

# ENTES INSTRUMENTAIS E DEREITO COMUNITARIO DA CONTRATACIÓN PÚBLICA: O CONCEPTO DE “ORGANISMO DE DEREITO PÚBLICO”

(Acerca da Sentencia do Tribunal de Xustiza da  
Unión Europea do 15 de xaneiro de 1998, –as. Mannesmann–)

Carlos I. Aymerich Cano

Profesor titular de dereito administrativo.  
Universidade da Coruña

## 1. Introducción

Na xa abundante xurisprudencia do TXCE sobre contratación pública, son raros os pronunciamentos relativos ó ámbito subxectivo de aplicación das normas comunitarias na materia, en vivo contraste coa profusión de decisións relativas a outros aspectos tales como a eficacia directa das directivas e a cumprida interpretación das obrigas (especialmente en materia de publicidade) que estas lles imponen ós poderes adxudicadores.

A irrupción destes temas manifesta a entrada nunha nova fase dentro da evolución do dereito comunitario da contratación pública. Quérese dicir que aínda non estando completo, en tódolos estados membros se deron importantes avances no proceso de transposición das directivas comunitarias e compételle agora ó tribunal, nesta nova xeira que se abre, resolve-los problemas interpretativos que levanta a aplicación práctica desta normativa.

En concreto sobre o ámbito subxectivo de aplicación do dereito comunitario da contratación pública, en moi poucas ocasións se pronunciara o TXCE con certa extensión. E entre elas, destaca a Sentencia do 20 de setembro de 1988<sup>1</sup> na que se afirma o concepto “funcional” que do Estado e dos poderes públicos, para os efectos da contratación pública, sostén a xurisprudencia europea<sup>2</sup>.

Sen embargo a ninguén se lle oculta a importancia da cuestión. Non só desde o punto de vista da comunmente denominada “fuxida ó dereito privado”, senón tamén do da procura dunha eficacia e dunha aplicación substancialmente igual deste *corpus* normativo nos diferentes estados membros. E de que, como se acaba de indicar, a cuestión é relevante, dá conta o dato de que foi precisamente este un dos aspectos polos que a comisión se mostrou máis preocupada<sup>3</sup> e onde máis incidiron as sucesivas reformas das directivas de contratación pública.

Por todo o anterior, a Sentencia do TXCE do 15 de xaneiro de 1998<sup>4</sup> adquire unha especial importancia por interpreta-lo concepto “organismo de dereito público” empregado polas directivas para deseña-lo seu ámbito subxectivo de aplicación<sup>5</sup> e ofrecer, a través desta, unha orientación

<sup>1</sup> As. 31/1987, Rec. 4635, Beentjes.

<sup>2</sup> Nesta sentenza, o tribunal non analiza o concepto de “organismo de dereito público”, nin sequera o seu antecedente “persoa xurídica de dereito público”, que era o empregado na Dir. 71/305/CEE, que é a norma que a sentenza aplica. Pola contra, o tribunal analiza o concepto de “Estado”, o primeiro dos empregados nos preceptos que desenhán o ámbito de aplicación subxectivo da normativa europea sobre contratación pública, para dicir que “o concepto de Estado (...) debe recibir unha interpretación funcional. O fin da directiva, tendente á efectiva realización da liberdade de establecemento e da libre prestación de servizos en materia de contratos públicos de obras, veríase en efecto comprometido se a aplicación do réxime que prevé a directiva se debese excluír polo feito de que un contrato público de obras fose adxudicado por un organismo que, malia ser creado para desempeña-las tarefas que a lei lle confire, non se encontrase formalmente integrado na Administración do Estado” (parágrafo 11). Conclúe o tribunal o seu argumento afirmando que “un organismo, a composición e funcións do cal, como sucede no caso de autos, están previstas pola lei, e que depende dos poderes públicos tanto pola designación dos seus membros como pola garantía das obrigas decorrentes dos seus actos, como polo financiamento dos contratos públicos que está encargado de adxudicar, debe considerarse comprendido no Estado para os efectos da disposición citada anteriormente, aínda que formalmente non constituía unha parte integrante del”(parágrafo 12).

<sup>3</sup> Así, por exemplo, o Libro Verde da comisión “A contratación pública na UE: reflexións para o futuro”, de novembro de 1996, dentro do epígrafe dedicado ós “problemas de aplicación incorrecta das directivas”, refírese en primeiro lugar ás dificultades que levanta a interpretación correcta dos conceptos que figuran nas directivas, e transcribe a Sentencia Beentjes para lembra-lo carácter funcional ou material, non formal, con que nelas se emprega o concepto “poder adxudicador” (cfr. punto 3.11).

<sup>4</sup> As. C-44/1998, Rec. I-73, Mannesman, só recentemente obxecto de publicación completa oficial.

<sup>5</sup> O concepto empregouse por primeira vez na Dir. 89/440/CEE do consello, en

verdadeira para as autoridades encargadas de integralas e aplicalas dentro de cada ordenamento estatal.

En concreto, polo que atinxe ós lexisladores español e galego, a doutrina establecida nesta sentenza non deixará de producir importantes consecuencias, tendo en conta a teimosía con que ámbolos dous seguen ancorados nunha definición formal –é dicir, pendente da forma xurídica de personificación das correspondentes entidades– do ámbito subxectivo de aplicación das normas reguladoras da contratación dos poderes públicos.

## 2. O ámbito de aplicación subxectivo das normas reguladoras dos contratos públicos: o concepto de organismo de dereito público

### 2.1. No dereito comunitario europeo.

Antes da reforma operada pola Dir. 89/440/CEE, do 18 de xullo de 1989<sup>6</sup>, o art. 1.b) da Dir. 71/305/CEE<sup>7</sup> a penas consideraba como “poderes adjudicadores” o Estado, as colectividade territoriais e as “persoas xurídicas de dereito público enumeradas no anexo I”, e afirmaba implicitamente o carácter exhaustivo da lista de entes recollida neste anexo I.

A partir da citada Dir. 89/440/CEE substitúese a confusa expresión “persoas xurídicas de dereito público” pola máis precisa, en canto que obxecto de definición auténtica na propia norma, de “organismo de dereito público”. Deste modo, o art. 1.b) define como organismo de dereito público “todo organismo (i) creado para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñan carácter mercantil (ii) dotado de personalidade xurídica e (iii) a actividade do cal estea maioritariamente financiada polo Estado, os entes territoriais ou outros organismos de dereito público, ou ben, a xestión do cal estea sometida a un control por parte destes últimos, ou ben, o órgano de administración, de dirección ou de vixilancia do cal estea composto por membros máis da metade dos cales sexan nomeados polo Estado, os entes territoriais ou outros organismos de dereito público”<sup>8</sup>.

substitución do de “persoas xurídicas de dereito público” empregado ata ese momento pola Dir. 71/305/CEE, a primeira relativa ós contratos públicos de obras.

<sup>6</sup> DOCE L 210, páx. 1.

<sup>7</sup> Sobre coordinación dos procedementos de adjudicación dos contratos públicos de obras.

<sup>8</sup> Definición que é, substancialmente, a recollida no art. 1.b) da vixente Dir. 93/37/CEE, non afectada neste punto pola Dir. 97/52/CEE.

Esta definición auténtica do concepto “organismo de dereito público”, desenvolvida como se verá na STXCE do 15 de xaneiro de 1998, ten aínda outra consecuencia: a de confirma-lo carácter puramente exemplificativo dos anexos que, con anterioridade xa viña sendo defendido pola doutrina<sup>9</sup> e, dalgún modo, se podía xa deducir da Sentencia Beentjes que resolveu a suxeición á Dir. 71/305/CEE do contrato adjudicado por unha entidade holandesa<sup>10</sup> non mencionada no anexo I da citada norma.

En conclusión, conforme coa xurisprudencia comunitaria, os conceptos que as directivas de contratación empregan para referirse ós denominados “poderes adjudicadores” deben ser interpretados consonte un criterio funcional ou material, precisamente todo o contrario do que, como de seguida se comprobará, fixeron as normas de transposición españolas e galegas. Só deste xeito, razoou o Tribunal europeo, quedará asegurada unha aplicación homoxénea da normativa comunitaria sobre contratación pública nos diferentes estados membros, por riba das peculiaridades dos seus respectivos ordenamentos.

## 2.2. Nas normas de transposición españolas e galegas.

A Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas (en diante, LCAP), culmina o longo e accidentado proceso de integración no dereito español da normativa europea reguladora da contratación pública. Polo que atinxe concretamente á determinación do ámbito de aplicación subxectiva, o art. 1 da LCAP semella, polo menos é o que se pode deducir dunha primeira lectura, reproducir fielmente o establecido na normativa europea.

Conforme con este precepto, deben axustar a súa actividade contractual ó disposto na lei, para alén da Administración xeral do Estado, das administracións das comunidades autónomas e das entidades que integran a Administración local, “os organismos autónomos en todo caso e as restantes entidades de dereito público con personalidade xurídica propia, vinculadas ou dependentes de calquera das administracións públicas”, sempre que nelas concorran os tres requisitos xa dispostos nas directivas<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Neste sentido cfr. MARGUE, “L’ouverture des marchés publics dans la Communauté. 1ère. partie”, *Revue du marché unique européen*, n.º 3/1991, páx. 164 quen, respecto do anexo I da Dir. 89/440/CEE, sinala que se trata dunha lista non exhaustiva “porque a directiva debe ser respectada por tódolos organismos que cumpran as condicións detalladas no art. 1.b), alínea 2 da directiva”.

<sup>10</sup> A denominada, na tradución da sentenza, “comisión local”, das creadas pola Lei holandesa de concentración parcelaria.

<sup>11</sup> A saber “(a) que fosen creadas para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil (b) que se trate de

A única diferenca, pois, estriba en que no canto da expresión "organismo de dereito público", a LCAP emprega a de "entidade de dereito público". E, sen embargo, trátase dunha diferenca substancial: dun concepto material ou, no dicir do tribunal, "funcional", pásase, na lei española, a outro puramente formal que produce como efecto a exclusión total dos contratos adjudicados por entes instrumentais dos poderes públicos personificados en forma xurídico-privada, fóra do disposto no seu art. 2.2<sup>a</sup><sup>12</sup>, conclusión que a DA 6<sup>a</sup> vén confirmar claramente<sup>13 14</sup>.

Xa que logo, da LCAP española resulta un ámbito de aplicación ben menos amplo có que establecen as directivas europeas que polo tanto, neste punto e para o ordenamento español, deben considerarse directamente aplicables<sup>15</sup>.

---

entidades, a actividade das cales estea maioritariamente financiada polas administracións públicas ou entidades de dereito público ou ben a xestión das cales estea sometida a un control por parte destas últimas, ou os órganos de Administración, de dirección ou de vixilancia dos cales estean compostos por membros, máis da metade dos cales nomeasen as administracións públicas e outras entidades de dereito público".

<sup>12</sup> Que regula a figura dos denominados "contratos privados subvencionados", parcialmente sometidos ás normas reguladoras da contratación pública.

<sup>13</sup> Que, referente ás sociedades mercantís en man pública, a penas suxeita a súa actividade contractual ós principios de publicidade e concorrencia "salvo que a natureza da operación que se vai realizar fose incompatible" cos tales principios.

<sup>14</sup> En calquera caso, non se pode deixar de nota-lo cambio radical que, mesmo así, supuxo este art. 1 LCAP respecto da situación anterior. En realidade este artigo derrogo as previsións contidas nas distintas leis singulares de creación de entes de dereito público (así, Lei 33/1987, do 23 de decembro de creación da FNMT; Lei 16/1987, do 30 de xullo, de creación de ENATCAR, entre outras), e, con elas, das normas regulamentares aprobatorias dos correspondentes estatutos, que, invariablemente, sometían a súa actuación contractual ó dereito privado. É máis, como recentemente lembrou JIMÉNEZ DE CISNEROS CID (cfr. "Organización instrumental pública en la Ley de organización y funcionamiento de la Administración pública", en DA n.º 246/247, setembro 1996-abril 1997, páx. 396), "é quizais no ámbito contractual onde se enxerga con maior claridade a verdadeira razón de ser da aparición destas novas formas de organización da Administración instrumental. A necesidade de dotalas dunha maior axilidade, flexibilidade e rapidez no exercicio das actividades comerciais e de prestación de servizos públicos que se lles atribúen, dise que resulta incompatible cos rixidos procedementos previstos na Lei de contratos do Estado".

<sup>15</sup> A aplicabilidade directa destas directivas, ben consista o incumprimento na falta de transposición en prazo, ben en realizarse unha transposición incorrecta, constitúe unha afirmación constante do TXCE (neste sentido, *vid.* as SSTXCE do 20 de setembro de 1988 - as. Beentjes - e do 22 de xuño de 1989 - as. Fratelli Costanzo). Unha completa exposición da xurisprudencia do TXCE na materia en MICHEL, "La Jurisprudence de la Cour de Justice sur les marches publics: instrumente essentiel pour leur ouverture á la concurrence", *Revue du Marché Unique Européen*, n.º 3, 1994. Neste sentido, a recomendación da XCCA do 25 de outubro de 1994 (BOE do 28 do mesmo mes e ano), lembráballes ós órganos de contratación españoles a necesidade de cumpriren coas obrigas decorrentes das citadas directivas, principalmente en materia de publicidade.

Baseándose nesta opción adoptada pola Lei básica estatal, o lexislador galego realizou un deseño aínda máis estreito do ámbito de aplicación das normas rectoras da contratación dos poderes públicos. Con efecto, a Lei 10/1996, do 5 de novembro<sup>16</sup>, de actuación de entes e empresas nas que ten participación maioritaria a Xunta de Galicia en materia de persoal e contratación, insiste nunha definición formal das entidades<sup>17</sup>, fundacións e sociedades a ela suxeitas e, por esa mesma razón, excluídas da aplicación íntegra da lexislación contractual; en substitución desta, dispón o seu art. 10, estas personificacións instrumentais quedarán sometidas só ás mínimas obrigas en que a lei traduce os principios de publicidade e concorrencia<sup>18</sup>.

### 3. A sentenza do 15 de xaneiro de 1998

#### 3.1. Antecedentes.

En febreiro de 1995, a Österreichsstaatsdruckerei ou imprenta nacional austríaca (no sucesivo, ÖS) adquiriu a empresa Strohal GmbH, especializada nun procedemento específico de impresión. O 11 de outubro de 1995, Strohal fundou a sociedade SRG, da que titula o 99,9% do capital e que ten como obxecto social a produción de impresos segundo o citado procedemento de impresión.

Co fin de acelera-la posta en marcha de SRG, a ÖS sacou a licitación a construción das súas instalacións técnicas. No prego de condicións

<sup>16</sup> *DOG*, n.º 227, do 20 de novembro de 1996.

<sup>17</sup> O art. 1 desta lei establece: "Nos termos regulados nos artigos seguintes, deberán axustar-la súa actuación en materia de persoal e contratación ós principios básicos que regulan a función pública e a contratación das administracións públicas: (a) As entidades de dereito públicas vinculadas á Administración da Comunidade Autónoma ou dependentes dela; (b) As fundacións constituídas maioritariamente por achegas da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia, polos seus organismos autónomos ou entidades de dereito público vinculadas ou dependentes ou das que os seus ingresos proveñan maioritariamente de subvencións con cargo ós orzamentos da Comunidade Autónoma, sempre que neste último caso a Comunidade Autónoma forme parte dos seus órganos de goberno ou dirección, (c) As sociedades mercantís no capital das cales exista participación maioritaria, directa ou indirecta, da Administración da Comunidade Autónoma, dos seus organismos autónomos e das demais entidades de dereito público".

<sup>18</sup> Publicar anuncios de licitación nos medios de comunicación –¿públicos, privados, con que ámbito de difusión?– cunha antecedencia mínima de dez días respecto daquel en que vai ter lugar a adxudicación, obriga, o cumprimento da cal queda eximido "nos mesmos casos exceptuados pola lexislación de contratos das administracións públicas" (vale entender, nos casos en que segundo a LCAP pode acudirse ó procedemento negociado sen publicidade, á contratación menor ou á contratación de emerxencia).

incluíase unha cláusula pola que a ÖS se reservaba o dereito de transferir en calquera momento os dereitos e obrigas procedentes do contrato a un terceiro da súa elección, quería-se pór de manifesto que a licitación se realizaba en beneficio da SRG. Esta primeira licitación anulouse tras un procedemento de arbitraje ante a Bundesvergabekontrollkommission<sup>19</sup> (en diante, BVKK).

Nunha segunda licitación, a ÖS informou os licitadores de que o comitente responsable da licitación e da adxudicación da obra era a sociedade SRG. Sen embargo, tamén esta segunda licitación foi impugnada: unha asociación profesional austríaca de empresas da construción solicitou un procedemento de concialición ante a BVKK por considerar que a licitación debía realizarse segundo o disposto na lexislación reguladora da contratación pública. A BVKK déulle-la razón á ÖS e mais á SRG, considerando que ó se tratar dun contrato privado, a cuestión non era da súa competencia. Aínda así, non se pronunciou acerca da eventual necesidade de respecta-la Dir. 89/665/CEE (recursos), no caso de que o proxecto recibise axudas estruturais comunitarias, segundo o previsto no Regulamento CEE n.º 2081/1993<sup>20</sup>.

Disconformes con esta resolución, Mannesmann Anlagebau e outras empresas constructoras interpuxeron recurso perante o Bundesvergabeamt<sup>21</sup> (en diante, BVA) o cal lle elevou ó tribunal as sete cuestións prejudiciais que están na orixe da sentenza.

### 3.2. As cuestións prexudiciais.

O órgano xurisdiccional –no sentido do art. 177 Tr.CEE<sup>22</sup>– austríaco dirixiulle ó TXCE sete cuestións prexudiciais. Por máis que algunhas delas sexan redundantes, semella de interese para os efectos deste traballo indicalas, aínda que só sexa de forma resumida. En concreto, as cuestións formuladas foron as seguintes:

<sup>19</sup> Comisión federal de control das adxudicacións, órgano creado, en transposición da Dir. 89/665/CEE, pola Bundesvergabegesetz do ano 1993 (en diante, BVG).

<sup>20</sup> DO L n.º 193, do 31 de xullo de 1993. O art. 7.1 deste regulamento dispón que “as accións financiadas polos fondos estruturais ou por medio dunha intervención do BEI ou doutro instrumento financeiro existente, deberanse ater ás disposicións dos tratados e dos actos adoptados en virtude dos tratados, así como ás políticas comunitarias, incluídas as que se refiran ás normas de competencia, á formalización dos contratos públicos...”.

<sup>21</sup> Ou organismo federal austríaco de control das adxudicacións, creado pola mencionada Lei federal de adxudicación dos contratos públicos (BVG), que lle atribúe a este organismo a competencia para coñecer-los recursos presentados contra as resolucións da BVKK.

<sup>22</sup> Acerca da consideración da Bundesvergabeamt como órgano xurisdiccional para os efectos do art. 177 do tratado, o avogado xeral conclúe afirmando a concorrencia

1. Se a imposición por lei a unha empresa da obriga de satisfacer necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil ten como consecuencia someter toda a actividade da empresa á Dir. 93/37/CEE, aínda que tal actividade non industrial nin mercantil só constituía unha parte da actividade global da empresa que actúa no mercado como unha empresa mercantil.

2. Para o caso de que a empresa só estivese sometida á Dir. 93/37/CEE na parte de actividade relativa ós "dereitos especiais e exclusivos" de que goza, pregunta o BVA se se deberían adoptar as medidas organizativas adecuadas para evitar que os ingresos obtidos coa dita parte de actividade se transferiran a "outros sectores da súa actividade mercantil"<sup>23</sup>.

3. Se un poder adjudicador inicia un proxecto cualificable como contrato público de obras ex Dir. 93/37/CEE, a intervención dun terceiro non incluído no ámbito de aplicación da directiva pode dar lugar ó cambio da natureza do proxecto, ou ¿tal transformación debe ser considerada como unha elusión do ámbito de aplicación da directiva, incompatible coa súa finalidade?

4. As empresas creadas por un poder adjudicador para realizar actividades mercantís e sobre as que exerce un control efectivo, ¿merecen tamén a cualificación de poderes adjudicadores?

5. Se un poder adjudicador transfire fondos, obtidos a través do exercicio dos dereitos especiais e exclusivos que lle foron atribuídos a unha empresa que desenvolve unha actividade puramente mercantil na que exerce unha participación maioritaria, ¿supón tal transferencia de fondos que a empresa participada deba ser tratada como poder adjudicador para os efectos da Dir. 93/37/CEE?

6. Se un poder adjudicador que desenvolve tanto actividades de satisfacción de necesidades de interese xeral como actividades puramente mercantís crea uns servizos que permiten tamén desenvolver ámbolos dous tipos de actividades, ¿o encargo de construción de instalacións para eses servizos debe ser cualificado en todo caso como contrato público de obras no sentido da Dir. 93/37/CEE ou existen no dereito comunitario criterios que permiten cualificalas ben como instalacións destinadas á satisfacción

---

neste das condicións esixidas polo TXCE (a saber, orixe legal, carácter permanente, recurso obrigatorio ó órgano en caso de litixio, aplicación de normas xurídicas, competencia do órgano para resolve-lo litixio por medio dunha resolución obrigatoria, independencia dos seus membros e procedemento contradictorio), a penas abrigando certas dúbidas acerca do carácter contradictorio do procedemento seguido perante o mesmo (parágrafos 42 e 44 das conclusións do avogado xeral).

<sup>23</sup> Trátase polo tanto dun ente con personalidade xurídica de dereito público pero que, nas súas relacións con terceiros, se rexe polo dereito privado. Algo, xa que logo, moi similar ás entidades de dereito público do art. 6 da Lei xeral orzamental, agora substituídas polas entidades públicas empresariais da LOFAXE.



de necesidades públicas, ben como instalacións destinadas ó exercicio de actividades mercantís?

7. ¿Somete a regulación dos fondos e dos instrumentos comunitarios con finalidade estrutural<sup>24</sup> a tódolos beneficiarios de fondos europeos ó procedemento de recurso no sentido da Dir. 89/665/CEE mesmo que non sexan poderes adxudicadores no sentido da Dir. 93/37/CEE?

### 3.3. As conclusións do avogado xeral e a Sentencia do 15 de xaneiro de 1998.

Tras unha prolixa análise da lexislación comunitaria e austríaca aplicable ó caso, dos antecedentes fácticos e mais da admisibilidade da cuestión prexudicial, o avogado xeral entra a examinalas cuestións formuladas polo BVA austríaco, mais non sen antes realizar algunhas consideracións xerais acerca do dereito comunitario da contratación pública, os seus fundamentos de dereito orixinario e as súas finalidades<sup>25</sup>, en particular no relativo ó seu ámbito de aplicación subxectiva<sup>26</sup>.

Para valoralas, o avogado xeral procede a agrupalas cuestións segundo un criterio que é tamén o seguido na sentenza<sup>27</sup>. Por esta razón, e tamén porque a sentenza confirma completamente as conclusións do Sr. Léger, ambas vanse expor conxuntamente. Considero que esta exposición sistemática das conclusións e da sentenza, á parte de contribuír a evita-la repetición de argumentos, é a que con maior facilidade permite chegar a unha comprensión cabal da interpretación que o tribunal ofrece das normas comunitarias aplicadas.

<sup>24</sup> Regulamento CEE n.º 2081/93, do consello, do 20 de xullo de 1993.

<sup>25</sup> Parágrafos 46 e 47. Deste xeito lémbrese que a regulación comunitaria dos contratos públicos obedece á preocupación por facer efectivos os principios de libre concorrencia e liberdade de establecemento e de prestación de servizos, contra os que atenta a "natural tendencia" das autoridades públicas internas a "privilexialas empresas nacionais e a favorece-lo desenvolvemento económico do seu propio Estado".

<sup>26</sup> Parágrafos 49 a 51. En concreto, o 50 móstrase especialmente clarificador: "A directiva delimita o seu ámbito de aplicación *ratione personae* en función non só do das entidades tradicionalmente cualificadas como "persoas de dereito público", tales como o Estado, os entes territoriais ou as entidades do sector público, senón tamén das entidades públicas ou privadas que perseguen un obxectivo de interese xeral que non sexa industrial ou mercantil, cualificadas como "organismos de dereito público".

<sup>27</sup> Aínda que nesta a cuestión segunda é obxecto de tratamento separado (e non se agrupa, como nas conclusións, xunto á primeira e á sexta), a contestación ofrecida polo tribunal limitábase a dicir que "vista a resposta dada ás cuestións primeira e sexta, non procede contesta-la segunda".

### 3.3.1. Interdicción da aplicación selectiva do dereito comunitario da contratación pública e principio de especialidade (cuestións 1ª, 2ª e 6ª).

Sobre as cuestións primeira, segunda e sexta –é dicir, acerca de se unha empresa, a actividade da cal se divide entre a satisfacción de necesidades de interese xeral e a actuación no mercado conforme criterios mercantís e industriais<sup>28</sup>, está integramente sometida á Dir. 93/37/CEE– considera o avogado xeral que “ninguén defende a aplicación selectiva da lexislación en función da actividade da entidade adxudicadora”<sup>29</sup>. En consecuencia, e atendendo ó caso da ÖS, “a parte mercantil da súa actividade tamén está comprendida no ámbito de aplicación da directiva, e é determinante única e exclusivamente a finalidade para a que se creou o organismo que se está tratando”<sup>30</sup>.

Tras esta afirmación de carácter xeral, e como queira que os gobernos austríaco e holandés negaban que a ÖS reunise as condicións esixidas polo art. 1.b) da Dir. 93/37/CEE para poder ser considerada “poder adxudicador”, tanto o avogado xeral como o tribunal repasan os requisitos esixidos na Dir. 93/37/CEE<sup>31</sup> e efectúan algunhas consideracións que teñen interese para a solución do caso concreto:

En primeiro lugar, afirman que os tres requisitos enumerados no art. 1.b) da directiva teñen carácter acumulativo, son esixibles conxuntamente<sup>32</sup>, para, de seguida, analizar cada un deles separadamente.

Verbo do requisito de que o organismo fose creado para “satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil”, tanto a sentencia como, en especial, as conclusións, poñen especial coidado en diferenciar entre a finalidade da “creación” e a “actividade” materialmente desempeñada, afondando e aclarando unha interpretación xa sostida na citada Sentencia Beentjes de 1988<sup>33</sup>. As razóns para tal criterio finalista deben buscarse na preocupación por impedir-la fraude de lei a que, noutro caso, podería conducir o simple requisito da actividade<sup>34</sup>. En consecuencia, o relevante para os efectos de cualifi-

<sup>28</sup> Tal é o caso, segundo xa se expuxo, da ÖS.

<sup>29</sup> Parágrafo 54. Concorde deste xeito o avogado xeral coa posición defendida polo Goberno francés nas súas observacións orais no asunto.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> Parágrafos 55 a 79 das conclusións e 29 a 30 da sentencia.

<sup>32</sup> Parágrafo 21 da sentencia e 61 das conclusións.

<sup>33</sup> Esta distinción xa se recollía, *in nuce*, na Sentencia Beentjes do 20 de setembro de 1988. Con efecto, no parágrafo 11 desta indícase que “o fin da directiva (...) se vería efectivamente comprometido se a aplicación do réxime previsto pola directiva se debese excluír polo feito de que un contrato público de obras o adxudicase un organismo que, malia ser creado para satisfacer-las tarefas que a lei lle confire, non estivese formalmente integrado na Administración do Estado”.

<sup>34</sup> O argumento desenvólvese no parágrafo 77 das conclusións. Para o avogado

car un ente como "poder adjudicador será, ademais e por riba de cal for a natureza da actividade por el desenvolvida, o obxectivo ou finalidade prevista no seu acto de creación<sup>35</sup>. Do que se trata, como indica o avogado xeral, é de excluír do ámbito de aplicación das directivas comunitarias en materia de contratación pública aqueles organismos "sometidos á competencia doutros axentes económicos, que os disuade de elixi-las partes coas que contratan baseándose en criterios discriminatorios"<sup>36</sup>

En concreto, en relación coa ÖS, a sentenza analiza a concorrència neste ente austríaco desta primeira condición de entre as esixidas na Dir. 93/37/CEE, e conclúe que, conforme coa lexislación que regula, foi creada coa finalidade específica de satisfacer necesidades de interese xeral que non teñen carácter industrial nin mercantil<sup>37</sup>. Sen embargo, é certo que, como se subliñou<sup>38</sup>, ademais de nestes criterios puramente finalistas a sentenza apóiase tamén, do mesmo xeito en que xa razoara o avogado xeral<sup>39</sup>, en elementos formais como a condición de monopolio da ÖS, o dato de que o prezo dalgúns dos seus produtos o fixe unilateralmente a Administración ou que, en definitiva, a impresión de documentos oficiais obedeza non a unha decisión empresarial senón a unha obriga imposta polas súas normas de creación<sup>40</sup>.

xeral, o argumento contrario sostido polos gobernos holandés e austríaco, pode facilitala fraude de lei. Razo a letrado que "é moi posible que, malia ser creado co fin de satisfacer necesidades de carácter público, unha entidade exerza actividades estritamente industriais ou mercantís. Agora ben, se na súa actividade prevaleceren estas últimas, a interpretación proposta produciría o efecto dunha elusión na súa totalidade do réxime da directiva por parte dun organismo. Así pois, a un ente público bastaralle con empregar esta práctica de forma sistemática para lograr que a totalidade dos contratos públicos de obras eludan a lexislación comunitaria".

<sup>35</sup> O parágrafo 79 das conclusións do avogado xeral é concluínte: ó afirmar que "... o obxectivo procurado coa creación [do ente de que se trata] determina o réxime xurídico aplicable ós contratos que está chamado a realizar...".

<sup>36</sup> Cfr. parágrafo 69 *in fine*. Como se pode apreciar, a concorrència que o dereito comunitario tenta establecer para os contratos públicos ten un fundamento puramente económico, non é máis ca unha recreación da concorrència cataláctica ou mercantil. Tal punto de vista exclúe outras formas de considera-la concorrència en canto que principio xurídico, en particular considerala, como é tradicional no ordenamento español, como unha manifestación do máis xeral principio de igualdade ante os beneficios e as cargas públicas.

<sup>37</sup> En concreto "asumir con carácter exclusivo a impresión de documentos administrativos oficiais, dos cales algúns teñen carácter confidencial ou están suxeitos ó cumprimento de normas de seguridade, como os pasaportes, as cartas de conducir e os documentos de identidade, mentres que outros están destinados á difusión de textos legais, regulamentares e administrativos do Estado" (cfr. punto 26).

<sup>38</sup> Cfr. BRECHON-MOULENES, Ch. e RICHER, L. *Note* a esta S. TXCE do 15 de xaneiro de 1998, na CJEG n.º 6/1998, páx. 245.

<sup>39</sup> Cfr. parágrafo 70.

<sup>40</sup> Cfr. punto 21, parágrafos 2 a 4.

É dentro da análise deste requisito onde a sentenza efectúa unha promoción indirecta do principio de especialidade dos entes instrumentais dos poderes públicos. En efecto, afirmase nela que para que a ÖS poida ser cualificada de poder adxudicador “é indiferente que ademais de cumprir esa función [de satisfacción dunha necesidade pública] a dita entidade poida desempeñar outras actividades, como a produción de material impreso, ou a edición e distribución de libros”, e iso porque “o requisito esixido no primeiro guión do parágrafo segundo da letra b) da directiva segundo o cal o organismo debeu ser creado para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil, non implica que estea unicamente encargado de satisfacer-las ditas necesidades”<sup>41</sup>.

No caso da ÖS, é claro que os outros dous requisitos presentan ben menos dificultades. Está claro que tal establecemento público austríaco goza de personalidade xurídica, tal e como a súa lei de creación precisa<sup>42</sup>. E tampouco ofrece dúbidas de que está sometida a un control efectivo por parte do Estado austríaco<sup>43</sup>. En consecuencia, o tribunal concluíu que a ÖS debe ser cualificada como organismo de dereito público e, pola mesma, debe ser cualificado como poder adxudicador no sentido do art. 1.b) da Dir. 93/37/CEE.

☞ Pero mesmo tras establece-la conclusión anterior, a sentenza toma bo coidado en rexeita-las teses da aplicación selectiva da normativa europea de contratación pública, teses postuladas polos gobernos austríaco e holandés en atención ó dato, polo demais certo, de que a actividade global da ÖS está dominada pola parte dirixida a satisfacer necesidades de carácter industrial ou mercantil.

Así, o tribunal ó atender á finalidade prevista no acto de creación do

---

<sup>41</sup> Cfr. punto 27, parágrafos últimos. No mesmo sentido, aínda que máis extensamente, pronúnciase o avogado xeral. Precisamente, o parágrafo 73 das conclusións indica cál é o obxectivo procurado a través do principio de especialidade: “segundo a disposición [art. 1.a) da Dir. 93/37/CEE] a finalidade da creación do organismo é a única determinante para o poder considerar como un organismo de dereito público para os efectos da directiva. Naturalmente, o que conta é o obxectivo efectivamente procurado. *A proclamada finalidade de satisfacer necesidades industriais ou mercantís, difrazando actividades de interese xeral co ánimo de escudi-las normas imperativas da lei, non a pode tomar en consideración o órgano xurisdiccional nacional*”. Xa que logo, son razóns de seguridade xurídica e de garantía da efectividade das normas comunitarias de contratación pública as que xustifican esta opción xurisprudencial pola especialidade.

<sup>42</sup> Cfr. punto 27 da sentenza e parágrafo 19 das conclusións do avogado xeral.

<sup>43</sup> Como sinala o punto 28 da sentenza “o director xeral da ÖS é nomeado por un órgano integrado, na súa maioría, por membros que nomea a Chancelería Federal ou os diferentes ministerios. Ademais, a dita entidade está suxeita ó control do Tribunal de Contas e un servizo estatal de inspección ocúpase de velar polos impresos suxeitos a un réxime de seguranza. Por último, segundo declaracións da SRG na vista, a maioría das accións da ÖS pertencen ó Estado austríaco”.

ente e non, segundo xa se salientou, á actividade efectivamente realizada por este, pode interpretar que "a letra b) do art. 1 da directiva non distingue entre os contratos públicos de obras realizados por un poder adjudicador para cumpri-la súa función de satisfacer o interese xeral e os contratos que non gardan relación coa dita función"<sup>44</sup>. E tal interpretación xustificase, para o órgano xurisdiccional comunitario, non só en razóns de seguranza xurídica<sup>45</sup> senón tamén no contexto dunha interpretación teleolóxica da Dir. 93/37/CEE, en canto que norma dirixida a evita-la preferencia por parte dos licitadores ou candidatos nacionais do Estado do poder adjudicador<sup>46</sup>.

En definitiva, como lembra o avogado xeral, dado que o obxectivo perseguido coa creación do organismo determina o réxime aplicable ó mesmo, se os estados membros queren evitar que o dereito comunitario da contratación pública se aplique ás actividades industriais ou mercantís dos poderes adjudicadores, deben procurar limita-lo obxecto social das entidades instrumentais por eles creadas á realización de actividades de satisfacción de necesidades de interese xeral<sup>47</sup>.

### 3.3.2. Aplicabilidade do dereito comunitario da contratación pública ás empresas participadas por un poder adjudicador (cuestións 4ª e 5ª).

A estas dúas cuestións relacionadas contesta o tribunal razoando que, dado o carácter acumulativo dos requisitos esixidos no art. 1.a) da Dir. 93/37/CEE, o mero feito de que unha empresa fose creada por un organismo que teña a condición de poder adjudicador non abonda, por si só, para considera-la tal empresa, á súa vez, como poder adjudicador<sup>48</sup>.

O mesmo cómpre dicir para o simple feito de que a empresa se financie con recursos procedentes das actividades desenvolvidas por un poder adjudicador<sup>49</sup>. Neste segundo caso, ficaría aínda por determinar se as tales achegas financeiras constitúen axudas públicas no sentido do art. 92 Tr. CEE e, en tal caso, habería que decidir acerca da súa compatibilidade co mercado común<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> Cfr. punto 35.

<sup>45</sup> *Ibidem*. Sería contrario ó principio de seguranza xurídica unha interpretación do art. 1.a) da Dir. 93/37/CEE no sentido de que a súa aplicación pode variar en función da porcentaxe que sobre a súa actividade total representa a actividade exercida para satisfacer necesidades que teñan carácter industrial ou mercantil como establece o avogado xeral (cfr. parágrafo 77), "o criterio da parte relativa de actividade destinada á satisfacción de necesidades que non teñan carácter industrial ou mercantil (...) pode, na miña opinión, facilita-la fraude de lei".

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Cfr. o parágrafo 79 das conclusións.

<sup>48</sup> Cfr. punto 39 da sentenza.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> Neste sentido o parágrafo 87 *in fine* das conclusións do avogado xeral.

No caso da SRG, creada pola ÖS, ó non ser aquela creada para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral sen carácter industrial nin mercantil, faltaría unha das condicións necesarias para poder cualificarla tal empresa como poder adxudicador para os efectos do art. 1.a) da Dir. 93/37/CEE.

### 3.3.3. *Licitación realizada por conta dun terceiro que carece da condición de poder adxudicador (cuestión 3ª).*

Trátase de dilucidar, por medio desta cuestión, se un contrato cualificable como contrato público de obras no sentido da Dir. 93/37/CEE mantén tal condición mesmo cando, antes da finalización da execución das obras, o poder adxudicador lle transfíre a un terceiro, que carece de tal carácter, os dereitos e obrigas decorrentes do contrato.

Loxicamente, perante unha cuestión tal, o tribunal extrema o celo procurando non deixar aberta unha cancela á fraude de lei. Deste modo afirma que, en principio, un contrato público de obras non pode perder tal carácter cando os dereitos e obrigas que del derivan se lle ceden a un terceiro que non poida ser cualificado como poder adxudicador. Noutro caso a liberdade de establecemento e de prestación de servizos en materia de contratos públicos de obras “veríase efectivamente comprometida”<sup>51</sup>.

O tribunal só advirte unha posible excepción á regra que se acaba de indicar para o caso de que, “desde a súa orixe, o proxecto corresponda plenamente ó obxecto social da empresa de que se trata e que os contratos de obras relativos a ese proxecto fosen realizados previamente polo poder adxudicador por conta da dita empresa”<sup>52</sup>, hai que supor, que se destacou debidamente tal circunstancia nos anuncios e documentos contractuais preceptivos.

<sup>51</sup> Cfr. punto 43.

<sup>52</sup> Cfr. punto 44. Nun *arrêt* do 11 de decembro de 1997, o Tribunal Administrativo de Apelación de París pronunciouse sobre un suposto exactamente inverso ó analizado na sentenza que nos ocupa: tratábase de analiza-la legalidade, á luz da lexislación francesa de contratación pública e de dirección de obras públicas, de que unha sociedade privada (a *Compagnie Général des Eaux*) vinculada coa entidade pública *Syndicat des Eaus de l'Îlle de France*, a través dun contrato de xestión interesada do servizo público de fornecemento de auga, realizase en nome e por conta da Administración titular do servizo os contratos necesarios para a execución das obras de primeira instalación precisas para a prestación do servizo. A cuestión, entre outras, residía en se os tales contratos podían ou non ser cualificados de contratos públicos de obras, tanto á luz do dereito francés como á do dereito comunitario, caso no cal se descoñecerían os procedementos de adxudicación (o *arrêt* e as conclusións do comisario do Goberno, na *Revue Française de Droit Administratif* n.º 2/1998, páx. 297 e segs.). Polo que agora interesa, tamén neste suposto vai implícito o principio de especialidade como esixencia de relación directa entre a finalidade das obras e o obxecto do contrato de xestión interesada.

Deste xeito, mais outra vez, a sentenza incrementa a relevancia do principio de especialidade do obxecto social dos entes instrumentais da Administración. E, outra vez máis tamén, trátase dunha relevancia xurídico-pública do obxecto social, o control do cal resulta, por conseguinte, de competencia directa dos tribunais contencioso-administrativos. Convén deterse, aínda que sexa brevemente, na xustificación desta afirmación.

Por definición, a sociedade en nome e por conta da cal un poder público realiza a licitación dun contrato será un ente instrumental da Administración ou, cando menos, titular de dereitos especiais e exclusivos no sentido do antigo art. 90, actual art. 86 na versión consolidada, do Tr. CEE. En ámbolos dous supostos, ben que por vías diferentes, hai argumentos suficientes no dereito español e no dereito comunitario para fundamentala especialidade do seu obxecto social:

<sup>53</sup> Polo que se refire ás empresas públicas<sup>53</sup> e como foi apuntado, este principio de especialidade resulta do máis xeral principio de legalidade da Administración que, por derivación, vincula tamén ós seus entes instrumentais. Así "nas entidades instrumentais da Administración, incluídas as empresas públicas, a personalidade xurídica que se predica delas non é unha personalidade xurídica completa, plena. Queremos dicir que se trata dunha personalidade xurídica de diverso grao ou, o que é o mesmo, dunha personalidade xurídica soamente "para efectos de", é dicir, única e estrictamente limitados ó que lle reconeza o dereito xeral e estatuario adoptado"<sup>54</sup>. En concreto, polo que atinxe ás entidades públicas empresariais, da procura emprendida pola LOFAXE dunha certa coherencia entre a forma xurídica e a actividade desenvolvida polo organismo público de que se trata<sup>55</sup> resulta, ben se comprende, a esixencia dunha determinación legal e estatutaria o máis definida posible dos fins destas entidades.

<sup>53</sup> Tanto as personificadas baixo forma societaria de dereito privado como as que a LOFAXE denomina entes públicos empresariais, con personalidade xurídica de dereito público, pero sometidas na súa actividade ó dereito privado.

<sup>54</sup> Cfr. MONTOYA MARTÍN, "Las empresas públicas sometidas al derecho privado", Marcial Pons, Madrid, 1996, páx. 528. Cita a autora unha sentenza do TS español que conclúe que as actuacións das entidades urbanísticas colaboradoras dos municipios deben realizarse necesariamente dentro do ámbito obxectivo delimitado polo RSCL e os seus propios estatutos (Sentencia do 31 de marzo de 1989, Arzdi. 2446).

<sup>55</sup> Neste sentido, art. 41, 45 e 53 e a propia exposición de motivos da LOFAXE segundo a cal "partindo do concepto xeral [organismos públicos] se distinguen despois dous modelos básicos: organismos autónomos e entidades públicas empresariais. Os primeiros realizan actividades fundamentalmente administrativas e sométense plenamente ó dereito público; mentres que os segundos realizan actividades de prestación de servizos ou de produción de bens susceptibles de contraprestación económica e, malia estaren rexidos en xeral polo dereito privado, resúltalles aplicable o réxime de dereito público, en relación co exercicio de potestades públicas e con determinados aspectos do seu funcionamento" (al. XI, par. 2º).

En definitiva a especialidade do seu obxecto “social” como manifestación do principio de legalidade.

☞ Polo que atinxe ás empresas titulares de “dereitos especiais ou exclusivos”, por empregármola terminoloxía comunitaria, a súa propia consideración excepcional obriga a unha precisión clara e definida de cáles deberían ser precisamente eses dereitos e, así mesmo, a separarlas actividades realizadas en exercicio destes, das realizadas en réxime normal de concorrencia<sup>56</sup>, tal e como xa imperan as novas leis españolas reguladoras de servizos e actividades sobre os que se conceden este tipo de dereitos<sup>57</sup>. Un argumento engadido, para cando a atribución dos tales dereitos non se realice por lei senón a través do correspondente contrato de xestión de servizos públicos, viría constituído pola necesaria determinación do obxecto do tal contrato, tal e como reclama a LCAP en xeral e, en particular, para este tipo de contratos<sup>58</sup>.

#### 3.3.4. *O ámbito de aplicación das directivas de contratación e dos instrumentos e fondos estruturais comunitarios (cuestión 7ª).*

A resposta ofrecida polo tribunal –en plena sintonía co avogado xeral– a esta sétima cuestión, resulta lóxicamente da ofrecida ás cuestións anteriores. Polo tanto, a compatibilidade coa normativa comunitaria en materia de contratación pública, esixida polo art. 7.1 do Regulamento 2081/93 para as accións financiadas polos fondos e instrumentos comunitarios con finalidade estrutural, só resulta esixible para as entidades “que estean incluídas no ámbito de aplicación definido pola lexislación comunitaria correspondente”<sup>59</sup>; en particular, pois tal era o obxecto da cuestión, pola Directiva 89/665/CEE<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Acerca da separación de actividades como presuposto da nova regulación dos servizos públicos promovida desde a Unión Europea, *vid.* MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y Mercado*, vol. I, Civitas, Madrid, 1998, páx. 227 e segs.

<sup>57</sup> Como manifestación máis recente deste principio de separación entre actividades realizadas en réxime de concorrencia e as realizadas no exercicio de dereitos especiais ou exclusivos, *vid.* o proxecto de lei de medidas fiscais, administrativas e da orde social (BOCG n.º A 142-1, do 9 de outubro de 1998) que prevé unha reforma da alínea 3ª da DT 2ª da Lei do servizo postal universal para obriga-los operadores que, xunto con outras, desenvolvan actividades de servizo público, a levar contabilidades separadas para cada unha delas.

<sup>58</sup> Cfr., art. 11.c), 13 e, en concreto para o contrato de xestión de servizos públicos, 156. 2 todos eles da LCAP.

<sup>59</sup> Parágrafo 48 da sentenza e punto 105 das conclusións do avogado xeral.

<sup>60</sup> Sobre “Coordinación das disposicións legais, regulamentares e administrativas referente á aplicación dos procedementos de recurso en materia de adxudicación dos contratos de subministracións e de obras”.



#### 4. Conclusión: a repercusión da sentenza Mannesmann na regulación galega e española da contratación pública

Acábase de expor como, na sentenza que andamos a comentar, o principio de especialidade do obxecto social dos entes instrumentais dos poderes públicos opera como garantía de sometemento destes a un réxime xurídico-público de contratación. Un contido e unha eficacia puramente xurídico-públicos deste principio, en canto que concreción do máis xeral de legalidade das administracións públicas e que, polo demais, vén sendo comunmente predicado dos entes institucionais, en clásica contraposición coa universalidade de fins propia dos territoriais<sup>61</sup>.

Sen embargo, se ben para os entes institucionais con personalidade xurídica de dereito público (os denominados pola LOFAXE “organismos públicos”) este principio de especialidade se consagra<sup>62</sup> e aínda se reforza co establecemento dunha certa coherencia entre forma de personificación e natureza das actividades que se van realizar, sempre caracterizadas estas últimas pola concorrencia dun interese xeral ou pola atribución de potestades públicas para a súa realización, a cuestión aínda queda pendente para os entes personificados en forma privada, tanto societaria como fundacional.

Respecto destes, e polo que se acaba de dicir, a partir do disposto na DA 12<sup>a</sup> da propia LOFAXE, podería pensarse que, no sistema desta lei, se dá unha correspondencia perfecta entre a personificación do dereito público e o exercicio de actividades de interese xeral, por un lado e, polo outro, a personificación do dereito privado e o exercicio de actividades de carácter industrial ou mercantil. Sen embargo, nin a correspondencia é correcta, na medida en que envolve unha certa confusión conceptual<sup>63</sup>,

<sup>61</sup> Vid., por todos, PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo. II organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 1998, páx. 234, na que lembra que “Fronte á situación de autonomía e vocación de competencia xeral que asumen os entes territoriais (Estado, comunidades autónomas, corporacións locais), as características básicas dos entes institucionais son a *especialidade dos seus fins* e a dependencia dun ente territorial, o que se fai compatible coa atribución de personalidade xurídica independente deste” (o subliñado é noso).

<sup>62</sup> Os dous subtipos de organismos públicos teñen como funcións ben “a realización de actividades de fomento, prestacionais ou de xestión de servicios públicos” (art. 45.1 LOFAXE, para os organismos autónomos) ben a “realización de actividades prestacionais, a xestión de servicios públicos ou a produción de bens de interese público susceptibles de contraprestación” (art. 53.1 LOFAXE, para as entidades públicas empresariais).

<sup>63</sup> En efecto, que estas sociedades mercantís estatais non poidan “dispor de facultades que impliquen o exercicio de autoridade pública” (DA 12<sup>a</sup> LOFAXE *in fine*), o cal non é senón unha manifestación concreta da prohibición xeral da encomenda a persoas ou entidades privadas de “actividades que, segundo a lexislación vixente, teñan que realizarse con suxeición ó dereito administrativo” (art. 15.5<sup>a</sup> LPAC), non obsta para

nin foi confirmada, senón máis ben todo o contrario, pola práctica lexislativa posterior á LOFAXE. Existen, en conclusión, entes instrumentais dependentes de, ou vinculados á Administración do Estado, personificados en forma xurídico-privada e que, sen embargo, en canto que “organismos de dereito público”, merecen a cualificación de poderes adjudicadores no sentido das directivas comunitarias de contratación<sup>64</sup>. Ou, dito doutro modo, para os entes instrumentais privados non se esixe a coherencia entre forma xurídica e tipo de actividade que a LOFAXE establece para os organismos públicos.

En canto ó ordenamento galego, á parte de seren perfectamente aplicables as consideracións que se acaban de facer en relación co estatal, a xa citada Lei 10/1996, do 5 de novembro, de “actuación de entes e empresas nas que ten participación maioritaria a Xunta de Galicia en materia de persoal e contratación” confirma que, para a determinación do réxime xurídico aplicable, non se atende en absoluto á natureza nin á finalidade da actividade desenvolvida polo ente de que se trata, senón só ó dato puramente formal da súa personificación.

Pois ben, no estado de cousas que se acaba de describir, a xurisprudencia Mannesmann, formulada para garanti-la efectividade das normas comunitarias de contratación pública, pode producir unha curiosa consecuencia: que a enteira actividade contractual destes entes instrumentais personificados en forma xurídico-privada se deba realizar en réxime de dereito público con tal de que algunha parte da súa actividade poida ser cualificada “como de satisfacción de intereses xerais”. Dito doutro modo: esta sentenza pode constituír un paso decisivo na clarificación do campo da denominada Administración institucional, ó prolonga-lo paso dado pola LOFAXE e estende-la esixencia de coherencia entre forma e actividade, ademais de ós organismos públicos, tamén ás entidades instrumentais de dereito privado.


Polo que atinxe á Lei 10/1996, do Parlamento de Galicia, a mencionada sentenza confirma o xuízo de incompatibilidade co dereito comunitario, adiantado por quen escribe pouco despois da súa publicación<sup>65</sup>.

---

que esas actividades poidan cualificarse como de “satisfacción de necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil”.

<sup>64</sup> No sentido indicado no texto, nota DE LA SERNA (cfr. “Organización instrumental privada en la Ley de organización y funcionamiento de la Administración pública”, en DA n.º 246-247, setembro 1996-abril 1997, páx. 510) que, acertadamente, “non é posible descoñece-lo feito de que existen, certamente, sociedades mercantís, o obxecto social das cales é a consecución dalgún fin de interese público”, das que pon como exemplo as incluídas no ámbito de aplicación da Lei 5/1995, do 23 de marzo, de réxime xurídico do alleamento de participacións públicas en determinadas empresas.

<sup>65</sup> No relatorio “Os procedementos de adjudicación e a perfección e formalización dos contratos administrativos”, pronunciado o día 9 de decembro de 1996 no

En definitiva, esta sentenza, ó aclara-lo concepto xurídico-comunitario de organismo de dereito público, estende ña práctica o ámbito de aplicación da normativa europea de contratación pública. Como efecto reflexo, contribúe a aclara-lo, por veces caótico, campo da Administración instrumental ou institucional no sentido de lograr, da mesma maneira que a LOFAXE fixo cos entes personificados baixo formas de dereito público, a coherencia entre forma e actividade tamén para os entes personificados en forma xurídico-privada. 

---

marco das "Xornadas de estudio sobre a contratación administrativa", organizadas pola EGAP e a Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia (publicado no n.º 2 do *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*)