

# Régimen de contratación de las empresas públicas

**Francisco Pleite Guadamillas**

Doctor en Derecho Administrativo

Jefe de Servicio de Fiscalización de la Intervención General de la Junta General de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

## **I. Aplicación de la LCAP a las empresas públicas**

Basándose en motivos de agilidad y eficacia se están creando un gran número de empresas públicas, cuyo régimen de contratación se caracteriza por la exclusión de la legislación de contratos administrativos, produciéndose, de este modo, la denominada "huida" del Derecho Administrativo.

La referencia de la LCAP a las empresas públicas se contiene en la Disposición Adicional 6ª, que enuncia los principios de contratación en el sector público:

"Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos autónomos o entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".

Esta previsión, calificada por PARADA VÁZQUEZ de "aplicación simulada"<sup>(1)</sup>, supone únicamente el establecimiento de criterios generales que deberán respetar los entes instrumentales en forma privada en su actividad contractual, en la medida en que sea posible. La apreciación de cuándo la naturaleza de una operación sea incompatible con los principios de publicidad y concurrencia, tratándose de sociedades mercantiles, podría llevar, si no existiera ningún control, a una inaplicación sistemática de estas mínimas exigencias. El respeto de los principios de publicidad y concurrencia no garantiza en ningún caso el tratamiento objetivo e igual de todas las ofertas, pues a falta de procedimientos, de criterios de selección preestablecidos y de motivación en las adjudicaciones, difícilmente puede garantizarse el control de las decisiones contractuales adoptadas por estos entes.

(1) Parada Vázquez, "Derecho Administrativo" vol II. "Organización y empleo público", 8ª edición, Madrid, Marcial Pons, 1994. p. 273.

Sin perjuicio de que puedan extraerse algunas consecuencias jurídicas de la Disposición Adicional 6ª de la Ley 13/1995, como la posible obligación de justificar la ausencia de publicidad o la excepción de la libre concurrencia en un contrato, el régimen genérico que se establece para los contratos de los entes instrumentales en forma privada es un régimen de mínimos que permite la adopción libre de las decisiones contractuales de las sociedades mercantiles de participación pública mayoritaria, con muy pocas posibilidades de posterior control jurisdiccional de estas decisiones. Por ello puede decirse según RIVERO ORTEGA que esta regulación no satisface plenamente las exigencias constitucionales y comunitarias sobre esta materia<sup>(2)</sup>.

En el mismo sentido MONTOYA MARTÍN considera "que la referencia a las sociedades mercantiles

(2) Ricardo Rivero Ortega "Administraciones Públicas y derecho Privado". P.270. Marcial Pons. 1998.

públicas en la Disposición Adicional Sexta nos parece especialmente inoperante, toda vez que no están incluidas en el ámbito de la contratación administrativa regulada en la Ley, cualquiera que sea su objeto social<sup>(3)</sup>.

Sin embargo, esta postura no es pacífica en la doctrina, considerando que las empresas públicas están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 1.3 de la LCAP que incluye a los entes de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en ella se den los siguientes requisitos:

- a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de Derecho público".

De este modo, FERNÁNDEZ FARRERES considera que el art. 1.3 "excluye únicamente a las empresas públicas, con forma societaria o no, que realicen una actividad mer-

*Respecto de las empresas públicas que son consideradas poderes públicos es preciso modular la aplicación de esta normativa en cada una de las fases que integran la actividad contractual de la Administración*

cantil, en el sentido de dación y transformación de bienes al mercado, de manera que el resto de entes, incluidos los que se sujetan al Derecho privado, o incluso las empresas públicas en forma societaria cuya actividad consiste en la realización de actividades de interés público, tales como la contratación de obras públicas, quedan incluidas en el ámbito de las Directivas y sujetas, por tanto, en el desarrollo de su actividad contractual, a procedimientos de contratación públicos<sup>(4)</sup>.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de enero de 1998 en el asunto C-44/96, que ha considerado como organismo de derecho público a efectos de aplicación de las Directivas comunitarias a una empresa por el hecho de ejercer de forma combinada actividades de in-

terés público y de tipo comercial con financiación mayoritariamente pública.

#### **Regulación que se propone para los contratos de las empresas públicas**

Con respecto a las empresas públicas nos mostramos partidarios de su calificación como poder público en la medida que cumplan los requisitos del artículo 1.3 de la LCAP, con independencia de su naturaleza; en consecuencia, debe aplicárseles la normativa derivada del estatuto constitucional de la Administración, que en materia de contratos, está representada fundamentalmente por la Ley 13/1995. Sin embargo, respecto de aquellas empresas que ejerzan actividades mercantiles, aunque hayan sido creadas por una Administración Pública y ésta posea la mayoría de sus participaciones, no debe ser considerada organismo de Derecho Público, y por consiguiente sería aplicable la Disposición Adicional Sexta de la LCAP.

Ahora bien, respecto de las empresas públicas que son consideradas poderes públicos es preciso modular la aplicación de esta normativa en cada una de las fases que integran la actividad contractual de la Administración. En la fase de preparación y adjudicación de sus contratos parece oportuno mantener una vinculación estricta a los procedimientos de adjudicación contemplados en la Ley para, de esta manera, cumplir las Directivas comunitarias y garantizar el derecho de igualdad de los contratistas para acceder a los contratos públicos, así como los principios de economía y eficiencia en el gasto público. En cambio, en lo referido a la fase de ejecución y extinción de los contra-

(3) Montoya Martín, Encarnación, "las empresas públicas sometidas al derecho privado". De. Marcial Pons. Madrid 1996. p.502

(4) Fernández Ferreras, "Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la LCAP", en *Derecho de los contratos públicos*, pp. 223 y ss.

tos no existe la necesidad de cumplir las Directivas comunitarias, puesto que no regulan estas fases, sin embargo, la sumisión plena al Derecho civil de esta fase de efectos y extinción podría favorecer incumplimientos y fraudes a la normativa jurídico-pública; consecuentemente, creemos que es oportuno solicitar la aprobación de pliegos-tipo para los contratos de los entes públicos sujetos al Derecho privado, que deberían garantizar el interés público que existe en la ejecución de este tipo de contratos. Así, por ejemplo, los pliegos-tipo deberían indicar las garantías del cumplimiento contractual que en todo caso habría que incluir entre las cláusulas contractuales para proteger el interés público, mediante fianzas o penalidades económicas. No se trata en ningún caso de reintroducir por esta vía las prerrogativas contractuales, a las que voluntariamente renuncia el poder público al sujetarse al Derecho privado, sino de reafirmar una vez más que, pese a su sujeción al Derecho privado, la Administración pública no puede desvincularse de su condición de poder público y de su carácter de servidora del interés público, ni disfruta del principio de autonomía de la voluntad que corresponde sólo a los sujetos privados.

Por otra parte, para ambos tipos de empresas públicas debemos plantearnos la vigencia de la Disposición Transitoria 2ª RCE, pues la Disposición Derogatoria única de la Ley 13/1995 establece que el RCE se deroga únicamente en cuanto se oponga a la Ley de contratos de las Administraciones públicas. La Disposición Transitoria 2ª RCE ofrece algunas reglas de actuación contractual aplicables a los entes de Derecho público sujetos a Derecho privado, entre las que se encuentran:

*Pese a su sujeción al Derecho privado, la Administración pública no puede desvincularse de su condición de poder público*

- La rigurosa preparación de los proyectos, especificaciones y pliegos de condiciones que sirvan de soporte al contrato, mediante los oportunos asesoramiento técnicos y jurídicos.
- La celebración de los contratos respetando, como regla general, los principios de publicidad y concurrencia.
- La inclusión de cláusulas que estimulen al empresario a un correcto cumplimiento y que salvaguarden el interés de la entidad en casos de incumplimiento.
- La aprobación de instrucciones y pliegos generales para la contratación de obras y suministros cuando el volumen de contratación lo justifique.

contratos privados y contratos administrativos de la Administración Pública. A pesar de esta distinción se reconoce la existencia de una "zona común de la contratación pública" que rige los contratos con independencia de su carácter privado o administrativo. Esta zona común reside en la preparación y adjudicación de los contratos, los cuales debido al carácter estatutario de la Administración devienen de naturaleza administrativa. Este reconocimiento de la teoría de los actos separables se ha realizado por la doctrina y la jurisprudencia y se recoge en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ahora bien, es extensible la teoría de los actos separables a la empresa pública en la medida en que ésta pueda ser considerada Administración Pública.

## **2. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los contratos de las empresas públicas**

El tema que se plantea es si es competente la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de las cuestiones que se suscitan sobre la preparación y adjudicación de los contratos que adjudique la empresa pública.

En nuestro ordenamiento jurídico se reconoce la existencia de

El Tribunal Supremo no ha dudado en reconocer la existencia de actos separables en la contratación de algunos entes sujetos a Derecho Privado, como es el caso de RTVE. A pesar de que el artículo 5.2 de la Ley 4/1980 establece que RTVE "en sus relaciones jurídicas externas, en las adquisiciones patrimoniales y contratación estará sujeta, sin excepciones al Derecho privado", la sentencia del TS de 4 de abril de 1989 declara la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre los actos de adjudicación de este ente. Esta doctrina se repite en posteriores decisiones co-

mo son los Autos de 20 de enero de 1994 y de 19 de febrero de 1996.

En conclusión, el Tribunal Supremo ha establecido claramente la existencia de actos separables en la contratación de los entes instrumentales en forma pública sujetos al Derecho privado frente a alguna jurisprudencia contraria como es la Sentencia de la Sala de lo contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de marzo de 1990 en relación con la actividad contractual de la EAJA (Entidad de Juegos y Apuestas de la Generalidad).

Sin embargo el supuesto que se plantea es de un ente instrumental en forma jurídico privada. Para determinar esta cuestión tenemos que acudir a la reciente Ley de la jurisdicción contencioso administrativa.

Antes de analizar ésta tenemos que mencionar por el interés que tiene sobre el tema, como se regulaba esta cuestión en el proyecto de LJCA, en el artículo 2.b) se indicaba que era competencia de la jurisdicción contenciosa administrativas cuestiones litigiosas relacionadas con los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los

demás contratos que celebren las Administraciones Públicas, el control de la observancia de los principios que rigen la contratación del sector público, singularmente los de publicidad y concurrencia, y demás prescripciones legales sobre adjudicación que sean aplicables en los contratos de obras y en los de suministros vinculados directamente a un uso o servicio público que celebren las entidades de Derecho público sometidas al derecho privado o las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos, o entidades de derecho público, en los términos previstos para estos supuestos por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Esta regla es también aplicable a los contratos de consultoría y asistencia y de servicios y trabajos específicos y concretos no habituales relacionados con las obras. En todos estos casos el recurso contencioso administrativo se dirigirá contra el acuerdo de adjudicación o, en su defecto, contra la celebración del contrato sin necesidad de recurso administrativo previo alguno, salvo que la ley establezca lo contrario". Este artículo del proyecto, que era muy claro en cuanto a la extensión de las sociedades mercantiles a la jurisdicción contencioso-administrativa, fue modificado. La LJCA dispone que conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con "los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las administraciones públicas". En consecuencia, todos los contratos que estén sometidos a la LCAP, bien por ser administrativo, o bien, por aplicarse solo una

parte de las fases de la contratación será competente la JCA. Según la Exposición de motivos de la LJCA " se trata en definitiva de adecuar la vía contencioso-administrativa a la legislación de contratos, evitando que la pura y simple aplicación del Derecho privado en actuaciones directamente conectadas a fines de utilidad pública se realice, cualquiera que sea las razones que la determinen, en infracciones de los principios generales que han de regir, por imperativo constitucional y del Derecho comunitario europeo, el comportamiento contractual de los sujetos públicos. La garantía de la necesaria observancia de tales principios, muy distintos de los que rigen la contratación puramente privada, debe corresponder, como es natural, a la JCA".

Por lo tanto, los contratos de la empresa pública en la medida que estén sujetos a la LCAP serán objeto de recurso contencioso administrativo. En este sentido según la disposición adicional sexta de la LCAP serán aplicables los principios de publicidad y concurrencia. Además, si otra norma<sup>(5)</sup> somete la preparación y adjudicación de los contratos de la empresa pública a la LCAP, éstos serían objeto de recurso contencioso administrativo ■

(5) En este sentido el Artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales Administrativas y de Orden Social dispone que las sociedades estatales creadas para la construcción y/o explotación de las carreteras estatales se aplicarán las prescripciones de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y de las disposiciones que la desarrollen, en lo concerniente a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación.

*Los contratos de la empresa pública en la medida que estén sujetos a la LCAP serán objeto de recurso contencioso administrativo*