste en régimen de competencia. Es decir, prima el dato teleológico de la actividad que desarrolla ese ente adjudicador (36). En esta jurisprudencia se distingue, en definitiva, entre necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil con las necesidades que no tengan dicho carácter (37).

Criterio que no se ve afectado por el hecho de que empresas privadas satisfagan o puedan satisfacer las mismas necesidades que éste, ya que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir a un organismo de Derecho público (38).

En el caso de autos, es indiscutible que la recogida y el tratamiento de basuras domésticas pueden considerarse como una necesidad de interés general. Dado que el grado de satisfacción de esta necesidad que se estime necesario por razones de salud pública y protección del medio ambiente quizás no se consiga si los operadores económicos privados ofrecen, total o parcialmente, a los particulares servicios de recogida, esta actividad 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.

Por otra parte, debe recordarse lo que el Tribunal de Justicia afirmó en el apartado 25 de la sentencia *Mannesmann*, antes citada, que es indiferente que, además de cumplir la función de satisfacer necesidades de interés general, una entidad pueda desempeñar otras actividades. El hecho de que la satisfacción de necesidades de interés general sólo constituya una parte relativamente poco importante de las actividades realmente emprendidas por tal entidad tampoco es pertinente, puesto que ésta sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer.

Dado que la condición de organismo de Derecho público no depende de la importancia relativa en la actividad del organismo de que se trate, de

de actividades en el ámbito de la limpieza de la vía pública, erradicación de plagas y desinfección; b) la constitución (común) de empresas, la cooperación con empresas, la participación en empresas, la gestión y supervisión de empresas, así como la adquisición y financiación de otras empresas cuyas actividades guarden alguna relación con las operaciones descritas en el apartado a) anterior; c) la realización de todas las operaciones que, en el ámbito económico, guarden relación con las operaciones, actividades y actos anteriores o que puedan favorecerlos (siempre y cuando con ellas se satisfagan necesidades de interés general).»

(36) Esta misma doctrina se recoge en la STJCE de 17 de diciembre de 1998 (asunto *Irish Forestry Board*), en la que se afirma que la sociedad anónima creada para la gestión de los recursos forestales públicos es poder adjudicador sometido a las Directivas de Contratación Pública.

(37) 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.

(38) No obstante, debe destacarse que la existencia de competencia no carece totalmente de pertinencia a la hora de responder a la cuestión de si una necesidad de interés general no tiene carácter industrial o mercantil. En efecto, la existencia de una competencia desarrollada y, en particular, el hecho de que el organismo de que se trate actúe en situación de competencia en el mercado, puede ser un indicio de que no se trata de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil.

la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, con más razón aún es indiferente que una persona jurídica distinta, que forme parte del mismo grupo empresarial que dicho organismo, ejerza actividades mercantiles.

B) En segundo lugar, es cierto que el ente para considerarse poder adjudicador debe tener propia personalidad jurídica, si bien para el Derecho comunitario la forma jurídica adoptada no es por sí criterio decisivo, pues debe realizarse una interpretación funcional (39), de la que resulta que la forma jurídica, pública o privada, nos es indiferente a estos efectos (40). Al respecto es especialmente relevante la doctrina que mantiene la citada STJCE de 10 de noviembre de 1998: «es preciso recordar que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional (en este sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*, 31/87, Rec., pág. 4635, apartado 11). Esta necesidad se opone a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que éste debe satisfacer» (41).

Este criterio es el que viene aplicando reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a fin de garantizar el desarrollo correcto de las normas del Tratado (42), y que en el caso que nos ocupa no hace sino poner de relieve, como vienen defendiendo tradicionalmente en nuestra doctrina los profesores E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, que la Administración es un «poder público» al que la Constitución le impone deberes de los que no puede escaparse «por el simple procedimiento de creación de entes convencionales a los que intente dotarse de regímenes jurídicos exentos de tales deberes».

Así, pues, las empresas mercantiles no podrán acogerse directamente a lo dispuesto en la DA 6.ª LCAP, al tener dicho precepto un carácter residual. Debe primero determinarse si puede ser incluida su actividad en los

(39) No parece, por ello, aconsejable la interpretación material que propone MORENO MOLINA (*Contratos públicos...*, ob. cit., pág. 337), pues este criterio resulta insuficiente para explicar la aplicación de reglas de Derecho público.

(40) Por contra, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA entiende que el concepto de entes de Derecho público excluye claramente a las personificaciones de Derecho privado en forma mercantil. *Ambito subjetivo...*, ob. cit., pág. 110.

(41) Tras la aprobación de la LCAP mantiene esta opinión FERNÁNDEZ FARRERES («Ambito subjetivo...», ob. cit., pág. 233), afirmando que el artículo 1.3 LCAP excluye solamente a las empresas públicas que realicen actividad mercantil (en el sentido propio del término), de tal manera que si se realizan actividades de interés público es indiferente la forma jurídica, debiendo someterse a la normativa contractual pública. En esta misma línea se posiciona DE VICENTE DOMINGO, *Los entes instrumentales en las Leyes de procedimiento y de contratación de las AA.PP.*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 120-121.

(42) Vid. especialmente S. MUÑOZ MACHADO, «La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad», en *Libro homenaje al profesor CLAVERO AREVALO*, ob. cit., págs. 1251 y ss. Igualmente, puede consultarse a E. MONTOYA MARTÍN, *Las empresas públicas sometidas a Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 161-195.

parámetros funcionales explicados a fin de ser considerada poder adjudicador (43). O sea, que esta disposición, lógicamente, se aplica exclusivamente a las sociedades mercantiles que no encajen, desde una perspectiva funcional, en el artículo 1.3 LCAP (44).

C) El último requisito que exige la LCAP es que el control —por vía financiera o cualquier otro medio— sea de la Administración Pública. Debe estarse, por tanto, al dato de la «influencia dominante» del poder público sobre el organismo adjudicador. Supuesto que plantea poca problemática en lo relativo a la financiación y que se completa con los supuestos en los que la gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de Derecho público.

Estos son los requisitos, y con este alcance, que deben utilizarse para comprender si se está o no en presencia de un poder adjudicador sometido a las reglas contractuales públicas. Lógicamente, la interpretación que se postula supone una ampliación de entes que quedarían sujetos a la normativa contractual pública y que en la actualidad están contratando al margen de esta Ley. Ampliación —o, mejor, adecuación— del ámbito subjetivo que no tiene por qué originar ningún problema, pues las reglas ni son tan rígidas ni, por supuesto, son incompatibles a las exigencias del tráfico jurídico-mercantil. Así lo demuestra, por cierto, la incorporación por la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, de estos procedimientos en sectores tan importantes y actualmente susceptibles a la competencia como el agua, la energía, transporte y telecomunicaciones.

IV. CONCLUSIÓN

Como conclusión, puede decirse que frente a la actual y preocupante situación, caracterizada por la inaplicación de los procedimientos y principios de la contratación pública, amparada muchas veces en criterios jurídicos de índole formal, debe defenderse la necesidad de realizar una interpretación subjetivo-funcional que garantice el cumplimiento, al menos, de las normas de publicidad y concurrencia de los procesos de selección de contratistas con independencia del tipo de personificación adoptado y

(43) En contra de esta posibilidad, pese a haber defendido con anterioridad un criterio más amplio (*Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 109-113), se posiciona E. MALARET, al entender que se sometería a unas cargas contrarias a una realización eficaz de las misiones encomendadas. «Las sociedades...», *ob. cit.*, pág. 135, en nota.

(44) Al respecto puede consultarse a A. PÉREZ MORENO, «La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público», en el libro col., dirigido por R. GÓMEZ-FERRER, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 867-872.

del régimen jurídico «aparente» aplicable a sus contratos (45). El criterio determinante en aras a la determinación del régimen jurídico aplicable a la contratación de estos «entes instrumentales» ha de ser el de la naturaleza de la actividad objeto de la Administración, pues así lo exige el principio de libre competencia consagrado en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea y el principio de libertad de empresa a que se refiere el artículo 38 CE.

Esta solución supone, claro, que la aparente indefinición de conceptos no implica libertad de actuación para los Estados miembros habida cuenta que, en cuanto noción de Derecho comunitario, sólo es admisible una interpretación uniforme de la misma por todos los Estados miembros, partiendo del sentido y del objeto perseguido en la disposición (46). Por este motivo, tanto los preceptos definidores de lo que se entiende por poder adjudicador como los Anexos de que constan estas Directivas (que se actualizan periódicamente por la Comisión) prevalecen sobre las decisiones (incluso legales) de los Estados, ya que el referido principio de interpretación uniforme impide que los Estados tengan margen discrecional de actuación dado que la libertad de acción en la transposición que ofrece el actual artículo 249 TCE no afecta, como indica R. ALONSO GARCÍA, a su obligación de elegir las formas y medios más apropiados para asegurar la efectividad de las Directivas (47).

Así las cosas, y a modo de corolario, puede terminarse afirmando que,

(45) Rechaza igualmente una interpretación formal S. GONZÁLEZ-VARAS (*¿Una tesis «sustancialista» del contrato administrativo?*, «REALA», núm. 279, 1999, pág. 41), insistiendo en la necesidad de una interpretación funcional a efectos de garantizar el fin legalizador de la normativa comunitaria. Al fin y al cabo, la exigencia de aplicar estos principios deriva tanto del respeto a los derechos de los particulares, que incluye el derecho a la igualdad de trato, tal y como expresamente exigen el artículo 14 CE y artículo 12 TCE; como del carácter servicial o vicarial de la Administración Pública. En esencia, se trata de aplicar hasta sus últimas consecuencias la teoría subjetivo-estatutaria del Derecho administrativo, que demuestra su plena operatividad.

(46) Esto significa que prevalece el concepto comunitario funcional de Administración Pública (criterio que con carácter general defiende J. A. MORENO MOLINA, *El Derecho comunitario...*, ob. cit., págs. 35-36). Así deriva, como recuerda el profesor S. MUÑOZ MACHADO (*Los principios del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española*, «REDA», núm. 75, 1992, págs. 338 y ss.), de los imperativos propios del Derecho comunitario: principios de primacía y de aplicabilidad directa y uniforme del mismo. La STJCE de 16 de junio de 1987 reitera el principio de que los Estados miembros no pueden invocar disposiciones de su propio ordenamiento para limitar el alcance de las disposiciones y nociones comunitarias. Recuérdese que la STJCE de 16 de junio de 1987 reitera el principio de que los Estados miembros no pueden invocar disposiciones de su propio ordenamiento para limitar el alcance de las disposiciones y nociones comunitarias. Vid., por todos, J. M. TRAYTER, *El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación*, núm. 125 de esta REVISTA, 1991, págs. 188 y ss.

(47) R. ALONSO GARCÍA, *La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español*, núm. 121 de esta REVISTA, 1991, págs. 215 y ss. Para evitar esta problemática, la Comisión Europea parece estar dispuesta a presentar «Comunicaciones» relativas al concepto de ente de Derecho público, de cara a delimitar correctamente el ámbito subjetivo. Al efecto puede consultarse la ponencia de A. MATTERA en las Jornadas realizadas el 26 de noviembre de 1998 por la ERPA, publicada en el volumen titulado *Public Procurement in Europe*.

en los distintos y variados supuestos de descentralización funcional mediante la creación de entes instrumentales, la naturaleza de poder adjudicador dependerá, al margen de su personificación jurídica o privada —indiferente a estos efectos (48)—, por las notas de control público y por la satisfacción de una actividad de interés general (aunque ésta sea de carácter industrial o comercial), sin que tenga por qué existir necesariamente monopolio.

Por ello, si bien parece correcto acudir a las formas de personificación privadas cuando la Administración pretende actuar en el mercado libre y al mismo nivel de los demás empresarios, carece de justificación cuando ese mecanismo se utiliza para «burlar» las vinculaciones que tanto el Derecho comunitario originario como la Constitución le imponen a la Administración en tanto poder público (49). Sólo cuando el ente contratante realmente se comporte como un auténtico agente económico (desprovisto de funciones administrativas), en condiciones de igualdad y sin prerrogativas

(48) A modo de ejemplo debe significarse cómo el legislador francés ha incluido a entes privados dentro del concepto de poder adjudicador. Por todos, puede consultarse L. RICHER, *L'article 1 du Code des Marchés publics doit-il être révisé?*, «AJDA», monográfico de 1994, pág. 16.

(49) Por ello, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA opina que la Administración Pública, a diferencia del empresario privado, no puede desentenderse por esos mecanismos artificiosos de su condición de «poder público» sujeto a la legalidad, anclada hoy, en cuanto a sus principios básicos, en el propio texto constitucional (interdicción de arbitrariedad; promoción de la libertad y la igualdad; vinculación a los derechos y libertades fundamentales; sometimiento al derecho presupuestario y a la censura de cuentas; obligación de objetividad, imparcialidad y servicio de los intereses generales; sometimiento a ciertos principios del procedimiento administrativo; control judicial de su actuación y de los fines que la justifican); principios que tienen el necesario desarrollo en la legalidad administrativa ordinaria. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, vol. I, 1997, págs. 394-398. Opinión que comparte MALARET y GARCÍA al advertir que la utilización del Derecho privado por la Administración tiene siempre un carácter instrumental cuando ésta actúa dentro de su giro o tráfico, resultando distinta la situación cuando opera en el ámbito de la gestión económica o actividad económica simple, en el que el principio de paridad de trato que se deriva de nuestro ordenamiento constitucional impide precisamente la sujeción al Derecho administrativo. *Público y privado en la organización*, ob. cit., pág. 100. Este criterio es el mantenido por el profesor LÓPEZ MENDUO al proponer la no aplicación del Derecho administrativo cuando la Administración, con forma privada, se comporta como un agente privado (caso de las empresas públicas concurrentes), pero sí cuando el Derecho administrativo es el Derecho «normal» aplicable para ejercer sus funciones (que, por ello, serán funciones públicas orientadas a la satisfacción de un interés público). *El Derecho administrativo como derecho «especial» y «excepcional»...*, ob. cit., págs. 570 y ss. Vid. también en este sentido LAGUNA DE PAZ, para quien la aplicación del Derecho administrativo a estos supuestos es ineludible en cuanto no se puede reconocer a la Administración la facultad de prescindir a voluntad del régimen jurídico que específicamente ha sido creado para ella. «La empresa pública: forma, régimen jurídico y actividades», en *Libro homenaje al profesor CLAVERO*, ob. cit., págs. 1228-1232. Opinión que también comparte L. ORTEGA, al afirmar que la recuperación del Derecho público como instrumento idóneo para la obtención de los resultados públicos debe realizarse, entre otros mecanismos, exigiendo el levantamiento del velo de las personificaciones interpuestas para el control de los fines públicos que estuviesen en el inicio de la decisión pública de creación de una sociedad privada y la aplicación de determinados principios en su actuación, como la publicidad y la concurrencia. *El reto dogmático del principio de eficacia*, núm. 133 de esta REVISTA, 1994, págs. 13-14.

propias de un poder público, será legítima —incluso necesaria— la decisión de adoptar técnicas jurídicas propias del Derecho privado, caracterizadas principalmente por su flexibilidad, lo que justificaría la aplicación de la Disposición Adicional Sexta de la LCAP. Pero en dicho caso estas «empresas públicas» concurrentes con la iniciativa privada deberán aceptar las reglas de juego impuestas a todos los agentes económicos, cuyo núcleo principal se concentra en el Derecho de la Competencia (50). Esto significa que la coexistencia de un sector empresarial público con un sector privado, dentro del marco de una economía social de mercado y la pertenencia a la Comunidad Europea, exige que las empresas públicas que actúan en el mercado se sometan a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de cualquier índole, a fin de no gozar de privilegios que falseen el juego de la libre competencia del mercado (vulnerándose los arts. 81-82 y 87 TCE) (51).

(50) Como bien destaca GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, la admisión de la aplicación del Derecho privado para la realización de fines públicos mercantiles está acompañada del respeto y juego limpio de la actuación administrativa económica en el mercado, de tal manera que la observancia en estos casos por la Administración del Derecho de la Competencia (por exigencia tanto del Derecho interno como del Derecho comunitario) no es sino el respeto mismo por el Derecho. *Nuevas perspectivas jurídicas respecto a la actuación de los poderes públicos*, «REALA», núm. 261, 1994, págs. 55-56.

(51) Igualmente cuestionable, desde el punto de vista de la efectiva aplicación de los principios de contratación pública, es la constitución de sociedades mercantiles públicas a las que, posteriormente, se les adjudica directamente la realización de determinadas prestaciones contractuales. Paradigma de esta práctica es la sociedad estatal TRAGSA, contra la que se actuó en sede comunitaria, resultando incoada la denuncia, tal y como se pone de manifiesto en el Informe de la Junta Consultiva núm. 22/1995, de 26 de julio. Debe advertirse, no obstante, que en caso similar —convenio entre un Ayuntamiento y una sociedad municipal— ha rechazado tal práctica por ser contraria a la LCAP (Informe 42/1999, de 12 de noviembre), lo que resulta más coherente con los Directivos comunitarios y con la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia (baste recordar la examinada Sentencia de 15 de enero de 1998, que considera ilegal la práctica de adjudicar por la Imprenta Austriaca un contrato a una sociedad filial) y que se resume en la recentísima Sentencia de 18 de noviembre de 1999, que obliga a aplicar la normativa sobre contratación pública cuando el contratista es una entidad formalmente distinta del ente contratante (lo que es evidente cuando tiene el contratista propia personalidad jurídica) y se adjudica a título oneroso.

En todo caso, lo que parece evidente, utilizando el caso TRAGSA, es que en ningún caso podrá defenderse la existencia de medios propios cuando el ente contratante no sea la Administración Territorial que controla el accionariado.

