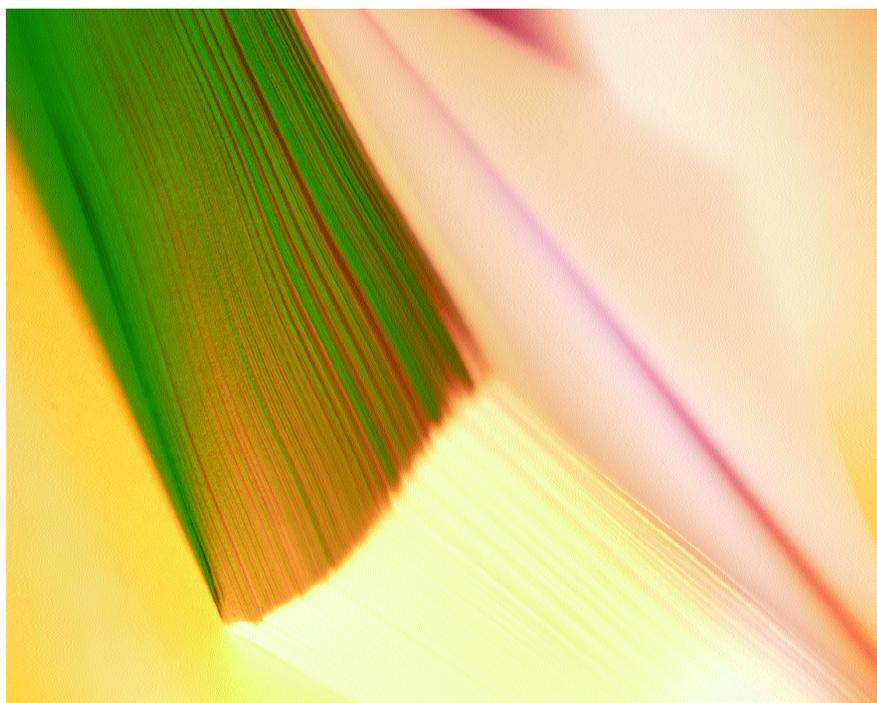


El Artículo 2º.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas



1. INTRODUCCIÓN

El artículo 2º.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas extiende, a las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, la aplicación de sus prescripciones relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios que igualen o superen determinadas cuantías, siempre que concurra alguno de los requisitos contenidos en la letra b) del apartado 3 del citado texto legal.

El principal problema interpretativo que plantea el artículo 2º.1, es el de interpretar qué debemos entender por sociedad de derecho privado creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Para resolver esta duda, resulta fundamental recurrir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y en particular a lo dispuesto en las Sentencias de 15 de mayo de 2003 y de 16 de octubre de 2003, en los asuntos Comisión-España, C-214/00 y C-283/00, respectivamente, pues se trata de una definición cuya formulación original procede del Derecho Comunitario.

Haciendo una interpretación conjunta de esta jurisprudencia, entiendo que se pueden hacer las siguientes consideraciones, en relación con el problema interpretativo que nos ocupa:

1) En el Derecho Comunitario, los requisitos que se utilizan para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de las directivas sobre contratación pública a los organismos de Derecho público son, además de la personalidad jurídica, la existencia de una participación mayoritaria o posición dominante de un ente público y la finalidad para la que hayan sido creados, es decir, la clase de necesidades que están llamados a satisfacer. Así, se descartan por irrelevantes otros criterios, como podrían ser el de la forma de personificación (aunque sea la de sociedad mercantil), el régimen jurídico de aplicación o, incluso, la clase de actividad desarrollada. De este modo, el Derecho Comunitario pretende establecer un concepto propio, que sea de aplicación a todos los países comunitarios, con independencia del modelo de Administración Pública que en aquellos exista. Así, la Sentencia citada de 16 de octubre de 2003 señala que “para ser calificada de organismo de Derecho público”, una entidad debe cumplir los

tres requisitos acumulativos siguientes: a) Que se trate de un organismo creado para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil. b) Que esté dotado de personalidad jurídica. c) Que en el ejercicio de su actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público.

2) El concepto de organismo de Derecho público, conforme a reiterada jurisprudencia, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persigue la Directiva, “debe recibir una interpretación tanto funcional como amplia”, sin que el estatuto de Derecho privado de la entidad constituya un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora.

3) En relación con el concepto de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado lo siguiente: a) Dicho concepto pertenece al Derecho Comunitario y, por tanto, ha de recibir en toda la Comunidad una interpretación autónoma y uniforme. b) Dichas necesidades son aquéllas que, por una parte, no se satisfacen mediante oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiera conservar una influencia dominante. c) La existencia o ausencia de necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil, ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo y las condiciones en que ejerza su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate. Si el organismo opera

en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil.

- 4) El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considera la aplicación de las directivas sobre contratos públicos se impone para evitar la posibilidad de que un organismo de Derecho público, en el procedimiento de adjudicación, se guíe por consideraciones distintas a las meramente económicas. Dicho de otro modo: difícilmente se podrá conseguir la finalidad de las directivas de apertura a la competencia y de transparencia, para que sea posible la libre prestación de servicios y la circulación de mercancías, si se da la posibilidad de que un organismo de Derecho público se guíe por consideraciones distintas a las meramente económicas.

3. CONCLUSIONES

En nuestra opinión, a partir de la jurisprudencia comunitaria se puede llegar a las siguientes conclusiones:

- 1) En primer lugar, se dará la satisfacción de necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que nos encontremos ante una actividad situada fuera del mercado, dada su naturaleza típicamente administrativa. Nos referimos a aquellos supuestos en que un organismo de Derecho público desarrolle una función pública, que comporte el ejercicio de autoridad, o ejecute obras públicas, o se dedique al fomento o a la realización de actividades que no admiten contraprestación, por ir dirigidas a la satisfacción de una parcela del interés público que beneficia de manera indiferenciada al conjunto de la ciudadanía.
- 2) En otros casos, pueden darse actividades que materialmente no se diferencien de las que existan en el mercado. No obstante, desde un punto de vista finalista, habrá que asimilarlas a las anteriores, si los organismos de Derecho público que

las ejercen no operan en el mercado en las mismas condiciones que los particulares. De esta manera, pueden darse las siguientes situaciones:

- a) Que dichas actividades se desarrollen en condiciones tales que el organismo de Derecho público no tenga que actuar con ánimo de lucro, ni soportar las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad. Si se da esta situación, es claro que el organismo en cuestión podrá actuar con arreglo a criterios distintos a los estrictamente económicos.
- b) Que el organismo de Derecho público goce de determinados privilegios o ventajas, en virtud de su dependencia de un ente público, y que éstos influyan de manera significativa en la actividad de la sociedad. Así, aquellos organismos que son declarados beneficiarios de la expropiación, o son directamente designados por la Administración para que ejecute determinadas encomiendas de gestión, o se les atribuye del mismo modo la condición de agentes urbanizadores. En otros casos, se dan situaciones de falta de competencia en el mercado, por tratarse de organismos creados para gestionar servicios públicos que se explotan en régimen de monopolio, dada la existencia de reserva legal. En todos estos supuestos, dada la situación de privilegio en que se sitúan estos organismos, que es impropia de un mercado normal, también podrá darse el caso de que los organismos implicados actúen con criterios distintos a los estrictamente económicos, pues aún en el caso de que hubiera ánimo de lucro, cabe pensar que las facilidades de que disponen les permiten renunciar a ciertos beneficios en un momento dado.

En consecuencia, sólo nos hallaremos ante la existencia de organismos de Derecho público que satisfagan necesidades de carácter industrial o mercantil, cuando aquéllos realicen actividades que desde el punto de vista material sean propias del mercado, y operen en el mismo en condiciones normales.