

Entes instrumentales y Derecho comunitario de la contratación pública: el concepto de «organismo de Derecho público»

(Acerca de las Sentencias del Tribunal de Justicia de
la Unión Europea de 15 de enero de 1998,
as. *Mannesmann* y de 10 de noviembre de 1998,
as. *BFI Holding BV*)

Carlos I. Aymerich Cano
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de A Coruña

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: EL CONCEPTO DE ORGANISMO DE DERECHO PÚBLICO. 1. *En el Derecho comunitario europeo.* 2. *En las normas de transposición españolas y gallegas.*—III. LA SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 1998. 1. *Antecedentes.* 2. *Las cuestiones prejudiciales.* 3. *Las conclusiones del Abogado General y la sentencia.*—IV. LA SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1998. 1. *Antecedentes.* 2. *Las cuestiones prejudiciales.* 3. *Alegaciones de los Estados miembros comparecientes.* 4. *Las conclusiones del Abogado General y la sentencia.*—V. CONCLUSIÓN: LA REPERCUSIÓN DE LA SENTENCIA *MANNESMANN* EN LA REGULACIÓN GALLEGA Y ESPAÑOLA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

I. INTRODUCCIÓN

En la abundante jurisprudencia dictada por el Tribunal de Luxemburgo sobre contratación pública, sorprende la escasez de pronunciamientos relativos al ámbito subjetivo de aplicación de las normas comunitarias en la

materia, sobre todo si se compara con la abundancia de decisiones relativas a otros aspectos como pueden ser la eficacia directa de las Directivas y la adecuada interpretación de las obligaciones (especialmente en materia de publicidad) que éstas imponen a los poderes adjudicadores.

La irrupción de nuevos temas manifiesta la entrada en una nueva fase dentro de la evolución del Derecho comunitario de la contratación pública. Aun a pesar de no haberse completado, se han producido importantes avances en el proceso de transposición y le compete ahora al Tribunal de Justicia, en esta nueva etapa que se abre, resolver los problemas interpretativos que suscita la aplicación práctica de esta normativa.

Como ya se ha apuntado, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en muy pocas ocasiones con cierta extensión sobre el ámbito subjetivo de aplicación del Derecho comunitario de la contratación pública. Y entre estos escasos ejemplos, destaca la sentencia de 20 de septiembre de 1988¹ en que se afirma el concepto «funcional» que del Estado y de los poderes públicos, a los efectos de la contratación pública, sostiene la jurisprudencia europea².

Sin embargo, a nadie se le oculta la importancia de la cuestión. No sólo desde el punto de vista de la comúnmente denominada «huida al Derecho privado», sino también del de la búsqueda de una eficacia y de una aplicación sustancialmente iguales de este *corpus* normativo en los diferentes Estados miembros. Y que, como se viene de indicar, la cuestión es relevante, lo demuestra el hecho de que haya sido precisamente éste uno de los aspectos por los que la Comisión se ha mostrado más preocupada³ y en el que más han incidido las sucesivas reformas de las Directivas de contratación pública.

¹ As. 31/1987, *Rec.* 4635, *Beentjes*.

² En esta sentencia, el Tribunal no analiza el concepto de «organismo de Derecho público», ni siquiera su antecedente «persona jurídica de Derecho público», que era el empleado en la Directiva 71/305/CEE que es la disposición que la sentencia aplica. Por el contrario, el Tribunal analiza el concepto de «Estado», el primero de los empleados en los preceptos que diseñan el ámbito de aplicación subjetivo de la normativa europea sobre contratación pública para decir que «el concepto de Estado ... debe recibir una interpretación funcional. El fin de la Directiva, tendente a la efectiva realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras, se vería efectivamente comprometido si la aplicación del régimen previsto por la Directiva se debiese excluir por el hecho de que un contrato público de obras haya sido adjudicado por un organismo que, a pesar de haber sido creado para desempeñar las tareas que la Ley le confiere, no se encuentre formalmente integrado en la Administración del Estado» (párrafo 11). Concluye el Tribunal su argumento afirmando que «un organismo cuya composición y funciones, como sucede en el caso de autos, están previstos por la Ley, y que depende de los poderes públicos tanto por la designación de sus miembros como por la garantía de las obligaciones derivadas de sus actos, como por la financiación de los contratos públicos que está encargado de adjudicar, debe considerarse comprendido en el Estado a los efectos de la disposición citada anteriormente, aunque formalmente no constituya una parte integrante de él» (párrafo 12).

³ Así por ejemplo, el Libro Verde de la Comisión *La contratación pública en la UE: reflexiones para el futuro*, de noviembre de 1996, dentro del epígrafe dedicado a los «problemas de aplicación incorrecta de las Directivas», se refiere en primer lugar a las dificultades que provoca la interpretación incorrecta de los conceptos que figuran en las Directivas, transcribiendo la sentencia *Beentjes* para recordar el carácter funcional o material, no formal, con que en ellas se emplea el concepto «poder adjudicador» (*cf.*, punto 3.11).

Por todo ello, la sentencia *Mannesmann* de 15 de enero de 1998⁴ y, confir-mándola, la *BFI Holding BV* de 10 de noviembre del mismo año⁵, adquieren una especial importancia al interpretar el concepto «organismo de Derecho pú-blico», empleado por las Directivas para diseñar su ámbito subjetivo de aplica-ción⁶, y ofrecer, de este modo, una guía segura para las autoridades encargadas de integrar y aplicar aquéllas dentro de cada ordenamiento estatal.

En concreto, por lo que afecta a los legisladores español y gallego, la doctrina sentada en estas sentencias no dejará de producir importantes con-secuencias, habida cuenta de la terquedad con la que ambos siguen ancla-dos en una definición formal —es decir, dependiente de la forma jurídica de personificación de las correspondientes entidades— del ámbito subjetivo de aplicación de las normas reguladoras de la contratación de los poderes pú-blicos.

II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: EL CONCEPTO DE ORGANISMO DE DERECHO PÚBLICO

1. *En el Derecho comunitario europeo*

Antes de la reforma operada por la Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio de 1989⁷, el art. 1.b) de la Directiva 71/305/CEE⁸ únicamente consideraba «poderes adjudicadores» el Estado, las colectividades territoriales y las «per-sonas jurídicas de Derecho público enumeradas en el Anexo I», afirmando implícitamente el carácter exhaustivo de la lista de entes recogida en ese anexo I.

A partir de la citada Directiva 89/440/CEE se sustituye la confusa ex-presión «personas jurídicas de Derecho público» por la más precisa, en cuanto que objeto de definición en la propia norma, «organismo de Dere-cho público». De este modo, el art.1.b) define como organismo de Derecho público «todo organismo (i) creado para satisfacer específicamente necesi-dades de interés general que no tengan carácter mercantil (ii) dotado de personalidad jurídica y (iii) cuya actividad esté mayoritariamente financia-da por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho pú-

⁴ As. C-44/96, *Rec.* I-73.

⁵ As. C-360/96, as. *BFI Holding BV* aún no publicada oficialmente.

⁶ El concepto fue empleado por primera vez en la Directiva 89/440/CEE, del Consejo, en sustitu-ción del de «personas jurídicas de Derecho público» empleado hasta entonces por la Directiva 71/305/CEE.

⁷ *DOCE L* 210, pág. 1.

⁸ Sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

blico, o bien, cuya gestión esté sometida a un control por parte de estos últimos, o bien, cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público»⁹.

Esta definición auténtica del concepto «organismo de Derecho público», desarrollada como se verá en las sentencias 15 de enero y 10 de noviembre de 1998, tiene aún otra consecuencia: la de confirmar el carácter puramente ejemplificativo de los anexos que, con anterioridad ya venía siendo defendido por la doctrina¹⁰ y, de algún modo, se podía ya deducir de la sentencia *Beentjes* que resolvió la sujeción a la Directiva 71/305/CEE del contrato adjudicado por una entidad holandesa¹¹ no mencionada en el anexo I de la citada norma¹².

En conclusión, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, los conceptos que las Directivas de contratación emplean para calificar a los denominados «poderes adjudicadores» deben ser interpretados según un criterio funcional o material, precisamente todo lo contrario de lo que, como a continuación se comprobará, establecen las normas de transposición españolas y gallegas. Sólo de este modo, razona el Tribunal europeo, quedará asegurada una aplicación homogénea de la normativa comunitaria de contratación pública en los diferentes Estados miembros, por encima de las peculiaridades de sus respectivos ordenamientos.

2. *En las normas de transposición españolas y gallegas*

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP), culmina el largo y accidentado proceso de integración en el Derecho español de la normativa europea reguladora de la contratación pública. En lo que afecta concretamente a la determinación del ámbito de aplicación subjetiva, el art. 1 LCAP parece, al menos es lo que se puede concluir de una primera lectura, reproducir fielmente lo dispuesto por la normativa europea.

Con arreglo a este precepto, deben ajustar su actividad contractual a lo dispuesto en la Ley, además de la Administración General del Estado, de las

⁹ Definición que es, sustancialmente, la recogida en el art. 1.b) de la vigente Directiva 93/37/CEE, no afectada en este punto por la Directiva 97/52/CEE.

¹⁰ En este sentido, MARGUE, cfr., «L'ouverture des marchés publics dans la Communauté. Ière. partie», *Revue du marché unique européen* núm. 3/1991, pág. 164 quien, respecto del anexo I de la Directiva 89/440/CEE, señala que se trata de una lista no exhaustiva «porque la Directiva debe ser respetada por todos los organismos que cumplan las condiciones detalladas en el art. 1.b), apartado 2, de la Directiva».

¹¹ La denominada, en la traducción de la sentencia, «comisión local» de las creadas por la Ley holandesa de concentración parcelaria.

¹² El punto 50 de la sentencia de 10 de noviembre de 1998 es claro a este respecto: refiriéndose al anexo I de la 93/37/CEE declara que, «sin ser exhaustiva, dicha lista pretende ser lo más completa posible».

Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las entidades que integran la Administración local, «los organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas», siempre que en ellas concurren las tres condiciones ya exigidas por las Directivas¹³.

La única diferencia, pues, estriba en que en lugar de la expresión «organismo de Derecho público», la LCAP emplea la de «entidad de Derecho público». Y, sin embargo, se trata de una diferencia sustancial: de un concepto material o, en el decir del Tribunal de Justicia, «funcional», se pasa, en la Ley española, a otro puramente formal que produce como efecto la exclusión total de los contratos adjudicados por entes instrumentales personificados en forma jurídico-privada, excepción hecha de lo dispuesto en su art. 2.2º¹⁴, conclusión que la DA 6ª viene a confirmar claramente^{15,16}.

Por consiguiente, de la LCAP resulta un ámbito de aplicación bastante menos amplio que el establecido por las Directivas europeas que, por tanto, en este extremo y para el ordenamiento español, deben reputarse directamente aplicables.

Tomando pie en esta opción adoptada por la Ley básica estatal, el legislador gallego realizó un diseño aún más estrecho del ámbito de aplicación de las normas rectoras de la contratación de los poderes públicos. Así, la Ley 10/1996, de 5 de noviembre¹⁷, de «actuación de entes y empresas en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia en materia de personal y contratación», insiste en una definición estrictamente formal de las enti-

¹³ A saber «(a) que fuesen 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 financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de Derecho público o bien cuya gestión esté 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 u otras entidades de Derecho público».

¹⁴ Que regula la figura de los denominados «contratos privados subvencionados», parcialmente sometidos a las normas reguladoras de la contratación pública.

¹⁵ Que, referente a las sociedades mercantiles en mano pública, apenas sujeta su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia «salvo que la naturaleza de la operación a realizar fuese incompatible» con tales principios.

¹⁶ En cualquier caso, no se puede dejar de notar el cambio radical que supuso este art. 1 LCAP respecto de la situación anterior. En realidad, este artículo derogó las previsiones contenidas en las distintas Leyes singulares de creación de Entes de Derecho público (así, Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de creación de la FNMT; Ley 16/1987, de 30 de julio, de creación de ENATCAR, entre otras) y, con ellas, de las normas reglamentarias de aprobación de los correspondientes estatutos que, invariablemente, sometían su actuación contractual al Derecho privado. Es más, como recientemente ha señalado JIMÉNEZ DE CISNEROS CID (cfr., «Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública», en DA núm. 246/247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 396), «es quizás en el ámbito contractual donde se observa con mayor claridad la verdadera razón de ser de la aparición de estas nuevas formas de organización de la Administración instrumental. La necesidad de dotarlas de una mayor agilidad, flexibilidad y rapidez en el ejercicio de las actividades comerciales y de prestación de servicios públicos que se les atribuyen, se dice que resultan incompatibles con los rígidos procedimientos previstos en la Ley de Contratos del Estado».

¹⁷ DOG núm. 227, de 20 de noviembre de 1996.

dades¹⁸, fundaciones y sociedades a ella sujetas y, por esa misma razón, excluidas de la aplicación íntegra de la legislación contractual; en sustitución de la misma, dispone su art. 10, estas personificaciones instrumentales quedarán sometidas exclusivamente a las poco exigentes obligaciones en que esta Ley traduce los principios de publicidad y concurrencia¹⁹.

III. LA SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 1998

1. *Antecedentes*

En febrero de 1995, la *Österreichsstaatsdruckerei* o imprenta nacional austríaca (en lo sucesivo, ÖS) adquirió la empresa *Strohal GmbH*, especializada en un procedimiento específico de impresión. El día 11 de octubre de 1995, *Strohal* fundó la sociedad SRG, de la que detenta el 99,9% del capital y que tiene como objeto social la producción de impresos según el citado procedimiento especial de impresión.

Con el fin de acelerar la puesta en marcha de SRG, la ÖS sacó a licitación la construcción de sus instalaciones técnicas. En el pliego de condiciones se incluía una cláusula en virtud de la cual la ÖS se reservaba el derecho de transferir en cualquier momento los derechos y obligaciones dimanantes del contrato a un tercero de su elección, queriendo así poner de manifiesto que la licitación se realizaba en beneficio de la SRG. Esta primera licitación fue anulada tras un procedimiento de arbitraje ante la *Bundesvergabebeurteilungskommission*²⁰ (en adelante, BVKK).

En una segunda licitación, la ÖS informó a los licitadores que el comitente responsable de la licitación y de la adjudicación de la obra era la sociedad SRG. Sin embargo, también esta segunda licitación fue impugnada: una asociación profesional austríaca de empresas de la construc-

¹⁸ El art. 1 de esta Ley establece: «En los términos regulados en los artículos siguientes, deberán ajustar su actuación en materia de personal y contratación a los principios básicos que regulan a función pública y la contratación de las Administraciones Públicas: (a) las entidades de Derecho público vinculadas a la Administración de la Comunidad Autónoma o dependientes de ella; (b) las fundaciones constituidas mayoritariamente por aportaciones de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, por sus organismos autónomos o entidades de Derecho público vinculadas o dependientes o de las que sus ingresos provengan mayoritariamente de subvenciones con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma, siempre que, en este último caso, la Comunidad Autónoma forme parte de sus órganos de gobierno o dirección. (c) las sociedades mercantiles en cuyo capital exista participación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Comunidad Autónoma, de sus organismos autónomos y de las demás entidades de Derecho público».

¹⁹ Publicar anuncios de licitación en los medios de comunicación —¿públicos, privados, con qué ámbito de difusión?— con una antelación mínima de diez días respecto de aquél en que vaya a tener lugar la adjudicación, obligaciones cuyo cumplimiento queda eximido «en los mismos casos exceptuados por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas» (cabe entender, en los casos en que, según la LCAP, se puede acudir al procedimiento negociado sin publicidad, a la contratación menor o a la contratación de emergencia).

²⁰ Comisión federal de control de las adjudicaciones, órgano creado, en transposición de la Directiva 89/665/CEE, por la *Bundesvergabegesetz* de 1993 (en adelante, BVG).

ción, incoó un procedimiento de conciliación ante la BVKK por considerar que la licitación debía realizarse con arreglo a lo dispuesto en la legislación reguladora de la contratación pública. La BVKK estimó los argumentos aducidos por la ÖS y la SRG, considerando que, al tratarse de un contrato privado, la cuestión no era de su competencia. Aun así, no se pronunció acerca de la eventual necesidad de respetar la Directiva 89/665/CEE (recursos), en el supuesto de que el proyecto recibiese ayudas estructurales comunitarias, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento CEE núm. 2081/1993²¹.

Disconformes con esta resolución, *Mannesmann Anlagbau* y otras empresas constructoras interpusieron recurso ante el *Bundesvergabeamt*²² (en adelante, BVA) el cual elevó al Tribunal las siete cuestiones prejudiciales que están en el origen de la sentencia.

2. Las cuestiones prejudiciales

El órgano jurisdiccional —en el sentido del art. 177 Tr.CE²³— austríaco dirigió al TJCE siete cuestiones prejudiciales. Por más que algunas de ellas sean redundantes, resulta de interés a los efectos de este trabajo indicárlas, aunque sólo sea de forma resumida. En concreto, las cuestiones planteadas fueron las siguientes:

1. La imposición por Ley a una empresa de la obligación de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, ¿tiene por consecuencia el sometimiento de toda la actividad de la empresa a la Directiva 93/37/CEE, aun cuando dicha actividad no industrial ni mercantil constituya sólo una parte de la actividad global de la empresa que actúa en el mercado como una empresa mercantil?²⁴

²¹ DO L núm. 193, de 31 de julio de 1993. El art. 7.1º de este reglamento dispone que «las acciones financiadas por los Fondos estructurales o a través de una intervención del BEI o de otro instrumento financiero existente, deberán atenerse a las disposiciones de los Tratados y de los actos adoptados en virtud de los Tratados, así como a las políticas comunitarias, incluidas las que se refieran a las normas de competencia, a la *formalización de los contratos públicos*...».

²² Un organismo federal austríaco de control de las adjudicaciones, creado por la mencionada Ley federal de adjudicación de los contratos públicos (BVG), que atribuye a este organismo competencia para conocer de los recursos presentados contra las resoluciones de la BVKK.

²³ Acerca de la consideración de la *Bundesvergabeamt* como órgano jurisdiccional a los efectos del art. 177 del Tratado, el Abogado General concluye afirmando la concurrencia en la misma de las condiciones exigidas por el Tribunal de Justicia (a saber, origen legal, carácter permanente, recurso obligatorio al órgano en caso de litigio, aplicación de normas jurídicas, competencia del órgano para resolver el litigio a través de una resolución obligatoria, independencia de sus miembros y procedimiento contradictorio), haciéndose eco únicamente de algunas dudas acerca del carácter contradictorio del procedimiento seguido ante la misma (párrafos 42 a 44 de las conclusiones del Abogado General).

²⁴ Se trata, por tanto, de un ente con personalidad jurídica de Derecho público pero que, en sus relaciones con terceros, se rige por el Derecho privado. Algo, pues, muy similar a las Entidades de Derecho público del art. 6 de la Ley General Presupuestaria, ahora sustituidas por las Entidades Públicas Empresariales de la LOFAGE.

2. En la hipótesis de que la empresa estuviese sometida a la Directiva 93/37/CEE sólo en la parte de actividad relativa a los «derechos especiales y exclusivos» de que disfruta, pregunta el BVA si se deberían adoptar las medidas organizativas adecuadas para evitar que los ingresos obtenidos con tal actividad se transfiriesen a «otros sectores de su actividad mercantil».

3. Si un poder adjudicador inicia un proyecto calificable como contrato público de obras *ex* Directiva 93/37/CEE, la intervención de un tercero no incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva, ¿puede dar lugar a un cambio de naturaleza del proyecto o, por el contrario, tal cambio debe ser considerado como una elusión del ámbito de aplicación de la Directiva, incompatible con su finalidad?

4. Las empresas creadas por un poder adjudicador para la realización de actividades mercantiles y sobre las que ejerce un control efectivo, ¿merecen también la calificación de poderes adjudicadores?

5. Si un poder adjudicador transfiere fondos obtenidos a través del ejercicio de los derechos especiales y exclusivos que le hayan sido atribuidos a una empresa que desenvuelve una actividad puramente mercantil y en la que ostenta una participación mayoritaria, ¿supone tal transferencia de fondos que la empresa participada deba ser considerada poder adjudicador a los efectos de la Directiva 93/37/CEE?

6. Si un poder adjudicador, que realiza tanto actividades de satisfacción de necesidades de interés general como actividades puramente mercantiles, crea unos servicios que permiten también desarrollar ambos tipos de actividades, el encargo de construcción de instalaciones para esos servicios debe ser calificado en todo caso como contrato público de obras en el sentido de la Directiva 93/37/CEE o, por el contrario, existen en el Derecho comunitario criterios que permiten calificarlas, según el caso, bien como instalaciones destinadas a la satisfacción de necesidades públicas, o bien como instalaciones destinadas al ejercicio de actividades mercantiles?

7. ¿La regulación de los fondos e instrumentos comunitarios con finalidad estructural²⁵ obliga a todos los beneficiarios de estos fondos a someterse a los procedimientos de recurso previstos en la Directiva 89/665/CEE incluso aunque no puedan ser considerados poderes adjudicadores en el sentido de la Directiva 93/37/CEE?

3. *Las conclusiones del Abogado General y la sentencia*

Tras un detenido análisis de la legislación comunitaria e interna aplicable al caso, de los antecedentes y de la admisibilidad de la cuestión prejudicial, el Abogado General entra a examinar las cuestiones formuladas por el BVA austríaco, pero no sin antes realizar algunas consideraciones generales

²⁵ Reglamento CEE núm. 2081/93, del Consejo, de 20 de julio de 1993.

acerca del Derecho comunitario de la contratación pública, de sus fundamentos de Derecho originario y de sus finalidades²⁶, en particular en lo relativo a su ámbito de aplicación subjetiva²⁷.

Para valorarlas, el criterio utilizado por el Abogado General para agrupar las cuestiones, será también el empleado en la sentencia²⁸. Por esta razón, y también porque la sentencia confirma completamente las conclusiones del Sr. Léger, ambas se expondrán conjuntamente. Desde mi punto de vista, esta opción sistemática, además de contribuir a evitar la repetición de argumentos, es la que con mayor facilidad permite una comprensión cabal de la interpretación que el Tribunal ofrece del art. 1 de la Directiva 93/37/CEE.

3.1. Interdicción de la aplicación selectiva del Derecho comunitario de la contratación pública y principio de especialidad (cuestiones 1ª, 2ª y 6ª)

Sobre las cuestiones primera, segunda y sexta —es decir, acerca de si una empresa cuya actividad se reparte entre la satisfacción de necesidades de interés general y la actuación en el mercado con arreglo a criterios mercantiles e industriales²⁹ está íntegramente sometida a la Directiva 93/37/CEE— considera el Abogado General que «nadie defiende la aplicación selectiva de la legislación en función de la actividad de la entidad adjudicadora»³⁰. En consecuencia, «la parte mercantil de su actividad también está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, siendo determinante única y exclusivamente la finalidad para la que se creó el organismo de que se trate»³¹.

Tras esta afirmación de carácter general, y como quiera que los gobiernos austríaco y holandés negaban que la ÖS reuniese las condiciones exigidas por el art. 1.b) de la Directiva 93/37/CEE para poder ser considera-

²⁶ Párrafos 46 y 47. De este modo recuerda que la regulación comunitaria de los contratos públicos obedece a la preocupación por hacer efectivos los principios de libre concurrencia y libertad de establecimiento y de prestación de servicios, contra los que atentaría la «natural tendencia» de las autoridades públicas internas a «privilegiar a las empresas nacionales y favorecer el desarrollo económico de su propio Estado».

²⁷ Párrafos 49 a 51. En concreto, el 50 se muestra especialmente clarificador: «La directiva delimita su ámbito de aplicación *ratione personae* en función no sólo en atención de las entidades tradicionalmente calificadas como personas de Derecho público, tales como el Estado, los entes territoriales o las entidades del sector público, sino también de las *entidades públicas o privadas* que persiguen un objetivo de interés general que no sea industrial o mercantil, calificadas como "organismos de Derecho público"».

²⁸ Aunque en ésta la cuestión segunda es objeto de tratamiento separado (y no se agrupa, como en las conclusiones, junto a la primera y la sexta), la contestación ofrecida por el Tribunal se limita a indicar que «vista la respuesta dada a las cuestiones primera y sexta, no procede contestar a la segunda».

²⁹ Tal es el caso, según ya se expuso, de la ÖS.

³⁰ Párrafo 54. Concuera el Abogado General con la posición defendida por el gobierno francés, personado en autos, en sus observaciones orales.

³¹ *Ibidem*.

do «poder adjudicador», tanto el Abogado General como el Tribunal repasan las citadas condiciones ³², efectuando algunas consideraciones cuyo interés rebasa los límites del asunto litigioso.

En primer lugar, afirman que los tres requisitos enumerados en el art. 1.b) de la Directiva tienen carácter cumulativo, son exigibles conjuntamente ³³ para, a continuación, analizar cada uno de ellos separadamente.

En cuanto a la exigencia de que el organismo fuese creado para «satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil», tanto la sentencia como, en especial, las conclusiones del Abogado General, ponen especial cuidado en diferenciar entre la finalidad de la «creación» del ente y la «actividad» materialmente desempeñada por éste, profundizando y aclarando una interpretación ya sostenida con anterioridad en la citada sentencia *Beentjes* de 1988 ³⁴.

Las razones para este criterio finalista deben buscarse en la preocupación de impedir el fraude de ley a que, en otro caso, podría conducir el mero requisito de la actividad ³⁵. En consecuencia, lo relevante a los efectos de calificar un ente como «poder adjudicador» será, al margen y por encima de cuál sea la naturaleza de la actividad por él desarrollada, el objetivo o finalidad prevista en su acto de creación ³⁶. De lo que se trata, como indica el Abogado General, es de excluir del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias de contratación pública a organismos «sometidos a la competencia de otros agentes económicos, que los disuade de elegir a las partes con las que contratan basándose en criterios discriminatorios» ³⁷.

Así pues, respecto de la ÖS, la sentencia analiza la concurrencia en ese ente austríaco de esta primera condición de entre las exigidas por la Directi-

³² Párrafos 55 a 79 de las conclusiones y 29 a 39 de la sentencia.

³³ Párrafo 21 de la sentencia y 61 de las conclusiones.

³⁴ Esta distinción ya se recogía, *in nuce*, en la sentencia *Beentjes* de 20 de septiembre de 1988. En efecto, su párrafo 11 indica que «el fin de la Directiva ... se vería efectivamente comprometido si la aplicación del régimen previsto por la Directiva se debiese excluir por el hecho de que un contrato público de obras fuese adjudicado por un organismo que, a pesar de haber sido creado para satisfacer las tareas que la Ley le confiere, no se halla formalmente integrado en la Administración del Estado».

³⁵ El argumento se desarrolla en el párrafo 77 de las conclusiones. Para el Abogado General, el argumento contrario sostenido por los gobiernos holandés y austríaco puede facilitar el fraude de ley. Razona el letrado que «es de todo posible que, a pesar de haber sido creado con el fin de satisfacer necesidades de carácter público, una entidad ejerza actividades estrictamente industriales o mercantiles. Ahora bien, si en su actividad prevaleciesen estas últimas, la interpretación propuesta produciría el efecto de una elusión del régimen de la Directiva por parte de un organismo en su totalidad. Así pues, a un ente público le bastará con emplear esta práctica de forma sistemática para lograr que la totalidad de los contratos públicos de obras eludan la legislación comunitaria».

³⁶ El párrafo 79 de las conclusiones del Abogado General es concluyente al afirmar que «... el objetivo perseguido con la creación (del ente de que se trate) determina el régimen jurídico aplicable a los contratos que está llamado a celebrar ...».

³⁷ Cfr. párrafo 69 *in fine*. Como se puede apreciar, la concurrencia que el Derecho comunitario intenta establecer para los contratos públicos tiene un fundamento puramente económico, no es más que una recreación de la concurrencia cataláctica o mercantil. Tal punto de vista excluye otras formas de considerar la concurrencia en cuanto que principio jurídico, en particular considerarla, como es tradicional en el ordenamiento español, como una manifestación del más general principio de igualdad ante los beneficios y las cargas públicas.

va 93/37/CEE, concluyendo que, con arreglo a la legislación que la regula, fue creada con la finalidad específica de satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial ni mercantil³⁸. Es cierto, sin embargo que, como se ha subrayado³⁹, más allá de estos criterios puramente finalistas, la sentencia se apoya también, del modo en que ya lo había hecho el Abogado General⁴⁰, en elementos formales como la condición de monopolio de la ÖS, el dato de que el precio de algunos de sus productos se fije unilateralmente por la Administración o que, en fin, la impresión de documentos oficiales obedezca no a una decisión empresarial sino a una obligación impuesta por sus normas de creación⁴¹.

Aun dentro del análisis de este requisito, la sentencia efectúa una promoción indirecta del principio de especialidad de los entes instrumentales de los poderes públicos, al afirmar que para que la ÖS pueda ser calificada como poder adjudicador «es indiferente que además de cumplir esa función (de satisfacción de una necesidad pública) dicha entidad pueda desempeñar otras actividades, como la producción de material impreso, así como la edición y distribución de libros», porque «el requisito exigido en el primer guión del párrafo segundo de la letra b) de la Directiva conforme al cual el organismo debe haber sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, no implica que esté únicamente encargado de satisfacer dichas necesidades»⁴².

En el caso concreto de la ÖS, los otros dos requisitos presentan bastantes menos dificultades. Es claro que dicho establecimiento público austríaco goza de personalidad jurídica, tal y como su ley de creación precisa⁴³. Tampoco ofrece duda que está sometida a un control efectivo por parte del Estado austríaco⁴⁴.

³⁸ En concreto «asumir con carácter exclusivo la impresión de documentos administrativos oficiales, de los cuales algunos tienen carácter confidencial o están sujetos al cumplimiento de normas de seguridad, como los pasaportes, los permisos de conducir y los documentos de identidad, mientras que otros están destinados a la difusión de textos legales, reglamentarios y administrativos del Estado» (cfr., punto 26).

³⁹ Cfr., Ch. BRECHON-MOULENES y L. RICHER, «Note» a esta S.TUE de 15 de enero de 1998, en *Cahiers Juridiques de l'Electricité et du Gaz* núm. 6/1998, pág. 245.

⁴⁰ Cfr., párrafo 70.

⁴¹ Cfr., punto 21, párrafos 2 a 4.

⁴² Cfr., punto 27, párrafos últimos. En el mismo sentido, aunque más extensamente, se pronuncia el Abogado General. Precisamente, el párrafo 73 de sus conclusiones indica cual es el objetivo procurado a través del principio de especialidad: «Según la disposición (art. 1.a) de la Directiva 93/37/CEE), la finalidad de la creación del organismo es la única determinante para poderlo considerar como un organismo de Derecho público a efectos de la Directiva. Naturalmente, lo que cuenta es el objetivo efectivamente perseguido. *La proclamada finalidad de satisfacer necesidades industriales o mercantiles, disfrazando actividades de interés general con el ánimo de eludir las normas imperativas de la ley, no puede ser tomada en consideración por el órgano jurisdiccional nacional*». En conclusión, son razones de seguridad jurídica y de garantía de la efectividad de las normas comunitarias de contratación pública las que justifican esta opción jurisprudencial por la especialidad.

⁴³ Cfr., punto 27 de la sentencia y párrafo 19 de las conclusiones del Abogado General.

⁴⁴ Como recuerda el punto 28 de la sentencia, «el director general de la ÖS es nombrado por un órgano integrado, en su mayoría, por miembros nombrados por la Cancillería Federal o por los diferentes

En consecuencia, el Tribunal concluye que la ÖS debe ser calificada como organismo de Derecho público y, por la misma razón, como poder adjudicador en el sentido del art. 1.b) de la Directiva 93/37/CEE.

Pero incluso tras haber establecido la conclusión anterior, la sentencia toma buen cuidado en rechazar la tesis de la aplicación selectiva de la normativa de contratación pública, tesis postuladas por los gobiernos austríaco y holandés en atención al dato, por lo demás cierto, de que la actividad global de la ÖS está dominada por la parte dirigida a satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil.

El Tribunal, al analizar la finalidad prevista en el acto de creación del ente y no, según ya se destacó, pretender exclusivamente a la actividad efectivamente realizada por éste, interpreta que «la letra b) del art.1 de la Directiva no distingue entre los contratos públicos de obras celebrados por un poder adjudicador para cumplir su función de satisfacer el interés general y los contratos que no guardan relación con dicha función»⁴⁵. Y tal interpretación se justifica, para el órgano jurisdiccional comunitario, no sólo por razones de seguridad jurídica⁴⁶ sino también en el contexto de una interpretación teleológica de la Directiva 93/37/CEE, en cuanto que norma dirigida a evitar la preferencia por los licitadores o candidatos nacionales del Estado del poder adjudicador⁴⁷.

En definitiva, como recuerda el Abogado General, dado que el objetivo perseguido con la creación del organismo determina el régimen aplicable al mismo, si los Estados miembros quieren evitar que el Derecho comunitario de la contratación pública se aplique a las actividades industriales o mercantiles de los poderes adjudicadores, deben procurar limitar el objeto social de las entidades instrumentales por ellos creadas a la realización de actividades de satisfacción de necesidades de interés general⁴⁸.

3.2. Aplicabilidad del Derecho comunitario de la contratación pública a las empresas participadas por un poder adjudicador (cuestiones 4ª y 5ª).

A estas dos cuestiones relacionadas contesta el Tribunal argumentando que, dado el carácter cumulativo de los requisitos exigidos en el art. 1.a) de la

ministerios. Además, dicha entidad está sujeta al control del Tribunal de Cuentas y un servicio estatal de inspección se ocupa de velar por los impresos sujetos a un régimen de seguridad. Por último, según declaraciones de SRG en la vista, la mayoría de las acciones de la ÖS pertenecen al Estado austríaco.

⁴⁵ Cfr., punto 35.

⁴⁶ *Ibidem*. Sería contrario al principio de seguridad jurídica una interpretación del art.1.a) de la Directiva 93/37/CEE en el sentido de que su aplicación puede variar en función del porcentaje que sobre su actividad total represente la ejercida para satisfacer necesidades que tengan carácter industrial o mercantil. Razona el Abogado General (cfr., párrafo 77), «el criterio de la parte relativa de actividad, destinada a la satisfacción de necesidades que no tengan carácter industrial o mercantil ... puede, en mi opinión, facilitar el fraude de ley».

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Cfr., párrafo 79 de las conclusiones.

Directiva 93/37/CEE, el mero hecho de que una empresa fuese creada por un organismo que tenga a condición de poder adjudicador no basta, por sí solo, para considerar dicha empresa, a su vez, como poder adjudicador ⁴⁹.

Lo mismo se diga para el supuesto de que la empresa se financie con recursos procedentes de las actividades desarrolladas por un poder adjudicador ⁵⁰. En este segundo caso, quedaría aún por determinar si las mencionadas aportaciones financieras constituyen ayudas públicas en el sentido del art. 92 Tr.CEE y, en tal caso, habría que decidir acerca de su compatibilidad con el mercado común ⁵¹.

En la SRG, creada por la ÖS, al no haber sido creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general de carácter ni industrial ni mercantil, faltaría una de las condiciones necesarias para poder calificarla como poder adjudicador en el sentido del art. 1.a) de la Directiva 93/37/CEE.

3.3. Licitación realizada por cuenta de un tercero que carece de la condición de poder adjudicador (cuestión 3^a)

Se trata de dilucidar, por medio de esta cuestión, si un contrato calificable como contrato público de obras en el sentido de la Directiva 93/37/CEE mantiene tal condición incluso cuando, antes de la completa ejecución de las obras, el poder adjudicador transfiere a un tercero que carece de tal carácter los derechos y obligaciones derivados del contrato.

Lógicamente, ante una cuestión tal, el Tribunal extrema el celo intentando no dejar abierta ninguna puerta al fraude de ley. Afirma así que, en principio, un contrato público de obras no puede perder tal carácter cuando los derechos y obligaciones que de él derivan se ceden a un tercero que no puede ser calificado como poder adjudicador. Si así no fuese, la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras «se vería efectivamente comprometida» ⁵².

El Tribunal sólo advierte una posible excepción a la regla que se acaba de indicar para el caso de que, «desde su origen, el proyecto corresponda plenamente al objeto social de la empresa de que se trate y que los contratos de obras relativos a ese proyecto fuesen celebrados previamente por el poder adjudicador por cuenta de dicha empresa» ⁵³, hay que suponer, destacando debidamente tal circunstancia en los anuncios y documentos contractuales preceptivos.

⁴⁹ Cfr., punto 39 de la sentencia.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ En este sentido, el párrafo 87 *in fine* de las conclusiones del Abogado General.

⁵² Cfr., punto 43.

⁵³ Cfr., punto 44. En un *arrêt* de 11 de diciembre de 1997, el Tribunal Administrativo de Apelación de París se pronunció sobre un supuesto exactamente inverso al analizado en la sentencia que nos ocupa: se discutía la legalidad, a la luz de la legislación francesa de contratación pública y de dirección de

De este modo, una vez más, la sentencia incrementa la relevancia del principio de especialidad del objeto social de los entes instrumentales de la Administración. Y, también otra vez, se trata de una relevancia jurídico-pública del objeto social cuyo control resulta, por consiguiente, de competencia directa de los tribunales contencioso-administrativos. Conviene detenerse, aunque sea brevemente, en la justificación de esta afirmación.

Por definición, la sociedad en nombre y por cuenta de la cual un poder público realiza la licitación de un contrato será un ente instrumental de la Administración o, cuando menos, titular de derechos especiales y exclusivos en el sentido del art. 86 TCE. En ambos supuestos, bien que por vías diferentes, hay argumentos suficientes en el Derecho español y en el Derecho comunitario para fundamentar la especialidad del objeto social de estas entidades:

Por lo que se refiere a las empresas públicas⁵⁴ y como ya ha sido apuntado, este principio de especialidad proviene del más general principio de legalidad de la Administración que, por derivación, vincula también a sus entes instrumentales. Así, «en las entidades instrumentales de la Administración, incluidas las empresas públicas, la personalidad jurídica que se predica de ellas no es una personalidad jurídica completa, plena. Es decir, que se trata de una personalidad jurídica de diverso grado o, lo que es lo mismo, de una personalidad jurídica exclusivamente "a efectos de", o sea, única y estrictamente limitada a lo que les reconozca el Derecho general y estatutario adoptado»⁵⁵. En concreto, por lo que se refiere a las Entidades Públicas Empresariales, de la búsqueda emprendida en la LOFAGE de una cierta coherencia entre la forma jurídica y la actividad desarrollada por el organismo público de que se trate⁵⁶ resulta,

obras públicas, de que una sociedad privada (la *Compagnie Général des Eaux*) vinculada con la entidad pública *Syndicat des Eaux de l'Île de France* a través de un contrato de gestión interesada de servicio público de abastecimiento de agua, celebrase en nombre y por cuenta de la Administración titular del servicio, los contratos necesarios para la ejecución de las obras de primera instalación precisas para la prestación del servicio. La cuestión residía, entre otros extremos, en si tales contratos podían o no ser calificados de contratos públicos de obras, tanto al amparo del Derecho francés como con arreglo al Derecho comunitario, en cuyo caso se habrían desconocido los procedimientos de adjudicación (el *arrêt* y las conclusiones del comisario del Gobierno, en la *Revue Française de Droit Administratif* núm. 2/1998, pág. 297 y ss.). Por lo que ahora interesa, también en este supuesto va implícito el principio de especialidad como exigencia de relación directa entre la finalidad de las obras y el objeto del contrato de gestión interesada.

⁵⁴ Tanto las personificadas bajo forma societaria de Derecho privado como las que la LOFAGE denomina Entes Públicos Empresariales, con personalidad jurídica de Derecho público pero sujetas en su actividad al Derecho privado.

⁵⁵ Cfr., MONTOYA MARTÍN, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 528. Cita la autora una sentencia del TS español según la cual la actuación de las entidades urbanísticas colaboradoras de los municipios debe realizarse necesariamente dentro del *ámbito objetivo delimitado por el RSCL y sus propios Estatutos* (sentencia de 31 de marzo de 1989, Ar. 2446).

⁵⁶ En este sentido, arts. 41, 45 y 53 y la propia Exposición de Motivos de la LOFAGE, para la cual «partiendo del concepto general (organismos públicos) se distinguen después dos modelos básicos: Organismos Autónomos y Entidades públicas empresariales. Los primeros realizan actividades fundamentalmente administrativas y se someten plenamente al Derecho público; en tanto que los segundos realizan actividades de prestación de servicios o de producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y, a pesar de estar regidos en general por el Derecho privado, les resulta aplicable el régimen de Derecho público en relación con el ejercicio de potestades públicas y con determinados aspectos de su funcionamiento» (aptdo. XI, par. 2º).

bien se comprende, la exigencia de una determinación legal y estatutaria lo más definida posible de los fines de estas entidades. En definitiva, la especificidad de su objeto «social» como manifestación del principio de legalidad.

En cuanto a las empresas titulares de derechos especiales o exclusivos, por emplear la terminología comunitaria, su propia consideración excepcional obliga a una precisión clara y definida de cuáles sean precisamente esos derechos y, asimismo, a separar las actividades realizadas en su ejercicio de las realizadas en régimen normal de concurrencia⁵⁷, tal y como ya se recoge en las nuevas leyes españolas reguladoras de servicios y actividades sobre los que se conceden este tipo de derechos⁵⁸. Un argumento añadido, para cuando la atribución de tales derechos no se realice por ley sino a través del correspondiente contrato de gestión de servicios públicos, vendría constituido por la necesaria determinación del objeto del contrato, tal y como reclama la LCAP en general y en particular para este tipo de contratos⁵⁹.

3.4. El ámbito de aplicación de las directivas de contratación y los instrumentos y fondos estructurales comunitarios (cuestión 7ª)

La respuesta ofrecida por el Tribunal —en plena sintonía con el Abogado General— a esta séptima cuestión, resulta lógicamente de la ofrecida a las cuestiones anteriores. Por tanto, la compatibilidad con la normativa comunitaria en materia de contratación pública, exigida por el art. 7.1º del Reglamento 2081/93 para las acciones financiadas por los fondos e instrumentos comunitarios con finalidad estructural, sólo resulta exigible para las entidades «que estén incluidas en el ámbito de aplicación definido por la legislación comunitaria correspondiente»⁶⁰, en particular, por la Directiva 89/665/CEE⁶¹.

IV. LA SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1998

En este pronunciamiento, el Tribunal de Justicia no sólo confirma muchas de las interpretaciones recogidas en la sentencia de 15 de enero, sino que también, como consecuencia de las particularidades del asunto, penetra

⁵⁷ Acerca de la separación de actividades como presupuesto de la nueva regulación de los servicios públicos promovida desde la Unión Europea, *vid.* MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y Mercado*, vol. I, Civitas, Madrid, 1998, pág. 227 y ss.

⁵⁸ Como manifestación más reciente de este principio de separación entre actividades realizadas en régimen de concurrencia y las realizadas en el ejercicio de derechos especiales o exclusivos, *vid.* el proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOCG núm. A 142-1, de 9 de octubre de 1998) que prevé una reforma del apartado 3º de la DT 2ª de la Ley del Servicio Postal Universal que obligará a los operadores que, junto con otras, desempeñen actividades de servicio público a llevar contabilidades separadas para cada una de ellas.

⁵⁹ *Cfr.*, art. 11.c), 13 y, en concreto para el contrato de gestión de servicios públicos, 156.2ª.

⁶⁰ Párrafo 48 de la sentencia y punto 105 de las conclusiones del Abogado General.

⁶¹ Sobre «Continuación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos de suministros y de obras».

en ámbitos (en especial, el de la relación entre el concepto de organismo de Derecho público y el de entes titulares de derechos especiales y exclusivos) apenas apuntados en la sentencia *Masmesmann*. Por esta razón, para aligerar la exposición y a fin de evitar caer en la reiteración de argumentos, en el comentario de esta sentencia *BFI Holding BV* se abordarán exclusivamente aquéllos que suponga una innovación o una extensión de la línea jurisprudencial iniciada con la ya tantas veces mencionada de 15 de enero.

1. *Antecedentes*

Por acuerdos de 6 y 28 de mayo de 1994, los municipios de Arnhem y Rheden constituyeron la sociedad anónima ARA a la que encomendaron la realización «de todas las actividades, en el ámbito económico, que tengan por finalidad 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 domésticos, residuos industriales y otros flujos parciales de residuos que se determinarán, así como la realización de actividades en el ámbito de la limpieza de la vía pública, erradicación de plagas y desinfección», apoderándola para «la constitución de empresas, la cooperación con 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»⁶².

Por lo que ahora interesa, los estatutos de esta sociedad prevén que sólo puedan ser socios de la misma «personas jurídicas de Derecho público» u otras sociedades de las que al menos el 90% de las acciones se halle en manos de personas de Derecho público⁶³. Asimismo, los municipios designarán a la mayoría absoluta de los miembros del Comité de Vigilancia de ARA⁶⁴.

Constituida dicha sociedad, los municipios de Arnhem y Rheden firmaron con ella sendos acuerdos de prestación de servicios. Posteriormente, ARA creó la sociedad Aracom, a la que encomendó la recogida de residuos industriales y, poco después, la sociedad ARA Holding NV que detenta la totalidad del capital de ambas sociedades.

Por recurso presentado el día 2 de noviembre de 1994, la empresa privada BFI Holding BV, dedicada a la recogida y tratamiento de residuos domésticos e industriales, solicitó al *Arrondissementsrechtbank* de Arnhem que declarase que la Directiva 92/50/CEE⁶⁵ era aplicable al contrato celebrado entre ARA y los dos municipios mencionados, recurso estimado por sentencia de 18 de mayo de 1995, en la que se negaba la existencia de un derecho exclusivo que justificase la pertinencia de la excepción contenida en el art. 6

⁶² Cfr., art.2.1º, letras a) y b) de los Estatutos de la sociedad ARA.

⁶³ Art. 6.

⁶⁴ Cinco miembros de un órgano que puede oscilar entre siete y nueve (art.13.2º de los Estatutos).

⁶⁵ De coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

de la Directiva⁶⁶. Apelada esta resolución a instancia de los municipios interesados ante el *Gerechtshof* de Arnhem, éste decidió con carácter provisional⁶⁷ la existencia de derechos especiales o exclusivos a favor de ARA y que, por tanto, le era de aplicación la excepción del art. 6 de la Directiva 92/50/CEE.

2. Las cuestiones prejudiciales

En este estado de cosas, el Tribunal de apelación suspende el proceso y eleva al Tribunal de Justicia cuestión prejudicial a través de la que demandó respuesta del Tribunal sobre los siguientes extremos, todos ellos atinentes a la interpretación del art. 1.b) Directiva 92/50/CEE⁶⁹:

1. En primer lugar si, en el contexto del citado precepto, «necesidades de interés general» y «carácter industrial o mercantil» son conceptos opuestos o si, por el contrario, la exigencia de que no tengan carácter industrial o mercantil es una especificación que se establece dentro del género «necesidades de interés general».

2. De considerarse que ambos conceptos son opuestos, ¿debe entenderse que no se pueden calificar de actividades de satisfacción de intereses generales aquéllas que son desarrolladas por empresas privadas y, en tal caso, que existe siempre carácter industrial o mercantil, en el sentido del art.1.b) citado, cuando las actividades de que se trate son desempeñadas por empresas privadas?

3. Por el contrario, si se considera que el «carácter industrial o mercantil» constituye una especie dentro del género «actividades de satisfacción de necesidades interés general», ¿debe entenderse que la presencia de aquel carácter depende de que existan empresas privadas que satisfagan dichas actividades?

4. Igual que en el caso de la sentencia *Mannesmann*, el órgano jurisdiccional estatal pregunta si el requisito de haber «sido creado específica-

⁶⁶ El art. 6 de la Directiva 92/50/CEE dispone que «la presente Directiva no se aplicará a los contratos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo a la letra b) del art.1 (es decir, que sea un organismo de Derecho público), sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado». Precisamente, la sentencia de instancia niega la existencia de derechos especiales o exclusivos por no haber sido éstos conferidos a través de una disposición legal, reglamentaria o administrativa publicada. También el preámbulo de la Directiva, considerando 12º, recoge la mencionada excepción al indicar que sólo caen dentro de su ámbito de aplicación la prestación de servicios que se funde en un contrato público, pero no las que se realicen sobre otra base distinta como leyes, reglamentos o contratos laborales, entendiéndose por contratos públicos a estos efectos «los contratos a título oneroso celebrados en forma escrita entre un prestador de servicios y un poder adjudicador» (art. 1.a de la Directiva 92/50/CEE).

⁶⁷ Resolución que, a pesar de su carácter provisional, prejuzgaba la decisión final del proceso (dicho sea a salvo de eventuales errores de traducción de la sentencia).

⁶⁸ Cuyo contenido es idéntico al que, con el mismo número, figura en la Directiva 93/37/CEE.

mente para satisfacer necesidades de interés general» exige que el organismo de que se trate satisfaga en manera exclusiva dichas necesidades.

5. O, que en su caso, y con relación al requisito a que se refiere la cuarta cuestión, ¿exige éste que dicho organismo deba satisfacer «casi exclusivamente o en gran medida o en preponderante medida» necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil para poderse entender que sigue cumpliendo el requisito de haber sido «creado específicamente» para la satisfacción de las mismas?

6. ¿El dato de que las necesidades de interés general que satisface el organismo deriven de una ley, un reglamento o un acto administrativo, en el sentido del art. 6 de la Directiva 92/50/CEE, podría hacer variar la contestación que se dé a las cuestiones primera y quinta?

7. ¿El dato de que las actividades mercantiles sean ejercidas por una persona jurídica distinta pero que forma parte de un grupo en el que también se ejercen actividades de satisfacción de necesidades de interés general, podría hacer variar la contestación que se da a la cuestión cuarta?

Como se puede comprobar, los temas suscitados coinciden sustancialmente con los debatidos en el proceso *Mannesmann*. Pero, y a diferencia de la sistemática seguida para el comentario y exposición de aquel asunto, algunas consideraciones realizadas por el Abogado General, La Pergola, aconsejan abordar primero éstas y, sólo después, la sentencia.

Además, al margen de lo que se acaba de indicar, la activa intervención de los Gobiernos de los Estados miembros⁶⁹, prueba inequívoca de la trascendencia del asunto, provocó que el debate procesal no se circunscribiese exclusivamente a los temas suscitados en la cuestión prejudicial. En especial, las alegaciones de los gobiernos británico y francés son tratadas, en las conclusiones y en la sentencia, con carácter previo al examen de las cuestiones prejudiciales y, con el mismo carácter, serán abordadas en el presente estudio.

3. Alegaciones de los Estados miembros comparecientes

El Gobierno británico, en sus alegaciones, niega que la relación existente entre ARA y los municipios de Arnhem y Rheden pueda ser calificada como contrato público en el sentido de la Directiva 92/50/CEE. Desde su punto de vista, se trataría de una concesión de servicio «por razón de la delegación que una autoridad pública ha realizado en favor de una entidad dotada de personalidad jurídica propia, con el fin de permitirle a esta última prestar un servicio que el concedente venía prestando directamente»⁷⁰. En esa misma línea de ar-

⁶⁹ A través de la vía abierta por el art. 20 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, al que se remite el art. 104 del Reglamento de Procedimiento de dicho Tribunal, se personaron en el proceso y presentaron alegaciones los gobiernos de Holanda, República Federal de Alemania, Dinamarca, España, Francia, Finlandia, Austria, Suecia y el Reino Unido.

⁷⁰ Cfr., punto 30 de las conclusiones del Abogado General.

gumentación se mueven algunas de las alegaciones deducidas por el Gobierno francés, si bien, más que incidir en la nota de la delegación de la prestación del servicio, lo hace en la de la remuneración que, en las concesiones de servicio público consiste, desde su punto de vista, o en el derecho de explotar el servicio o en este derecho acompañado de un precio ⁷¹.

En otra de sus alegaciones, el Gobierno francés sostuvo que ARA, en cuanto que asociación formada por varios entes adjudicadores, gozaba por derecho propio de la condición de poder adjudicador sin que fuese necesario justificar dicha condición a través de la aplicación del concepto de «organismo de Derecho público» ⁷². En cualquier caso, dada su directa relación con los temas suscitados en la cuestión prejudicial, el tratamiento de esta alegación se hará en los epígrafes correspondientes a aquélla.

Por lo que se refiere a las alegaciones de los gobiernos británico y francés relativas al ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 92/50/CEE ⁷³, tanto la sentencia como las conclusiones del Abogado General, problemas procesales aparte ⁷⁴, rechazan que la relación existente entre ARA y los municipios de Arnhem y Rheden pueda ser considerada como una concesión de servicio público. Para éste, tal rechazo resulta de modo inequívoco del dato de que el concesionario no asume el riesgo ligado a la prestación del servicio ⁷⁵.

Pero que la relación litigiosa carezca de las notas que caracterizan, de acuerdo con el ordenamiento comunitario, a las concesiones de servicio público, implica necesariamente que constituya un contrato público de servi-

⁷¹ Vid. punto 29 de las conclusiones y párrafo 24 de la sentencia.

⁷² Vid. párrafo 26 de la sentencia.

⁷³ Debido a la coincidencia de la segunda de las alegaciones del Gobierno francés con algunas de las formuladas a través de la cuestión prejudicial, el tratamiento de ambas se hará de forma conjunta en el epígrafe correspondiente.

⁷⁴ En el momento en que se planteó la cuestión prejudicial ante el TJCE, el Tribunal de instancia había ya negado que la relación entre ARA y los dos entes locales holandeses pudiese ser calificada como concesión de servicio público y tal pronunciamiento no había sido objeto de apelación. Por lo tanto, una eventual calificación distinta efectuada por el TJCE carecería de cualquier eficacia sobre el proceso principal. Reconoce el Abogado General (cfr., puntos 31 y ss. de sus conclusiones) que esta posición, mantenida por BFI Holding y, en parte, por la propia Comisión, se halla respaldada por la propia jurisprudencia comunitaria (cita a este respecto la sentencia *Van Schijndel*, de 14 de diciembre de 1995, as. C-430/93 y C-431/93, *Rec. I-4705*). Sin embargo, para La Pergola, la irrelevancia para el proceso principal no exonera al Tribunal de Justicia de calificar preliminarmente la relación jurídica litigiosa, sin perjuicio de que el mismo órgano jurisdiccional advierta de la ineficacia de dicha calificación para el proceso concreto en cuyo seno se deduce la cuestión prejudicial (punto 32, párrafo 2º de las conclusiones).

⁷⁵ Porque «la retribución pagada a ARA consiste únicamente en un precio y no en el derecho de explotación del servicio» (párrafo 25). En las conclusiones, partiendo del dato cierto de que no existe una definición jurídico-comunitaria de concesión de servicio público (al margen del concepto ofrecido por la Directiva 93/37/CEE de la concesión de obra pública), se realiza un repaso de aquellos criterios o índices que caracterizan la figura de la concesión de servicio público frente a la del contrato de servicios: (i) si en la primera la destinataria del servicio es la colectividad, un tercero extraño a la relación contractual, en el segundo lo es el propio ente contratante; (ii) la concesión de servicio exige que el servicio prestado revista interés general, «de modo que su prestación compete institucionalmente a una autoridad pública»; (iii) frente al precio cierto, la contraprestación del concesionario resulta, en todo o en parte, de la propia explotación del servicio; y (iv) frente a lo que sucede en los contratos de servicios, el concesionario asume el riesgo económico derivado de la prestación y de la gestión del servicio concedido.

cios, en la acepción que a este término da la Directiva 92/50/CEE⁷⁶, principalmente por carecer de las notas de onerosidad y de, por así decir, «alteridad»⁷⁷.

En efecto, en la relación litigiosa no se contempla «un precio predeterminado o predeterminable al que se pueda hacer referencia»⁷⁸ hasta el extremo, gráficamente puesto de relieve por La Pergola, de que «la remuneración se basa en definitiva en una condición meramente potestativa, según la cual los municipios son árbitros incontestables sobre el *an* y sobre el *quantum* de la transferencia de recursos a ARA, ejercitando de esta forma sobre dicho organismo un verdadero y propio *ius vitae ac necis*»⁷⁹.

Por lo tanto, lo que se viene a sostener, en una suerte de «levantamiento del velo», es que ARA es un órgano, en sentido lato, de ambos municipios. Es decir, que a pesar de hallarse personificada como sociedad de capital forma parte de la estructura organizativa de las administraciones consorciadas⁸⁰, no siendo más que resultado de la libertad que «la autoridad pública tiene para organizar su estructura del modo que mejor responda a las necesidades de la colectividad»⁸¹, resuelta en este caso a través de una «delegación interorgánica» que no trasciende de la esfera administrativa municipal⁸².

4. *Las conclusiones del Abogado General y la sentencia*

Al igual que en el asunto *Mannesmann*, también en el *BFI Holding NV* que ahora se comenta, se produce una coincidencia sustancial entre los pronunciamientos contenidos en la sentencia y las conclusiones del Abogado General, prueba de que se acude a la conformación de una doctrina jurisprudencial estable, con vocación de ser aplicada en otros asuntos, presumiblemente numerosos, de los que en el futuro conozca el Tribunal de Justicia.

De un modo u otro, todas las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional holandés versan sobre la interpretación que deba darse a la noción «satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil», que constituye uno de los tres requisitos que han de concurrir en una entidad para poder ser calificada como «organismo de Derecho público» a los efectos del art.1.b) de la Directiva 92/50/CEE.

Como oportunamente advierte La Pergola, resulta difícil, cuando no imposible, establecer índices interpretativos generales que prescindan de las

⁷⁶ Puntos 33 a 38 de las conclusiones.

⁷⁷ *Terzietà*, en la versión italiana de las conclusiones (cfr., punto 38).

⁷⁸ Conclusiones del Abogado General, punto 34.

⁷⁹ *Ibidem*, 35.

⁸⁰ *Ibidem*, 36.

⁸¹ *Ibidem*, 37.

⁸² *Ibidem*, 38.

peculiaridades de cada caso concreto⁸³. Niega el Abogado General que con tal definición la Directiva 92/50/CEE haya pretendido crear una categoría comunitaria, sino simplemente remitirse «a lo que al respecto dispongan las legislaciones de los Estados miembros»⁸⁴. Tras este recordatorio previo, se está ya en condiciones de analizar el tratamiento dispensado a cada una de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional holandés.

4.1. Sobre la relación entre los conceptos «necesidades de interés general» y «carácter industrial o mercantil» (cuestiones 1ª y 2ª)

En la primera de estas dos cuestiones subordinadas, preguntaba el Tribunal de reenvío si ambos conceptos debían considerarse como opuestos o si, por el contrario, la exigencia de que el ente de que se trate no tenga «carácter industrial o mercantil» es una especificación que se establece dentro del género «necesidades de interés general».

En plena coincidencia con lo indicado por el Abogado General, el Tribunal interpreta que la exigencia de que el ente carezca de carácter industrial o mercantil trata de precisar el concepto, más amplio, de necesidades de interés general. Para llegar a este pronunciamiento, en todo coherente con la sentencia *Mannesmann*, se acude tanto a la letra del art. 1.b) de la Directiva 92/50/CEE⁸⁵ como a la doctrina del efecto útil y la propia interpretación lógica del precepto, pues «si el legislador comunitario hubiese 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»⁸⁶.

4.2. Acerca de si la actividad desarrollada por un «organismo de Derecho público» puede ser ejercida por empresas privadas (cuestión 3ª)

El planteamiento de esta cuestión obedece a la alegación realizada por la empresa demandante en el proceso principal, según la cual el de recogida y tratamiento de residuos domésticos e industriales constituye un mercado de naturaleza mercantil, pues dichas actividades son mayoritariamente desarrolladas por empresas privadas.

⁸³ Cfr., punto 42 de las conclusiones. Quizás el único criterio interpretativo general sea el que atiende a la falta de riesgo empresarial que debe caracterizar la gestión del organismo de que se trate pero, como se reconoce en las propias conclusiones, este criterio «pone el acento más sobre el carácter industrial o comercial de la actividad que sobre la naturaleza de interés general del interés a satisfacer», concepto éste que «varía sensiblemente de un Estado miembro a otro y según cuál sea el momento histórico que se tome en consideración».

⁸⁴ *Ibidem*, 43.

⁸⁵ Cfr., párrafo 32 de la sentencia.

⁸⁶ *Ibidem*, 35.

Sin embargo, a juicio del Tribunal, tal alegación debe ser rechazada. No sólo porque tal dato carezca de trascendencia alguna a los efectos del art.1.b) de la Directiva 92/50/CEE⁸⁷, sino también, entre otras razones, porque, persiguiendo la Directiva eliminar las trabas a la libre circulación de servicios, la existencia de competencia «no basta para excluir la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otro organismo de Derecho público, se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico»⁸⁸ para, hay que entender, privilegiar a ciertos licitadores frente a los establecidos en otro Estado miembro.

De este modo —aun a pesar de la advertencia de que la existencia de una competencia desarrollada puede ser un índice de que la necesidad de que se trate no merezca ser calificada como «de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil»⁸⁹, en una suerte de reconocimiento de un debilitado principio de subsidiariedad de la iniciativa pública económica frente a la privada⁹⁰—, se concluye que «el concepto de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil no excluye las necesidades que también son o podrían ser satisfechas por empresas privadas»⁹¹.

4.3. Coherencia entre el objeto para el que el organismo haya sido creado y la actividad efectivamente desarrollada. (cuestiones 4ª, 5ª y 7ª)

Este grupo de cuestiones es resuelto mediante la aplicación directa de la interpretación sentada en la sentencia *Mannesmann*, al señalarse que «es indiferente que, además de cumplir la función de satisfacer necesidades de interés general, una entidad pueda desempeñar otras actividades», que «el hecho de que la satisfacción de necesidades de interés general sólo constituya una parte relativamente poco importante de las actividades realmente

⁸⁷ Que «sólo se refiere a las necesidades que el organismo ha de satisfacer y no se refiere en modo alguno a la circunstancia de que dichas necesidades también puedan ser satisfechas por empresas privadas» (párrafo 40).

⁸⁸ *Ibidem*, 41.

⁸⁹ *Ibidem*, 49.

⁹⁰ La advertencia sirve para definir un poco más los contornos del huidizo concepto «actividades de satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil», pues entiende el Tribunal de Justicia que éstas «no se satisfacen, por regla general, mediante la oferta de bienes y servicios en el mercado». Del análisis de la lista de organismos contenida en el anexo I de la Directiva 92/50/CEE —cuya no exhaustividad sanciona, siguiendo la senda marcada por la sentencia *Mannesmann* (cfr., párrafo 50: «sin ser exhaustiva, dicha lista pretende ser lo más completa posible») —concluye la sentencia que «se trata de necesidades que, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia dominante» (cfr., párrafo 51). De esta forma, cayendo en una cierta tautología, remite a las instancias competentes de los Estados miembros la determinación de cuáles sean tales necesidades, determinación que tiene una influencia directa en la fijación del ámbito de aplicación de la Directiva.

⁹¹ *Ibidem*, 53.

emprendidas por tal entidad tampoco es pertinente, puesto que ésta sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer»⁹² y que, por consiguiente, «con más razón es indiferente que una persona jurídica distinta, que forme parte del mismo grupo o *Konzern* que dicho organismo, ejerza actividades mercantiles»⁹³.

4.4. Relevancia de la naturaleza legal, reglamentaria o administrativa de las necesidades a satisfacer (cuestión 6ª)

Esta naturaleza de la actividad de que se trate es relevante a los efectos del art. 6 de la Directiva 92/50/CEE —que, como ya se sabe, excluye de la aplicación de la misma aquellas actividades desempeñadas en ejercicio de algún derecho especial o exclusivo en el sentido del art. 86 TCE⁹⁴— pero no, según el Tribunal, a los del art. 1.b), que no contiene referencia alguna al fundamento jurídico de las actividades de que se trate⁹⁵.

Abundando en esa conclusión, argumenta la sentencia que entender otra cosa sería contrario a la interpretación funcional que, en aras al principio de libre circulación de servicios, debe darse del concepto «poderes adjudicadores», en la medida en que supondría establecer 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»⁹⁶.

V. CONCLUSIÓN: LA REPERCUSIÓN DE LA SENTENCIA *MANNESMANN* EN LA REGULACIÓN GALLEGA Y ESPAÑOLA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Acaba de exponerse cómo el principio de especialidad del objeto social de los entes instrumentales de los poderes públicos actúa como garantía del sometimiento de éstos a un régimen jurídico-público de contratación. Un contenido y una eficacia puramente jurídico-públicos de este principio, en cuanto concreción del más general de legalidad de las Administraciones Públicas y que, por lo demás, viene siendo comúnmente pre-

⁹² *Ibidem*, 55.

⁹³ *Ibidem*, 56. Aunque, a la inversa, la existencia de un Organismo de Derecho público dentro de un grupo de empresas no implique que todas ellas deban ser consideradas necesariamente, por ese solo dato, poderes adjudicadores (cfr., párrafo 57).

⁹⁴ En concreto, dispone este precepto que «la presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo a la letra b) del art.1, sobre la base de un derecho exclusivo de que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado».

⁹⁵ Cfr., párrafo 62.

⁹⁶ *Ibidem*.

dicado de los entes institucionales, en clásica contraposición a la universalidad de los territoriales⁹⁷.

Pero así como para los entes institucionales con personalidad jurídica de Derecho público (los denominados por la LOFAGE «organismos públicos») este principio de especialidad se consagra⁹⁸ e incluso se refuerza con el establecimiento de una cierta coherencia entre forma de personificación y naturaleza de las actividades a realizar, siempre caracterizadas estas últimas por la presencia de un interés general o por la atribución de potestades públicas para su realización, la cuestión queda aún pendiente respecto de los entes personificados en forma privada, tanto societaria como fundacional.

Para éstos, a partir de lo dispuesto en la DA 12ª de la propia LOFAGE, podría pensarse que, en el sistema de esta Ley, se da una correspondencia perfecta entre personificación de Derecho público y ejercicio de actividades de interés general, por un lado, y, del otro, personificación de Derecho privado y ejercicio de actividades de carácter industrial o mercantil. Sin embargo, ni tal correspondencia es correcta, en la medida en que envuelve una cierta confusión conceptual⁹⁹ ni ha sido confirmada, sino más bien todo lo contrario, por la práctica legislativa posterior a la LOFAGE. Existen, en conclusión, entes instrumentales dependientes de, o vinculados, a la Administración del Estado, personificados en forma jurídico-privada y que, sin embargo, en cuanto que «organismos de Derecho público», merecen la calificación de poderes adjudicadores en el sentido de las Directivas comunitarias de contratación¹⁰⁰. O, dicho de otro modo, para los entes instrumentales privados no se exige la coherencia entre forma jurídica y tipo de actividad que la LOFAGE establece para los organismos públicos.

⁹⁷ Vid., por todos, PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo. II. Organización y Empleo Público*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 234, en la que recuerda que «frente a la situación de autonomía y vocación de competencia general que asumen los entes territoriales (Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales), las características básicas de los Entes institucionales son la *especialidad de sus fines* y la dependencia de un Ente territorial, lo que se hace compatible con la atribución de personalidad jurídica independiente de éste».

⁹⁸ Los dos subtipos de organismos públicos tienen como funciones bien «la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos» (art. 45.1, para los Organismos Autónomos) bien la «realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios públicos o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación» (art. 53.1, para las Entidades Públicas Empresariales).

⁹⁹ En efecto, que estas sociedades mercantiles estatales no puedan «disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública» (DA 12ª LOFAGE *in fine*), lo cual no es sino manifestación concreta de la prohibición general de encomienda a personas o entidades privadas de «actividades que, según la legislación vigente, deban realizarse con sujeción al Derecho administrativo» (art. 15.5 LPAC), no obsta a que esas actividades puedan ser calificadas como de «satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil».

¹⁰⁰ En el sentido indicado en el texto, nota de DELA SERNA (cfr., «Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública», en DA núm. 246-247, septiembre 1996-abril 1997, pág. 510), acertadamente, que «no es posible desconocer el hecho de que existen, ciertamente, sociedades mercantiles cuyo objeto social es la consecución de algún fin de interés público», de las que pone como ejemplo las incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de la enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas.

Para el ordenamiento gallego, aparte de ser perfectamente aplicables las consideraciones realizadas en relación con el estatal, la mencionada Ley 10/1996, de 5 de noviembre, de «actuación de entes y empresas en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia en materia de personal y contratación» confirma que, para la determinación del régimen jurídico aplicable, no se atiende en absoluto a la naturaleza ni a la finalidad de la actividad desarrollada por el ente de que se trate, sino exclusivamente al dato puramente formal de su personificación.

Pues bien: en el estado de cosas descrito, la jurisprudencia *Mannesmann*, elaborada para garantizar la efectividad de las normas comunitarias de contratación pública, puede producir una curiosa consecuencia: que la entera actividad contractual de estos entes instrumentales personificados en forma jurídico-privada se deba realizar en régimen de Derecho público con tal que alguna parte de su actividad pueda ser considerada «como de satisfacción de intereses generales». O, dicho de otro modo: esta sentencia puede constituir un paso decisivo en la clarificación del campo de la denominada Administración institucional, prolongando el paso dado por la LOFAGE y extender la obligación de coherencia entre forma y actividad también a las entidades instrumentales de Derecho privado.

Por lo que se refiere a la Ley 10/1996, del Parlamento de Galicia, las sentencias que se acaban de comentar confirman el juicio de incompatibilidad con el Derecho comunitario, adelantado ya por quien escribe poco tiempo después de su publicación¹⁰¹.

En definitiva, las sentencias *Mannesmann* y *BFI Holding NV*, al aclarar el concepto jurídico-comunitario de organismo de Derecho público, extienden el ámbito de aplicación de la normativa europea de contratación pública y, como efecto reflejo, pueden también contribuir a aclarar el, frecuentemente caótico, campo de la Administración instrumental o institucional.

¹⁰¹ En la ponencia «Os procedimentos de adxudicación e a perfección e formalización dos contratos administrativos», pronunciada el día 9 de diciembre de 1996 en el marco de las «Xornadas de estudo sobre a contratación administrativa», organizadas por la EGAP y la Asesoría Jurídica General de la Xunta de Galicia (de próxima publicación en el núm. 2 del *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*).

