

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 16 DE OCTUBRE DE 2003 ⁽¹⁾

«Incumplimiento de Estado - Contratos públicos - Directiva 93/37/CEE - Procedimiento de adjudicación de contratos públicos de obras - Sociedad mercantil estatal regulada por el Derecho privado - Objeto social consistente en la ejecución de un plan de amortización y de creación de centros penitenciarios - Concepto de entidad adjudicadora»

En el asunto C-283/00,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. G. Valero Jordana, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo, parte demandante, contra

Reino de España, representado por la Sra. M. López-Monís Gallego, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo, parte demandada, que tiene por objeto que se declare que, con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), y cuyo montante sobrepasa ampliamente el umbral previsto por la Directiva, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario, al no someterse al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva y, más concretamente,

CENSURA DE LA “HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO” A TRAVÉS DE SOCIEDADES COMERCIALES

GABRIEL DELPIAZZO ANTÓN*

Sumario: I. Contexto en el que recae la sentencia. II. El caso que motiva la sentencia. III. Distintas posiciones. IV. Los fundamentos del fallo. 1) *La cuestión planteada.* 2) *Criterios fijados por el Tribunal.* 3) *Aplicación de los criterios al caso.* 4) *El fallo.* V. **Trascendencia de la sentencia.**

a las normas de publicidad previstas en el artículo 11, apartados 2, 6, 7 y 11, y a las disposiciones de los artículos 12, apartado 1, 29, apartado 3, 18, 27 y 30, apartado 4,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),
integrado por el Sr. J.-P. Puissochet, Presidente de Sala, y los Sres. R. Schintgen y V. Skouris (Ponente),
la Sra. N. Colneric y el Sr. J.N. Cunha Rodrigues, Jueces;
Abogado General: Sr. S. Alber;

Secretario: Sr. R. Grass;
visto el informe del Juez Ponente;
oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 7 de noviembre de 2002;
dicta la siguiente

Sentencia

1. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 18 de julio de 2000, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso, con arreglo al artículo 226 CE, un recurso con objeto de que se declare que, con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. (en lo sucesivo, «SIEPSA»), sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), y cuyo montante sobrepasa ampliamente el umbral previsto por la Directiva, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en

I. Contexto en el que recae la sentencia

De acuerdo a lo que releva la doctrina actual, “uno de los rasgos más característicos de las Administraciones institucionales es su huída del Derecho Administrativo para recalar en el Derecho privado. Esta huída se concreta de dos maneras: a través de la constitución de estas Administraciones bajo formas organizativas de Derecho privado y mediante el recurso por parte de la Administración pública en su actuación al ordenamiento jurídico privado”.¹

En efecto, la creación por parte de las Administraciones públicas de personificaciones jurídico-privadas -en especial, de sociedades mercantiles- para cumplir con la realización de fines meridianamente públicos, se ha vuelto una realidad en los últimos años.

Se invoca como justificación de este alejamiento conciente del Derecho Administrativo, la necesidad de que la Administración actúe en el mercado en paridad con las entidades privadas, para lo cual, es menester adoptar formas de organización lo más cercanas posibles a las utilizadas por éstas, que aseguren, sobre todo, la celeridad de decisión, y la simplificación en el actuar que los nuevos cometidos exigen imperiosamente.²

1 * Egresado de los cursos del Programa Master en Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo. Cursante del Master Oficial en Derecho Público en la Universidad Carlos III (Madrid). Miembro de la Sección Uruguaya del Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas.

Antonio TRONCOSO REIGADA – “Privatización, empresa pública y Constitución”, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 29.

2 Julio Rodolfo COMADIRA y Héctor Jorge ESCOLA – “Derecho Administrativo Argentino”, Porrúa, México, 2006, pág. 221.

virtud de dicha Directiva, al no someterse al conjunto de sus disposiciones y, más concretamente, a las normas de publicidad previstas en el artículo 11, apartados 2, 6, 7 y 11, y a las disposiciones de los artículos 12, apartado 1, 29, apartado 3, 18, 27 y 30, apartado 4.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

2.

El segundo considerando de la Directiva 93/37 indica que «la realización simultánea de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras celebrados en los Estados miembros por cuenta del Estado, de los entes territoriales y de otros organismos de derecho público, lleva consigo, paralelamente a la eliminación de las restricciones, una coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos de obras».

3.

A tenor del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37:

«se entenderá por *poderes adjudicadores*: el Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de derecho público.

organismo de derecho público: cualquier organismo:

- creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- dotado de personalidad jurídica, y

En definitiva, se busca desadministrativizar determinadas entidades, haciéndolas actuar como las empresas privadas, con sujeción al derecho privado, y, por tanto, con un mayor nivel de agilidad y flexibilidad,³ desobligándolas de la rutina y rigidez propia de la organización pública estatal.⁴

La cuestión problemática se plantea cuando dicho obrar administrativo mediante entidades no sujetas formalmente al Derecho público, supone para la Administración el autoeximirse de las cargas consiguientes (y que la propia Constitución impone sin equívocos) al ejercicio de los poderes públicos,⁵ ya sea la evasión de controles presupuestarios, la limitación de su responsabilidad⁶ o, en lo que interesa al presente comentario, el escape del ámbito de aplicación del régimen de contratación pública.

Este último aspecto ha sido objeto de especial atención y preocupación desde el Derecho comunitario, el cual, mediante diversas directivas⁷, ha impulsado el sometimiento de la contratación pública (sea de “empresas públicas” o de “organismos de Derecho público”) a principios y criterios de adjudicación de los contratos públicos de aplicación general, cuyas definiciones se interesan más por la sustancia que por la forma jurídica de la entidad adjudicadora.⁸

3 Juan Alfonso SANTA MARÍA PASTOR – “Principios de Derecho Administrativo General, Iustel, Madrid, 2005, tomo I, pág. 703.

4 Benigno ILDARRAZ, Alberto R. ZARZA MENSAQUE y Claudio Martín VIALE – “Derecho Constitucional y Administrativo”, Eudecor, Argentina, 2001, pág. 382.

5 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA – “Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas” en Revista Española de Derecho Administrativo, Año 2003 (octubre - diciembre), Nº 120, pág. 668.

6 Juan Carlos CASSAGNE – “Derecho Administrativo”, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, tomo I, pág. 364.

7 Ver: Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros; Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras; todas las cuales han sido unificadas en la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.

8 Así: Alfonso PÉREZ MORENO – “La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público” en Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, A.A.V.V., Civitas, Madrid, 1996, pág. 860.

- cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien, cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público.

En el Anexo I figuran las listas de los organismos y de las categorías de organismos de derecho público que reúnen los criterios enumerados en el párrafo segundo de la presente letra. Dichas listas son lo más completas posible y podrán ser revisadas según el procedimiento previsto en el artículo 35. [...]»

4.

El artículo 11, apartados 2, 6, 7 y 11, de la Directiva 93/37 establece:

«2. Los poderes adjudicadores que deseen adjudicar un contrato público de obras a través de un procedimiento abierto, restringido o negociado, en los casos contemplados en el apartado 2 del artículo 7, darán a conocer su intención por medio de un anuncio.

[...]

6. Los anuncios contemplados en los apartados 1 a 5 se ajustarán a los modelos que figuran en los Anexos IV, V y VI y precisarán la información que en éstos se solicita.

Los poderes adjudicadores no podrán exigir más condiciones que las establecidas en los artículos 26 y 27 cuando soliciten las informaciones relativas a las condiciones de carácter económico y técnico que exigen a los contratistas para su selección [...].

7. Los anuncios contemplados en los apartados 1 a 5 serán enviados por los poderes adjudicadores a la mayor brevedad posible y por la vía más adecuada a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. [...]

[...]

Entre dichas directivas, procede hacer referencia, a los efectos del presente análisis, a la N^o 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra, dado que es su correcta incorporación por el Reino de España lo que se discute en el litigio que culmina con la sentencia que se comenta.

A ello debe agregarse que, desde la década de los noventa, la Comisión Europea ha manifestado, en su calidad de guardiana de los Tratados, su compromiso de “seguir un enfoque más activo y menos reactivo” frente a los incumplimientos de las directivas sobre contratación pública⁹, a fin de “crear las condiciones de competencia necesarias para que los contratos públicos se adjudiquen sin discriminación, conseguir una utilización racional del erario público mediante la elección de la mejor oferta, facilitar a las empresas el acceso a un mercado único que ofrezca extensas zonas de ventas, y reforzar la competitividad de las empresas europeas como resultado de todo el proceso”¹⁰.

En este contexto, se produce el litigio entre la Comisión Europea y el Reino de España que culmina con la sentencia objeto del presente comentario. Los apartados siguientes se dedicarán a la reseña del caso y de las alegaciones de las partes, para luego ingresar al análisis de los fundamentos de la sentencia.

9 Así: Comunicación de la Comisión sobre “La Contratación Pública en la Unión Europea” de 11 de marzo de 1998 (COM/98/0143), pág. 13.

10 Así: Comunicación de la Comisión sobre “La Contratación Pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro” de 27 de noviembre de 1996 (COM/96/0583), pág. 3.

11. La publicación de los anuncios en los diarios oficiales o en la prensa del país del poder adjudicador no deberá producirse antes de la fecha de envío a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas y deberá mencionar dicha fecha. [...]»

5.

El artículo 12, apartado 1, de la Directiva 93/37 está redactado en los siguientes términos:

«En los procedimientos abiertos, los poderes adjudicadores determinarán el plazo de recepción de las ofertas de forma que no sea inferior a cincuenta y dos días a contar desde la fecha de envío del anuncio.»

6.

A tenor del artículo 18 de la Directiva:

«La adjudicación del contrato se efectuará con arreglo a los criterios establecidos en el capítulo 3 del presente título, habida cuenta las disposiciones del artículo 19, una vez verificada la aptitud de los contratistas que no hayan sido excluidos en virtud del artículo 24. Dicha verificación será efectuada por los poderes adjudicadores de conformidad con los criterios de capacidad económica, financiera y técnica contemplados en los artículos 26 a 29.»

7.

El artículo 24 de la Directiva 93/37 establece en particular:

«Podrá ser excluido de la participación en el contrato todo contratista:

a) que se encuentre en estado de quiebra, de liquidación, de cese de actividades, de intervención judicial o de concurso de acreedores, o en cualquier situación análoga a resultas de un procedimiento de la misma naturaleza que exista en las legislaciones y reglamentaciones nacionales;

II. El caso que motiva la sentencia

La situación que motiva el litigio de referencia tiene su origen en la creación, por parte del Ministerio del Interior, de una sociedad mercantil anónima con la finalidad de construir y equipar todas las prisiones dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de dicha Secretaría de Estado.

En efecto, de acuerdo a sus Estatutos, esta sociedad, denominada Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios S.A. (SIEPSA), tiene por objeto “el desarrollo y ejecución de los programas y actuaciones que pueda contener en el futuro el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, aprobado por el Consejo de Ministros (...), en todo lo que concierne a la construcción, edificación de centros y dependencias penitenciarias, ya sea por sí o mediante terceros (...), desarrollando en particular las siguientes operaciones de acuerdo con las directrices emanadas de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias: ... d) convocar y adjudicar los contratos para la ejecución de las obras por los procedimientos legalmente establecidos, así como realizar las actuaciones necesarias relativas a la dirección de obras, control de calidad, mediciones, certificaciones y supervisión...”

Al amparo de esta disposición estatutaria, en abril de 1997 SIEPSA convocó a un concurso para adjudicar un contrato de obras en Segovia, cuyo objeto era la construcción de un Centro Educativo Experimental por valor superior a los cuatro mil millones de pesetas, y lo anunció solamente en un diario de Madrid (Diario El País de 3 de abril de 1997).

- b) que sea objeto de un procedimiento de declaración de quiebra, de liquidación, de intervención judicial, de concurso de acreedores o de cualquier otro procedimiento de la misma naturaleza que exista en las legislaciones y reglamentaciones nacionales;
- c) que haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que afecte a la moralidad profesional del contratista;
- d) que haya cometido una falta grave en materia profesional, que pueda ser comprobada por algún medio que los poderes adjudicadores puedan justificar;
[...]
- g) que se le considere culpable de hacer declaraciones falsas al proporcionar los informes exigidos en aplicación del presente capítulo.
[...]

8.

A tenor del artículo 27, apartado 1, de la Directiva 93/37:

«1. La justificación de la capacidad técnica del contratista podrá acreditarse:

[...]

c) por una declaración mencionando el utillaje, el material y el equipo técnico del que dispondrá el contratista para la ejecución de la obra;

[...]

e) por una declaración que mencione los técnicos o los organismos técnicos, estén o no integrados en la empresa, de los que dispondrá el contratista para la ejecución de la obra.»

9.

Del artículo 29, apartado 3, de la Directiva 93/37 se desprende que la inscripción en las listas oficiales certificada por los organismos competentes constituirá una presunción de aptitud ante los

Tal convocatoria motivó una denuncia ante la Comisión Europea, en el entendido de que habría incumplido el procedimiento de adjudicación que pauta la referida Directiva 93/37,¹¹ principalmente respecto a las siguientes exigencias:

- a) falta de publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (art. 11);
- b) vulneración del plazo mínimo de 52 días requerido para la recepción de las ofertas (art. 12);
- c) apartamiento de los criterios de selección y adjudicación fijados (arts. 18, 24, 27, 29 y 30); y
- d) desconocimiento del régimen especial de tratamiento de las ofertas anormalmente bajas (art. 30).

En virtud de dicha denuncia, la Comisión llamó la atención de la autoridades españolas sobre los incumplimientos mencionados, sin perjuicio de lo cual, éstas respaldaron la actuación de SIEPSA, invocando la libre actuación de las sociedad mercantiles públicas.

Frente a esta situación, la Comisión decidió interponer ante el Tribunal de Justicia el recurso por incumplimiento de los Estados que prevé el artículo 226 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.¹²

11 Actualmente incorporada a la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.

12 Dicho art. 226 establece que "Si al comisión estimarse que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia".

poderes adjudicadores de los demás Estados miembros, en particular en el caso de las letras b) y d) del artículo 27, para las obras que correspondan a la clasificación de un contratista.

10.

El artículo 30, apartados 1 y 4, de la Directiva 93/37 establece:

«1. Los criterios en que se basará el poder adjudicador para la adjudicación de los contratos son:

a) o bien únicamente el precio más bajo;

b) o bien, en el caso en que la adjudicación se efectúe a la oferta más ventajosa económicamente, distintos criterios que variarán en función del contrato: por ejemplo, el precio, el plazo de ejecución, el costo de utilización, la rentabilidad, el valor técnico.

[...]

4. Si, para un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja, con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará, por escrito, las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta, y verificará esta composición teniendo en cuenta las justificaciones presentadas.

El poder adjudicador podrá tomar en consideración las justificaciones que hagan referencia a la economía del procedimiento de construcción, o a las soluciones técnicas que se hayan adoptado, o a las condiciones excepcionalmente favorables de que disfrute el licitador para la ejecución de las obras, o a la originalidad del proyecto.

Si los documentos relativos al contrato disponen la adjudicación al precio más bajo, el poder adjudicador deberá comunicar a la Comisión el rechazo de las ofertas que se consideren demasiado bajas.

[...]

III. Distintas posiciones

Los argumentos esgrimidos por la Comisión para sustentar dicho recurso ante el Tribunal de Justicia apuntaron a demostrar, como punto de partida para alegar los mencionados incumplimientos de la Directiva 93/37, que la actuación de SIEPSA se encontraba plenamente sometida a las disposiciones de la misma.

El ámbito de aplicación subjetiva de la Directiva resulta delimitado por su artículo 1º, lit. b),¹³ al definir como “poderes adjudicadores” a los siguientes sujetos: “el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público”.

Asimismo, entiende como “organismo de Derecho público” cualquier organismo que cumpla con tres características:

a) “creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”;

b) “dotado de personalidad jurídica”; y

c) “cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstos últimos, o bien, cuyo órgano de administración, de dirección o vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público”.

¹³ Actual art. 2, num. 1º, lit. a), de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.

11.

El anexo I, parte V, de la Directiva 93/37 contiene la lista de las categorías de organismos de Derecho público a los que se refiere el artículo 1, letra b), en relación con España. Se trata de las siguientes categorías:

- «- Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social,
- Organismos Autónomos de la Administración del Estado,
- Organismos Autónomos de las Comunidades Autónomas,
- Organismos Autónomos de las Entidades Locales,
- Otras entidades sometidas a la legislación de contratos del Estado español»

12.

El artículo 1, puntos 1 y 2, de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84), está redactado en los siguientes términos:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) *poderes públicos*: el Estado, las entidades territoriales, los organismos de Derecho público, las asociaciones formadas por una o varias de dichas entidades o de dichos organismos de Derecho público.

Se considerará como organismo de Derecho público, cualquier organismo que:

- haya sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general, que no sea[n] de carácter industrial o comercial,
- tenga una personalidad jurídica propia, y
- esté financiado, mayoritariamente, por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público; o su gestión esté sujeta a un control por parte de estos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión más de la mitad de cuyos miembros

La Comisión consideró que SIEPSA verifica cada una de las notas referidas, por lo que estaba sometida a las reglas de procedimiento exigidas por la Directiva al momento de contratar.

Asimismo, agrega que tal conducta de SIEPSA, violatoria de la Directiva 93/37, es imputable al Reino de España, ya que la obligación de los Estados miembros de la Unión Europea de alcanzar el resultado que una Directiva prevé, así como su deber, conforme al artículo 10 del Tratado¹⁴, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se impone a todas las autoridades de los Estados miembros.¹⁵

Por su parte, los argumentos esgrimidos por el Reino de España buscaron demostrar la inexistencia de incumplimiento alguno, ya sea respecto al procedimiento de adjudicación pautado por la Directiva como a su obligación de trasponer adecuadamente las Directivas comunitarias.

En primer lugar, el Gobierno español sostuvo que, por ser la entidad convocante del concurso una sociedad mercantil, no podía ser catalogada como "organismo público" de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 1º, lit. b), de la Directiva, que excluye expresamente de tal naturaleza a las entidades que "tengan carácter industrial o mercantil" (primera nota característica). Por lo tanto, concluye que SIEPSA quedaba excluida del ámbito de aplicación de la Directiva y, consecuentemente, no se encontraba sujeta a las reglas de procedimiento preceptuadas en la misma, sino al régimen privado propio de las sociedades mercantiles.

14 El art. 10 del Tratado constitutivo de la CE dispone: "Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado".

15 Así: Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1998, Comisión contra Irlanda, Asunto C-353/96, que sostiene que las Directivas en materia de adjudicación de contratos públicos quedarían privadas de efecto útil si el comportamiento de una entidad adjudicadora no fuera imputable al Estado miembro de que se trate (apartado 23).

son nombrados por el Estado, por las entidades territoriales o por otros organismos de Derecho público;

2) *empresas públicas*: aquéllas sobre las que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen. Se considerará que los poderes públicos ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, sobre una empresa, cuando:

- tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa, o
- dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, o
- puedan nombrar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de la empresa».

Normativa nacional

Régimen general aplicable a SIEPSA

13.

La adaptación del Derecho interno español a la Directiva 93/37 se realizó mediante la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE n. 119, de 19 de mayo de 1995, p. 14601; en lo sucesivo, «Ley 13/1995»).

14.

El artículo 1, apartados 2 y 3, de la Ley 13/1995 establece:

«2. Se entiende por Administraciones Públicas a los efectos de esta Ley:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las entidades que integran la Administración Local.

En segundo lugar, la defensa española señaló que la Directiva 93/37 había sido correctamente incorporada al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas,¹⁶ la cual, al delimitar su ámbito de aplicación subjetiva, incluyó a todas las “entidades Derecho público” que verifiquen las tres notas características dispuestas por la Directiva.¹⁷

Alega, además, que esta Ley hace referencia expresa a “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 su Disposición Adicional Sexta, exigiendo únicamente a éstas que ajusten su actividad contractual “a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”. Ambos principios habrían sido respetados en el caso.¹⁸

16 Actualmente derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el cual, a su vez, ha sido derogado por la reciente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, manteniendo su vigencia hasta el 30 de abril de 2008, fecha en que entrará en vigor esta última.

17 El art. 1º de la Ley 15/1995 establece en su num. 3º que: “Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley 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 aquéllas se den los siguientes requisitos: a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente 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.”

18 Al respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de España había sostenido, en su Informe 24/95 de 24 de octubre de 1995, que “la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia no supone en modo alguno la sujeción a las normas concretas sobre publicidad y concurrencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues de haber querido el legislador este efecto, lo hubiera consignado expresamente. ... será la propia Empresa la que deberá decidir la manera más adecuada de dar efectividad a los mismos...”.

3. Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los Organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

- a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente 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.»

15.

La disposición adicional sexta de esta misma Ley, titulada «Principios de contratación en el sector público», es del siguiente tenor:

«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.»

16.

Procede señalar que, tras la interposición del presente recurso, el Reino de España adoptó, mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE n. 148, de 21 de junio de 2000, p. 21775), una nueva versión refundida de dicha Ley que se limita, no obstante, a reunir y ordenar las disposiciones anteriores sin alterar su sustancia.

Por ende, España concluye que las sociedades mercantiles bajo control público, como SIEPSA, están excluidas del ámbito de aplicación subjetivo tanto de la normativa española como de la normativa comunitaria sobre contratos públicos.

*A nivel doctrinario, la cuestión también ha motivado discrepancias. Por un lado, se ha destacado que, "en lo que concierne al régimen jurídico de estas entidades resulta claro que, en principio, es de derecho privado, comercial en la especie, lo cual no significa que no puedan coexistir conjuntamente algunas relaciones de Derecho público que impliquen una derogación o excepción al régimen común que las caracteriza".*¹⁹

Sin embargo, hay quienes han sostenido que estas personas jurídicas deben estar sometidas íntegramente al Derecho público. Porque "los sujetos que son creados para cumplir con cometidos públicos, es decir, con cometidos que corresponden al sector público del ordenamiento -ya sea por naturaleza o porque fueron asumidos así por dicho sector- son personas públicas".²⁰ "Estas sociedades públicas están incardinadas en el tejido mismo de la Administración, al formar parte de su propio dispositivo organizativo".²¹

"Aquí se enjuicia ya un caso concreto, y bien expresivo, ciertamente, el de la actuación de una pretendida sociedad mercantil del Ministerio del Interior, con la que éste ejerce inequívocas funciones públicas aunque con libertad total, sometida solo a las reglas formales del Derecho privado y ello por el solo título de la forma de personificación de dicha entidad instrumental".²²

19 Juan Carlos CASSAGNE - "Derecho Administrativo" cit., pág. 365. En el mismo sentido: Julio Rodolfo COMADIRA y Héctor Jorge ESCOLA - "Derecho Administrativo Argentino" cit., pág. 222.

20 Rodolfo Carlos BARRA - "Tratado de Derecho Administrativo", Abaco, Buenos Aires, 2003, tomo II, págs. 182 y 183. En el mismo sentido: José Roberto DROMI - "Derecho Administrativo Económico", Buenos Aires, 1977, tomo I, pág. 37.

21 Francisco SOSA WAGNER - "El Contrato Público de Suministro", Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 105.

22 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA - "Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas" cit., pág. 668.

17. El artículo 2, apartado 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su versión modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE n. 12, de 14 de enero de 1999, p. 1739; en lo sucesivo, «Ley 30/1992») dispone lo siguiente:
«Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.»
18. De la disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE n. 90, de 15 de abril de 1997, p. 11755; en lo sucesivo, «Ley 6/1997»), resulta que las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, cualquiera que sea su forma jurídica, salvo en las materias en las que sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación y que en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.
19. Por otra parte, SIEPSA se rige concretamente por el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre (BOE n. 234, de 29 de septiembre de 1988, p. 28406), por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (BOE n. 310, de 27 de diciembre de 1989, p. 40012), por la legislación general relativa a las sociedades anónimas y por sus Estatutos. Los Estatutos de SIEPSA

IV. Los fundamentos del fallo

1) La cuestión planteada

Así trabada la litis, la cuestión que se planteó como problemática fue la de determinar si SIEPSA había sido creada para satisfacer necesidades de interés general que tuvieran -o no- carácter industrial o mercantil.

En efecto, el Tribunal advierte en el apartado 70 de la sentencia que, “En el presente caso, si bien las partes están de acuerdo en que SIEPSA cumple los requisitos contemplados en los guiones segundo y tercero del artículo 1º, lit. b), de la Directiva 93/37 [personalidad jurídica y sujeción al control público, respectivamente], disienten sobre si las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente SIEPSA carecen de carácter mercantil”.

De comprobarse dicho carácter, la entidad quedaría, de acuerdo con las disposiciones citadas, excluida del ámbito de aplicación de la Directiva en cuestión y de la Ley española de Contratos de las Administraciones Públicas. En el caso contrario, ésta verificaría todas las notas constitutivas de una “organismo público”, quedando en tal carácter sujeta a las mismas, y, por ende, faltando a su cumplimiento.

20. SIEPSA es una sociedad estatal creada mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de febrero de 1992 bajo la forma de sociedad anónima mercantil. Inicialmente creada con una duración de ocho años, se transformó en sociedad por tiempo indefinido a raíz de una modificación de sus Estatutos en octubre de 1999. A principios del año 2000, su capital ascendía a 85.622.000.000 de pesetas, íntegramente suscrito y desembolsado por el Estado español como accionista único.
21. De acuerdo con lo previsto en sus Estatutos, la sociedad está dirigida y representada por un Consejo de Administración. Los ocho miembros de dicho Consejo son designados por la Junta General de accionistas, a propuesta de los Ministerios de Justicia, de Economía y de Hacienda. El Consejo de Administración nombra a su Presidente, eligiéndolo entre los Consejeros propuestos por el Ministerio de Justicia.
22. El objeto social de SIEPSA, tras la modificación estatutaria de 17 de julio de 1998, es el siguiente: «1. El desarrollo y ejecución de los programas y actuaciones que contiene o pueda contener en el futuro el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros [...], en todo lo que concierne a la construcción, edificación de centros y dependencias penitenciarias, ya sea por sí o mediante terceros, así como a la amortización o enajenación de los bienes inmuebles y Centros que, previa desafectación de servicios o fines penitenciarios, le sean aportados de acuerdo con las previsiones del Plan, desarrollando, en particular, las siguientes operaciones de acuerdo con las directrices emanadas de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias:
- a) Realizar cuantas actividades de asesoramiento y gestión urbanística se precisen para el desarrollo del citado Plan, así como colaborar con entidades públicas o privadas a los efectos anteriores.

2) Criterios fijados por el Tribunal

El valor de la sentencia que se comenta radica en que establece los criterios que el Tribunal considera relevantes para determinar el carácter industrial o mercantil de las sociedades de capital público. Éstos recogen los lineamientos contenidos en diversas sentencias dictadas por el Tribunal en la materia, por lo que constituyen una postura jurisprudencial decantada a lo largo de los años y frente a diferentes casos.

En este contexto, la sentencia hace referencia a los siguientes criterios:

a) el concepto de “organismo público” como poder adjudicador -y, por ende, sus notas características- debe recibir una interpretación tanto funcional como amplia, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persiguen las Directivas comunitarias sobre contratos públicos (apartado 73);²³

b) el concepto de “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil” pertenece al Derecho comunitario y, por consiguiente, ha de recibir en toda la Comunidad una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición en la que figura y el objetivo que persigue la normativa de que se trate (apartado 79);²⁴

c) constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil aquellas que no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado (apartado 80);²⁵

23 Así: Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2003, Comisión contra España, Asunto C-214/2000; de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, Asunto C-373/2000; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, Asunto C-470/1999; de 1 de febrero de 2001, Comisión contra Francia, Asunto C-237/1999; de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, Asunto C-360/1996; y de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, Asunto C-44/1996.

24 Así: Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, Asunto C-373/2000.

25 Así: Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de mayo de 2003, Korkhonen y otros, Asunto C-18/2001; y de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, Asunto C-373/2000.

- b) Localizar y adquirir los inmuebles precisos, o adecuar, en su caso, los que resulten aptos para la instalación de los nuevos centros o dependencias penitenciarias, así como realizar el pago de las adquisiciones efectuadas por la Administración Penitenciaria por cualquier medio y para el expresado fin.
- c) Redactar los proyectos de ejecución de las obras, realizar el replanteo de las mismas y preparar las condiciones de licitación de las obras que se contraten.
- d) Convocar y adjudicar los contratos para la ejecución de las obras por los procedimientos legalmente establecidos, así como realizar las actuaciones necesarias relativas a la dirección de las obras, control de calidad, mediciones, certificaciones y supervisión, y todo lo referente al equipamiento y material auxiliar, con la colaboración de los facultativos designados por la Administración Penitenciaria.
- e) Promover y ejecutar las obras de urbanización, construcción, edificación, dotación, así como el equipamiento que sean precisos para la puesta en servicio de los nuevos centros y dependencias penitenciarios.
2. Enajenar los bienes inmuebles y Centros Penitenciarios que, desafectados del servicio o fines penitenciarios, le sean aportados por el Estado [...], los cuales, en los casos en que así se estime oportuno para mejorar su aprovechamiento y valor de enajenación, podrán ser objeto de cesión parcial a las Corporaciones Locales interesadas o de permuta por otros pertenecientes a éstas, con las que se podrán establecer Acuerdos de colaboración que permitan dicha mejora y la satisfacción de necesidades de su competencia. Los fondos que se obtengan por la realización de estas actividades serán aplicados a la financiación de las actividades previstas en el Plan [...].»

d) tampoco revisten tal carácter aquellas necesidades que, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (apartado 80);²⁶ y

e) la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la misma (apartado 81).²⁷

De acuerdo con tales criterios jurisprudenciales, procedió el Tribunal al examen y resolución del caso planteado.

3) Aplicación de los criterios al caso

Para concluir que las necesidades de interés general que SIEPSA pretendía satisfacer no revestían un carácter industrial o mercantil, el Tribunal aplicó cada uno de los referidos criterios al caso en cuestión.

En primer lugar, de acuerdo con el referido *criterio funcional*, el Tribunal subraya que, “para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad como organismo público en el sentido del artículo 1º, lit. b), de la Directiva 93/37, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en dicha disposición, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de esa Directiva” (apartado 74).

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

Procedimiento administrativo previo

23. La Comisión recibió una denuncia relativa a un procedimiento de adjudicación de un contrato de obras para el Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocado por SIEPSA de acuerdo con el proyecto aprobado por el Ministerio de Justicia e Interior, con un presupuesto máximo de 4.392.399.500 pesetas, IVA no incluido. La licitación para el procedimiento de que se trata se había publicado en el diario «El País» del 3 de abril de 1997.
24. Mediante escrito de 24 de septiembre de 1997, la Comisión llamó la atención de las autoridades españolas sobre el hecho de que en dicha licitación se habían ignorado numerosas disposiciones de la Directiva 93/37.
25. En su respuesta de 17 de diciembre de 1997, las autoridades españolas sostenían que SIEPSA, como sociedad mercantil estatal regulada por el Derecho privado, no constituye una entidad adjudicadora en el sentido de la citada Directiva y, por tanto, sus disposiciones no son aplicables al caso de autos.
26. Como consecuencia de esta respuesta, la Comisión remitió a las autoridades españolas el 6 de noviembre de 1998 un escrito de requerimiento, en el que señalaba que SIEPSA debía considerarse como una entidad adjudicadora y que, por consiguiente, estaba obligada a someterse al conjunto de las disposiciones de la Directiva 93/37, a pesar de la redacción de la Ley 13/1995.

Conforme con ello, cuando la Directiva excluye de su aplicación a las sociedades creadas para satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil, “se refiere a la actividad de fondo que cumple la entidad de que se trate, lo que en el caso de la Sociedad determinante de estas actuaciones es completamente evidente que no realizaba en absoluto, y que en modo alguno la simple personificación convencional en una sociedad regulada por el Derecho Mercantil supone que tal actividad (construir y habilitar centros penitenciarios en el caso enjuiciado) pueda ser calificada materialmente como actividad de carácter industrial o mercantil. La diferencia entre forma de personificación, que puede ser convencionalmente la que se quiera, y naturaleza de la actividad que tal persona realiza, es aquí la esencial”.²⁸

Quiere decir que, frente al criterio formal sustentado por el Gobierno español y recogido en su legislación interna de contratos públicos, el Derecho comunitario y sus Tribunales proclaman un criterio funcional, que valora la realidad de fondo, por encima de envoltorios formales.

En segundo lugar, resulta del *criterio de interpretación autónoma de los conceptos pertenecientes al Derecho comunitario* que la determinación del ámbito de aplicación de la Directiva 93/37 no puede depender de si, con arreglo al Derecho nacional español, el organismo está sujeto al Derecho público o al privado.

Frente a las disposiciones de la Directiva, será indiferente la calificación de SIEPSA que haga el Derecho interno. Carecería de todo efecto la norma comunitaria si, por una disposición nacional, pudiera excluirse de su aplicación a una entidad que verifique las tres notas características de “organismo público”.

En tercer lugar, aplicando el *criterio de presencia en el mercado*, el Tribunal señala que, “puesto que la aplicación de penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA en materia de planificación y creación de centros penitenciarios. Como alegó acertadamente la Comisión, actividades como la amortización y la creación de centros penitenciarios, que figuran entre

28 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA – “Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas” cit., pág. 673.

27. Mediante escrito de 26 de enero de 1999, las autoridades españolas transmitieron sus observaciones, que insistían en primer lugar en el argumento de que las sociedades estatales como SIEPSA están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva y de la Ley 13/1995, ya que se rigen por normas de Derecho privado. En segundo lugar, rechazaban que SIEPSA cumpla el primer requisito del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37, puesto que satisface necesidades de interés general de carácter mercantil. Además, consideraban que SIEPSA había respetado suficientemente los principios de publicidad y competencia al haber publicado anuncios de licitación en los diarios de la prensa nacional y local.
28. Al considerar insatisfactoria esta respuesta, la Comisión remitió el 25 de agosto de 1999 a las autoridades españolas, con arreglo al artículo 226 CE, un dictamen motivado en el que recogía y completaba la argumentación expuesta en su escrito de requerimiento de 6 de noviembre de 1998 y concluía que, con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por SIEPSA, el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de determinadas disposiciones de la Directiva 93/37.
29. El Gobierno español respondió a dicho dictamen motivado mediante escrito de 22 de noviembre de 1999, en el que rechazaba el análisis de la Comisión.
30. Considerando que de las observaciones presentadas por el Gobierno español resultaba que subsistían los incumplimientos recogidos en el dictamen motivado, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

los principales objetivos de SIEPSA, no están sujetos a la competencia en el mercado. Por consiguiente, dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos" (apartado 87).

En cuarto lugar, de acuerdo con el *criterio que atiende al grado de influencia que mantiene el Estado sobre las necesidades en cuestión*,²⁹ el Tribunal entiende que el mismo es "determinante", en virtud de los siguientes aspectos:

- a) "las necesidades de interés general que SIEPSA se encarga de satisfacer están intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado" (apartado 85);
- b) SIEPSA "ejecuta un Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros" (apartado 86); y
- c) SIEPSA "realiza sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración Pública" (apartado 86).

En quinto lugar, atendiendo al *criterio que considera las circunstancias que rodean la creación del organismo*, la sentencia precisa que éstas no obedecen a motivos industriales o mercantiles, sino que "ha quedado acreditado que SIEPSA se creó específicamente para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitenciaria del Estado español" (apartado 84).

²⁹ Al respecto, cabe destacar que la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, establece en su art. 1, num. 1º, lit. b), al definir el concepto de "empresas públicas", que "Se considerará que los poderes públicos ejercen una influencia determinante, directa o indirectamente, sobre una empresa cuando: tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa, o dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, o puedan nombrar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de la empresa". Todos estos aspectos se verifican respecto de SIEPSA.

SOBRE EL FONDO

Alegaciones de las partes

31.

La Comisión expone que en el procedimiento seguido para la adjudicación de las obras en cuestión se incumplieron determinados requisitos de la Directiva 93/37. Después de destacar con carácter previo que el presupuesto máximo superaba el umbral previsto por la Directiva 93/37, que en aquel momento ascendía a 5 millones de ecus, señala que el anuncio de licitación se publicó exclusivamente en la prensa nacional y no en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, contrariamente a lo que dispone el artículo 11, apartados 2, 7 y 11, de la Directiva 93/37. Por otra parte, el plazo para la presentación de las ofertas era de sólo treinta y cinco días, cuando el artículo 12, apartado 1, de la Directiva establece un plazo mínimo de cincuenta y dos días en los procedimientos abiertos.

32.

La Comisión alega asimismo que, entre las condiciones exigidas para licitar, es necesario, en primer lugar, estar clasificado en veinticinco subgrupos distintos como contratistas del Estado, en segundo lugar, tener un capital social desembolsado por un importe mínimo de 1.000 millones de pesetas y, en tercer lugar, haber ejecutado en los últimos cinco años al menos cuatro contratos de obras (de los cuales, al menos, dos de edificación) con un importe mínimo final de 2.000 millones de pesetas por contrato, avalados por los correspondientes certificados. Pues bien, a juicio de la Comisión, el tercer requisito es redundante ya que, de acuerdo con el artículo 29, apartado 3, de la Directiva 93/37, la inscripción en las listas oficiales certificadas constituye una presunción de aptitud ante las entidades adjudicadoras de los demás Estados miembros por lo que respecta a la lista de las obras ejecutadas durante los últimos cinco años.

En sexto lugar, aplicando el *criterio del lucro como principal objetivo*, la sentencia sostiene que, "aún suponiendo que las actividades de SIEPSA generen beneficios, queda descartado la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en sí el primer objetivo de esta sociedad" (apartado 88). De sus Estatutos se desprende que el mismo "consiste en contribuir a la realización de la política penitenciaria del Estado" (apartado 89).

En séptimo lugar, a partir del *criterio de la asunción de los riesgos*, el Tribunal considera que "parece poco probable que SIEPSA haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Estado, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA" (apartado 91).

En consecuencia, el Tribunal entiende que, "teniendo en cuenta el conjunto de factores jurídicos y fácticos que regulan la actividad de SIEPSA, como los señalados en los apartados 84 a 92 de la presente sentencia, procede concluir que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil" (apartado 93).

4) El fallo

Resuelta la controversia en torno a la presencia de la nota característica referida, el Tribunal concluye que "SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1º, lit. b), de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora" (apartado 94). "En consecuencia, la Directiva 93/37 es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras convocados por dicha sociedad" (apartado 95).

Todo lo cual conduce al fallo de la sentencia que dispone:

33. La Comisión señala a continuación que entre los ocho criterios de adjudicación del contrato se encuentran «el equipo técnico adscrito permanentemente a pie de obra» y el «grado de cumplimiento de los contratos adjudicados por SIEPSA». A este respecto, destaca que ambos criterios figuran en el artículo 27 de la Directiva 93/37 entre los elementos que pueden justificar la capacidad técnica del contratista y contribuir a su selección, pero que, por el contrario, no pueden servir para determinar la mejor oferta, ya que los criterios de adjudicación que contempla el artículo 30 de la Directiva sólo pueden referirse a la prestación concreta de que se trate. La Comisión concluye que la inclusión de los dos criterios citados entre los de adjudicación del contrato es contraria a las disposiciones de los artículos 18, 27 y 30, apartado 1, de la Directiva 93/37.
34. En cuanto al criterio del precio, la Comisión indica que del pliego de condiciones se desprende que «se calificarán negativamente sin excluir las ofertas que se encuentren en baja temeraria, siendo éstas las que excedan en 10 unidades la media aritmética de las proposiciones admitidas». Pues bien, según la Comisión, la calificación negativa automática de las ofertas consideradas en baja temeraria produce un efecto equivalente a la exclusión automática de estas ofertas, sin posibilidad de justificación del precio, lo que constituye una práctica contraria al artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37.
35. La Comisión concluye de lo anterior que, al organizar la licitación de que se trata, SIEPSA debería haber cumplido las disposiciones relevantes de la Directiva 93/37, ya que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la obligación de los Estados miembros, dimanante de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 10 CE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obli-

“1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al no someterse al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1º, lit. b), de la Directiva 93/37.

2) Condenar en costas al Reino de España”.

gación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros. A este respecto, la Comisión se remite concretamente a la sentencia de 17 de diciembre de 1998, Comisión/Irlanda (C-353/96, Rec. p. I-8565), apartado 23, de donde resulta que las directivas en materia de adjudicación de contratos públicos quedarían privadas de efecto útil si el comportamiento de una entidad adjudicadora no fuera imputable al Estado miembro de que se trate.

36.

El Gobierno español no niega que la licitación relativa al procedimiento de adjudicación del contrato de obras para el Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia convocado por SIEPSA no cumplía las exigencias de la Directiva 93/37, pero alega que esta sociedad no puede ser considerada como entidad adjudicadora en el sentido de dicha Directiva.

37.

Con carácter general, el Gobierno español aduce que la Directiva 93/37, al igual que las Directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1), y 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), no incluye en el concepto de organismo de Derecho público a las sociedades mercantiles bajo control público, tales como SIEPSA. Esta observación se ve corroborada por el hecho de que la Directiva 93/38 distingue entre el concepto de organismo de Derecho público, idéntico en las cuatro Directivas, y el de empresa pública, cuya definición se corresponde con la de sociedad mercantil pública.

38.

A este respecto, el Gobierno español señala que el legislador comunitario era consciente de que, en el sector privado, numerosas entidades, aunque adopten la forma de empresas públicas, cumplen

V. Trascendencia de la sentencia

La importancia de este fallo y, en particular, de los fundamentos que lo motivan, puede apreciarse tanto a nivel nacional como comunitario e internacional.

En el ámbito nacional, la condena al Reino de España en el presente caso evidenció definitivamente la necesidad y urgencia de una reforma y rectificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ajustando su contenido a las exigencias comunitarias.

Conforme con ello, ha sido recientemente publicada la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la cual entrará en vigor el 30 de abril de 2008, derogando la referida Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Como su nombre lo indica, esta nueva ley tiene un ámbito de aplicación más amplio que la anterior: ya no se circunscribe únicamente a las "Administraciones Públicas", sino que comprende a todo el "Sector Público".

En tal sentido, su artículo 3 delimita su ámbito subjetivo, estableciendo en su num. 1º que, "A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades: ...d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por ciento...".

específicamente una finalidad puramente mercantil, pese a su vinculación con el Estado, y actúan en el mercado según las normas de la libre competencia y en condiciones de igualdad con el resto de las empresas privadas con un ánimo estrictamente lucrativo. Por tanto, éste sería el motivo por el cual el legislador limitó el ámbito de aplicación de la Directiva 93/37 a los organismos que cumplan conjuntamente los tres requisitos enunciados en su artículo 1, letra b).

39.

Pues bien, aunque este Gobierno reconoce que SIEPSA cumple los dos últimos requisitos del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37, alega que presenta las características de una sociedad mercantil, puesto que su finalidad y funciones son típicamente mercantiles y satisface por tanto necesidades de interés general de carácter mercantil, con lo cual no se cumple el primer criterio de dicha disposición.

40.

Además, el Gobierno español hace referencia a la lista incluida en el anexo I, parte V, de la Directiva 93/37, que contiene las categorías de organismos españoles de Derecho público que reúnen los criterios enumerados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de dicha Directiva, y alega que SIEPSA no pertenece a ninguna de esas categorías, al no ser un Organismo Autónomo ni estar sometida a la legislación española sobre contratos públicos.

41.

El Gobierno español manifiesta que SIEPSA no está comprendida en el ámbito de aplicación personal de la Ley 13/1995, que, según se desprende de su artículo 1, no incluye ni hace referencia a las sociedades mercantiles estatales. En efecto, a su juicio, únicamente la disposición adicional sexta de dicha Ley se refiere de forma expresa a estas sociedades estatales, imponiéndoles así la aplicación estricta de los principios de publicidad y competencia en los procedimientos de adjudicación de contratos que convoquen, principios que SIEPSA había respetado en el presente caso.

Es más: el lit. h) de esta disposición incluye a "Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia". Todos éstos se considerarán, además, poderes adjudicadores (num. 3º).

En el ámbito comunitario, la sentencia que se comenta también ha tenido singular trascendencia, en la medida en que viene a consolidar una postura jurisprudencial anunciada antes por el Tribunal en diversos fallos.

Asimismo, tiene el mérito de recopilar y sistematizar los principales criterios delineados en las mismas para determinar cuando una sociedad mercantil estatal queda sujeta a las exigencias de las Directivas comunitarias sobre contratación pública.

En el ámbito internacional, aún cuando se trata de un fallo dictado por un Tribunal de la Unión Europea, cabe asignarle un valor relevante por sentar unas bases firmes para el tratamiento, desde un punto de vista iuspublicista, de un fenómeno que se verifica en muchos Estados de otras regiones.

En efecto, la sentencia advierte que, cuando se trata del Estado, "la mera utilización instrumental de formas privadas de personificación en absoluto puede justificar la minoración de las garantías del

42. En opinión del Gobierno español, dicha exclusión del ámbito de aplicación personal de la normativa española sobre procedimientos de adjudicación de contratos públicos y, por tanto, de la normativa comunitaria sobre contratos públicos, se explica por el hecho de que, en el ordenamiento jurídico español, los organismos públicos con estatuto jurídico privado, categoría constituida por sociedades mercantiles bajo control público, tales como SIEPSA, satisfacen en principio necesidades de interés general, lo que explica que estén bajo control público, pero necesidades que tienen carácter mercantil o industrial, ya que, en otro caso, no constituirían el objeto de una sociedad mercantil.
43. Por lo que se refiere más concretamente a SIEPSA, el Gobierno español señala que la principal misión encomendada a esta sociedad, a saber, la construcción de nuevos centros penitenciarios adecuados a las necesidades de la sociedad, consiste en una necesidad de interés general de carácter mercantil, que sirve al objetivo último de contribuir a la política penitenciaria, que pertenece también al interés general.
44. SIEPSA se creó para garantizar la realización de cuantas actividades resulten necesarias para la correcta gestión de los programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, ya sea por sí misma o por medio de terceros. Se caracteriza como una entidad típicamente mercantil e incluso se rige por el Derecho mercantil, sin perjuicio de las excepciones previstas en particular en materia presupuestaria, contable y de control financiero.
- 45.

ciudadano",³⁰ como ser las que resultan de las reglas de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (publicidad, transparencia, objetividad, competencia no falseada, entre otras).³¹

Tanto el interés público que dichas entidades persiguen³² como el control público al que se encuentran sujetas, determinan que necesariamente existirá un régimen jurídico peculiar, propio y diferenciado de la actividad realizada por los particulares.³³

Criterios claros y firmes, como los sustentados por la sentencia, son lo que permiten sostener al día de hoy que, en vez de "huída", pueda hablarse de un "retorno" al Derecho Administrativo.

30 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ - "Curso de Derecho Administrativo", Civitas, Madrid, 2004, tomo II, pág. 391.

31 José Luis PIÑAR MAÑAS - "El Derecho comunitario de la contratación pública. Marco de referencia de la nueva Ley" en Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, A.A.V.V., Civitas, Madrid, 1996, pág. 50.

32 Así: Alfonso PÉREZ MORENO - "La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público" cit., pág. 870.

33 Elisenda MALARET I GARCÍA - "El Derecho de la Administración Pública: Derecho público y Derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales", en "Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración Pública", A.A.V.V., Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 31.

En efecto, para satisfacer dichos fines, realiza actos que han de ser objetivamente calificados de mercantiles, como la localización y adquisición de inmuebles para la instalación de nuevos centros, la promoción y la ejecución de obras de urbanización y construcción.

46.

El Gobierno español señala que, mediante el ejercicio de estas actividades, SIEPSA obtiene un beneficio y que la realización de transacciones para generar beneficios es una actividad típicamente mercantil, que sólo puede llevarse a cabo por una sociedad sujeta al juego de las normas mercantiles del sector privado, con el que necesariamente ha de entrar en contacto. Añade que la actividad de esta sociedad no puede calificarse de administrativa, ya que su objetivo es obtener medios o recursos económicos como cualquier otro empresario, aun cuando estos recursos se apliquen, en último término, a otros fines de interés general.

47.

Invocando el apartado 47 de la sentencia de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding (C-360/96, Rec. p. I-6821), en el que el Tribunal de Justicia precisó que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir a un organismo de Derecho público, el Gobierno español alega que, esté o no sometida a la competencia del mercado, SIEPSA realiza una actividad de carácter mercantil, lo que la excluye sin más del concepto de entidad adjudicadora utilizado por la Directiva 93/37.

48.

A juicio de dicho Gobierno, el sometimiento de las sociedades mercantiles estatales como SIEPSA al Derecho privado no es tanto la causa como la consecuencia de su propia naturaleza. A este respecto, precisa que el carácter mercantil de dicha sociedad no se le atribuye por su sometimiento al Derecho privado, sino que es precisamente el carácter mercantil de su actividad el que le confiere sus características y tiene como consecuencia que esté sujeta al Derecho privado.

49.

El Gobierno español considera que su tesis es la única que respeta la definición autónoma del criterio de que las necesidades de interés general no tengan carácter industrial o mercantil, tal como se desprende de los apartados 32 y 36 de la sentencia BFI Holding, antes citada. Alega que, dado que el Estado sirve al interés general y que posee una participación mayoritaria en las sociedades mercantiles estatales, es lógico pensar que éstas satisfarán siempre, en mayor o menor medida, el interés general. Ahora bien, si bastase con que el organismo cumpliera una misión de interés general, como la de contribuir a aplicar sanciones, para calificarlo de entidad adjudicadora, entonces el criterio de que dicha misión no ha de tener carácter industrial o mercantil no tendría ningún sentido.

50.

Por tanto, el Gobierno concluye que se ha de aplicar a SIEPSA el mismo trato que se reserva a las empresas que suministran gas, electricidad o agua, sectores que responden a necesidades esenciales para la sociedad y que actualmente están en manos de empresas totalmente privadas. Subraya a este respecto que dichas empresas también cumplen otros objetivos de interés general de carácter más amplio, puesto que garantizan, en particular, el buen funcionamiento de ámbitos esenciales de la vida productiva nacional.

51.

En cambio, la Comisión considera que SIEPSA cumple todos los requisitos establecidos en el artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37 y, por tanto, que constituye una entidad adjudicadora en el sentido de dicha Directiva.

52. Con carácter previo, la Comisión señala que el ámbito de aplicación personal de la Directiva 93/37 está determinado por la propia Directiva y no por normas nacionales y que, por consiguiente, la calificación de SIEPSA según el Derecho español carece de relevancia. La Comisión recuerda que, al adaptar su Derecho interno a las directivas comunitarias, los Estados miembros están obligados a respetar el sentido de los términos y conceptos empleados en éstas, a fin de garantizar la uniformidad de la interpretación y de la aplicación de los textos comunitarios en los distintos Estados miembros. En consecuencia, la Comisión afirma que las autoridades españolas están obligadas a dar a la expresión «organismo de Derecho público», utilizada en la Directiva 93/37, el mismo sentido que tiene en el Derecho comunitario. Por ello, a juicio de la Comisión, si la Ley 13/1995 excluye a SIEPSA del ámbito de aplicación de las normas de Derecho comunitario sobre adjudicación de contratos públicos, es debido a que el Derecho español no ha sido correctamente adaptado a la Directiva 93/37.
53. Además, la Comisión alega que la interpretación funcional del concepto de «entidad adjudicadora» y, por tanto, de «organismo de Derecho público» adoptada en reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia implica que este último concepto engloba las sociedades mercantiles bajo control público, siempre que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37.
54. Por lo que se refiere a la supuesta distinción realizada por la Directiva 93/38 entre los conceptos de organismo de Derecho público y de empresa pública, la Comisión indica que esta Directiva no aclara el concepto de organismo de Derecho público, definido del mismo modo en las cuatro Directivas de que se trata, sino que extiende el ámbito de aplicación personal de las normas comunitarias sobre contratos públicos a determinados sectores (agua, energía, transportes y telecomunicaciones)

excluidos de las Directivas 93/36, 93/37 y 92/50, con el fin de abarcar ciertas entidades con una actividad importante en los sectores mencionados, a saber, las empresas públicas y las que disfrutan de derechos exclusivos o especiales concedidos por las autoridades. Además, la Comisión considera necesario recordar que el concepto de empresa pública siempre se ha distinguido del concepto de organismo de Derecho público, en la medida en que los organismos de Derecho público se crean para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, mientras que las empresas públicas actúan para satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil.

55.

La Comisión rechaza asimismo la interpretación del Gobierno español que hace depender el concepto de «organismo de Derecho público» de las listas que contiene el anexo I de la Directiva 93/37 para cada Estado miembro, con el resultado de que un concepto comunitario termina teniendo significados diferentes en función de la forma en que las distintas listas del anexo I se hayan elaborado.

56.

A juicio de la Comisión, la interpretación que preconiza el Gobierno español va en contra del objetivo principal de la Directiva 93/37, recogido en su segundo considerando, y es asimismo contrario al artículo 1, letra b), párrafo tercero, de esta Directiva, según el cual dichas listas «son lo más completas posible». La Comisión destaca que esta expresión sólo puede entenderse en el sentido de que las listas no son exhaustivas y que esta interpretación fue confirmada por el Tribunal de Justicia en el apartado 50 de la sentencia BFI Holding, antes citada. Concluye de ello que el hecho de que las sociedades estatales no figuren, directa o indirectamente, en la lista de «organismos de Derecho público» del anexo I, parte V, de la Directiva 93/37 no significa que queden excluidas de dicho concepto, definido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de dicha Directiva.

-
57. Por lo que respecta, más concretamente, a los requisitos mencionados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, la Comisión señala que dicha disposición no hace mención alguna del régimen, público o privado, bajo el que se constituyeron los organismos de Derecho público, ni de la forma jurídica adoptada, sino que más bien se interesa por otros criterios, entre los cuales se encuentra el fin con el que se crearon los organismos de que se trata.
58. Pues bien, la Comisión considera que SIEPSA se creó específicamente para satisfacer una necesidad de interés general que no tiene carácter industrial o mercantil, a saber, para contribuir a la aplicación de la política penitenciaria del Estado, mediante la gestión de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros.
59. La Comisión invoca el apartado 24 de la sentencia de 15 de enero de 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria y otros* (C-44/96, Rec. p. I-73), y alega que dicho interés general, estrechamente vinculado al orden público, al funcionamiento del Estado, e incluso a la esencia misma del Estado como titular del monopolio del poder de represión que constituye la aplicación de las penas privativas de libertad, no tiene carácter mercantil ni industrial.
60. A continuación, la Comisión rebate el argumento del Gobierno español según el cual las sociedades que, como SIEPSA, actúan en el mercado sometidas a los principios de la libre competencia en condiciones de igualdad con el resto de las empresas privadas y persiguiendo igualmente un ánimo de lucro cumplen una finalidad puramente mercantil y están por ello excluidas del ámbito

de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratos públicos. En particular, la Comisión hace referencia, a modo de ejemplo, a la adjudicación de contratos de obras para la construcción de cárceles estatales y a la enajenación del patrimonio penitenciario del Estado, que constituyen dos de los objetos sociales de SIEPSA y que no pueden ser considerados como actividades sometidas a la competencia en el mercado.

61. Asimismo, la Comisión estima que del apartado 47 de la sentencia BFI Holding, antes citada, se deduce que, aunque se aceptara que SIEPSA realiza una actividad sometida a la libre competencia, dicho elemento no excluye que pueda ser calificada de entidad adjudicadora.
62. Además, la Comisión alega que carece de fundamento el argumento del Gobierno español de que todas las actividades de SIEPSA son mercantiles.
63. En primer lugar, la Comisión indica que, al contrario de lo que afirma el Gobierno español, la actividad que realiza SIEPSA no es comparable a la del sector privado. Explica que esta sociedad no oferta cárceles en el mercado (inexistente) de establecimientos penitenciarios, sino que actúa como delegada de la Administración del Estado para auxiliarla en una labor típicamente estatal: la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario. A este respecto, la Comisión señala que, según se desprende de sus Estatutos, para llevar a cabo su misión SIEPSA sigue las directrices emanadas de la Dirección General de la Administración Penitenciaria y que la enajenación de bienes inmuebles y el empleo de las cantidades que de ella resultan se realizan de conformidad con las directrices impartidas por la Dirección General del Patrimonio del Estado.

-
64. En segundo lugar, la Comisión pone de manifiesto que el Gobierno español separa la necesidad de construir centros penitenciarios (de la que deduce su naturaleza de interés general de carácter mercantil) del objetivo último de contribuir a la política penitenciaria (que califica de interés general). Señala que dicha separación, además de ser artificial puesto que ambas necesidades están estrechamente vinculadas, es contraria al razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en otros casos, en los que ha declarado que la recogida y el tratamiento de las basuras domésticas (sentencia BFI Holding, antes citada) o la impresión de documentos administrativos oficiales (sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada) son necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, sin separar dichas actividades de sus objetivos últimos: salud pública y protección del medio ambiente, por una parte, y orden público y funcionamiento institucional del Estado, por otra.
65. En tercer lugar, la Comisión alega que, aunque SIEPSA actúe eventualmente con ánimo de lucro, esta finalidad no excluye que dicha sociedad pueda satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. En su opinión, si bien es posible que la búsqueda del beneficio sea un elemento distintivo de la actividad de la sociedad, del texto de la Directiva 93/37 no se desprende en absoluto que dicho objetivo impida considerar que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó SIEPSA no tienen carácter industrial o mercantil.
66. La Comisión añade que es cuestionable que la persecución del lucro sea un objetivo para una sociedad estatal como SIEPSA, financiada exclusivamente mediante fondos públicos y que se creó para elaborar y ejecutar un plan relativo a la amortización y creación de centros penitenciarios. En efecto, la Comisión considera evidente que, en tal sector, la obtención de beneficios no es un

elemento que un Estado miembro considere prioritario. En apoyo de su afirmación, señala que de los «Informes económicos y financieros del sector público estatal» elaborados por la Intervención General del Estado para los ejercicios 1997 y 1998, se desprende que SIEPSA registró pérdidas considerables durante dichos ejercicios.

67.

En cualquier caso, la Comisión aduce que, aun suponiendo que SIEPSA realice actividades de naturaleza mercantil, dichas actividades no son sino un instrumento que permite satisfacer una necesidad de interés general que no tiene carácter industrial o mercantil, a saber, la aplicación de la política penitenciaria del Estado, para cuya satisfacción se creó específicamente la sociedad.

Apreciación del Tribunal de Justicia

68.

Como se ha indicado en el apartado 36 de la presente sentencia, el Gobierno español no niega que la licitación relativa a la adjudicación del contrato de obras para el Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia convocado por SIEPSA no cumplía las exigencias de la Directiva 93/37, pero alega que esta Directiva no es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos convocados por dicha sociedad, puesto que ésta no puede ser considerada como organismo de Derecho público y, por tanto, como entidad adjudicadora en el sentido de la citada Directiva.

69.

Con carácter previo, procede recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia, para ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, una entidad debe cumplir los tres requisitos acumulativos que enuncia la citada disposición, según los cuales debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de

interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público (sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartados 20 y 21, y de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, C-214/00, Rec. p. I-0000, apartado 52).

70.

En el presente caso, si bien las partes están de acuerdo en que SIEPSA cumple los requisitos contemplados en los guiones segundo y tercero del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, disienten sobre si las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente SIEPSA carecen de carácter mercantil.

71.

A este respecto, es preciso recordar en primer lugar que, en la sentencia Comisión/España, antes citada, el Tribunal de Justicia ya rechazó las alegaciones del Gobierno español basadas en el hecho de que, de conformidad con la normativa española aplicable en el caso, a saber, el artículo 1, apartado 3, de la Ley 13/1995, en relación con la disposición adicional sexta de esa misma Ley, las sociedades mercantiles bajo control público, como SIEPSA, están excluidas del ámbito de aplicación personal tanto de la normativa española como de la normativa comunitaria sobre contratos públicos.

72.

Más concretamente, para determinar si esta exclusión garantiza una adaptación correcta del Derecho interno al concepto de «entidad adjudicadora» recogido en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33), el Tribunal de Justicia, al estimar que el ámbito de aplicación personal de esta Directiva coincide,

en particular, con el de la Directiva 93/37, hizo referencia al alcance del concepto de «organismo de Derecho público» utilizado, en concreto, en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de esta última Directiva (en este sentido, sentencia Comisión/España, antes citada, apartados 48, 50 y 51).

73.

En este contexto, el Tribunal de Justicia señaló que, conforme a reiterada jurisprudencia, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persigue la citada Directiva, dicho concepto debe recibir una interpretación tanto funcional como amplia (en este sentido, sentencia Comisión/España, antes citada, apartado 53).

74.

Desde esta perspectiva, el Tribunal de Justicia declaró, en los apartados 54 y 55 de la sentencia Comisión/España, antes citada, que, según jurisprudencia reiterada, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad como organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en dicha disposición, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de esta Directiva.

75.

Además, el Tribunal de Justicia precisó que dicha interpretación, que es la única que puede preservar plenamente el efecto útil de la Directiva 93/37, no implica desconocer el carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general que la sociedad de que se trate persigue satisfacer, ya que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si tal entidad cumple o no el requisito contenido en el primer guión del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 (en este sentido, sentencia Comisión/España, antes citada, apartados 56 y 58).

76.

Esta conclusión tampoco se puede invalidar por la falta de referencia expresa, en la Directiva 93/37, a la categoría específica de las «empresas públicas», utilizada no obstante en la Directiva 93/38. Como acertadamente señaló la Comisión, esta última Directiva se adoptó con la finalidad de extender la aplicación de las normas comunitarias sobre contratos públicos a los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, que no estaban comprendidos en otras directivas. Desde esta perspectiva, el legislador comunitario, utilizando los conceptos de «poderes públicos», por un lado, y de «empresas públicas», por otro, adoptó un enfoque funcional, análogo al empleado en las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37. De este modo, pudo garantizar la inclusión en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 93/38 de todas las entidades adjudicadoras que actúen en los sectores regulados por ésta, cuando cumplan determinados criterios, siendo a este respecto indiferentes la forma y el régimen jurídico de dichas entidades.

77.

Por otra parte, respecto a la pertinencia de la alegación del Gobierno español de que SIEPSA no pertenece a las categorías de organismos españoles de Derecho público que se enumeran en la lista contemplada en el anexo I de la Directiva 93/37, procede recordar que en el apartado 39 de la sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley (C-373/00, Rec. p. I-1931), el Tribunal de Justicia declaró que dicha lista no tiene en absoluto carácter exhaustivo, variando considerablemente su grado de precisión de un Estado miembro a otro. El Tribunal de Justicia dedujo de ello que, si un organismo determinado no figura en dicha lista, procede comprobar, en cada caso, la situación jurídica y fáctica del mismo con el fin de analizar si satisface o no una necesidad de interés general (sentencia Adolf Truley, antes citada, apartado 44).

78.

En lo que se refiere más en particular al concepto de «necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil» que figura en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de la Directiva 93/37, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ya tuvo ocasión de precisar el alcance de dicho concepto en el contexto de diversas directivas comunitarias sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

79.

El Tribunal de Justicia declaró así que dicho concepto pertenece al Derecho comunitario y, por consiguiente, ha de recibir en toda la Comunidad una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición en la que figura y el objetivo que persigue la normativa de que se trate (en este sentido, sentencia Adolf Truley, antes citada, apartados 36, 40 y 45).

80.

Además, según reiterada jurisprudencia, constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (véanse, en particular, las sentencias Adolf Truley, antes citada, apartado 50, y de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros, C-18/01, Rec. p. I-0000, apartado 47).

-
81. Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate (en este sentido, sentencias Adolf Truley, apartado 66, y Korhonen y otros, apartados 48 y 59, antes citadas).
82. En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 51 de la sentencia Korhonen y otros, antes citada, si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil.
83. Por tanto, habida cuenta de los criterios elaborados por la jurisprudencia, procede examinar la cuestión de si las necesidades de interés general que SIEPSA pretende satisfacer tienen o no carácter industrial o mercantil.
84. Ha quedado acreditado que SIEPSA se creó específicamente para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitenciaria del Estado español. Con este fin, realiza, según se desprende de sus Estatutos, todas las actividades que resulten necesarias a efectos de la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario de dicho Estado.

85. Por tanto, las necesidades de interés general que SIEPSA se encarga de satisfacer están intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado.
86. Este vínculo intrínseco se manifiesta, en particular, por la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada a SIEPSA. Ha quedado demostrado, en efecto, que ésta ejecuta un Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros y que realiza sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración Pública.
87. Además, puesto que la aplicación de las penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA en materia de planificación y creación de centros penitenciarios. Como alegó acertadamente la Comisión, actividades como la amortización y la creación de centros penitenciarios, que figuran entre los principales objetivos de SIEPSA, no están sujetas a la competencia en el mercado. Por consiguiente, dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos.
88. En cuanto a la alegación del Gobierno español basada en el hecho de que SIEPSA realiza sus actividades con ánimo lucrativo, basta señalar que, aun suponiendo que las actividades de SIEPSA generen beneficios, queda descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en sí el primer objetivo de esta sociedad.

-
89. En efecto, de los Estatutos de dicha sociedad se desprende claramente que actividades como la adquisición de inmuebles para la instalación de nuevos centros, la promoción y la ejecución de obras de urbanización y construcción o incluso la enajenación de las instalaciones desafectadas no son sino medios que SIEPSA aplica para alcanzar su principal objetivo, que consiste en contribuir a la realización de la política penitenciaria del Estado.
90. Esta conclusión viene corroborada por el hecho de que, como señaló la Comisión sin ser contradicha por el Gobierno español, SIEPSA registró pérdidas financieras considerables durante los ejercicios 1997 y 1998.
91. A este respecto, es preciso añadir que, con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de SIEPSA, parece poco probable que ésta haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Estado español, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA.
92. En estas circunstancias, existe la posibilidad de que, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, SIEPSA se guíe por consideraciones distintas a las meramente económicas. Pues bien, precisamente para evitar tal posibilidad, se impone la aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos (en este sentido, en particular, sentencias Adolf Truley, apartado 42, y Korhonen y otros, apartados 51 y 52, antes citadas).

93. Teniendo en cuenta el conjunto de factores jurídicos y fácticos que regulan la actividad de SIEPSA, como los señalados en los apartados 84 a 92 de la presente sentencia, procede concluir que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil.
94. De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición.
95. En consecuencia, la Directiva 93/37 es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras convocados por dicha sociedad.
96. A la luz de todas las consideraciones anteriores, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37, al no someterse al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37.

Costas

97.

A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber solicitado la Comisión que se condene en costas al Reino de España y haber sido desestimados los motivos formulados por éste, procede condenarlo en costas.

En virtud de todo lo expuesto,
EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta)
decide:

1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al no someterse al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37.

2) Condenar en costas al Reino de España.

Puissochet
Schintgen
Skouris
Colneric

Cunha Rodrigues

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 16 de octubre de 2003.

El Secretario

El Presidente

R. Grass

V. Skouris