

16/12. CONSULTA SOBRE LA PROCEDENCIA DE CONSIDERAR A LA ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL RENFE-OPERADORA COMO PODER NO ADJUDICADOR, A EFECTOS DE LO DISPUESTO EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (TRLCSP) APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2011, DE 14 DE NOVIEMBRE [INFORME EP 1271-RRV(R-500-12)]

Consulta sobre la procedencia de considerar a la entidad pública empresarial RENFE-Operadora como poder no adjudicador, a efectos de lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Examen de los requisitos del artículo 3.3.b) del TRLCSP y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto ¹.

ANTECEDENTES

1.º El Abogado del Estado Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con RENFE-Operadora eleva consulta a este Centro Directivo sobre la procedencia de considerar o no a dicha entidad pública empresarial como poder adjudicador, a los efectos previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Se indica en la propuesta de informe que se eleva a consulta que, frente al criterio del Servicio Jurídico del Estado, tradicionalmente favorable a la consideración de RENFE-Operadora como poder no adjudicador (informes de la Abogacía General del Estado de 14 de septiembre de 1995 (Ref. A.G. MOPTMA 124/95) y de 22 de abril de 2008 (Ref. A.G. Entes Públicos 45/08), informe de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento de 15 de abril de 2008, e informes el Abogado del Estado Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con RENFE-Operadora de 15 de abril de 2008 y de 14 de septiembre de 2010), la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), en su informe de Audi-

¹ Dictamen de la Abogacía General del Estado de 16 de mayo de 2012 (ref.: A.G Entes Públicos 71/12). Ponente: doña Raquel Ramos Vallés.

16/12 toría de Contratación de RENFE-Operadora para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 30 de junio de 2008, ha manifestado sus dudas sobre el carácter de poder no adjudicador de dicha entidad pública empresarial, existiendo además un pronunciamiento judicial (sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de julio de 2010) y dos resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales de 26 de octubre de 2011 (recursos 207/2011 y 208/2011) que califican de modo categórico a RENFE-Operadora como poder adjudicador.

2.º En su propuesta de informe, el Abogado del Estado Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con RENFE-Operadora formula las siguientes conclusiones:

«Primera. Ante las dudas surgidas en torno a la consideración de RENFE-Operadora como poder adjudicador a raíz del Informe de Auditoría de Contratación de la IGAE y de dos Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 26.10.2011, recaídas en los Recursos 207/2011 y 208/2011, se hace necesario obtener un pronunciamiento de la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado, compromiso asumido, por otra parte, por la Entidad frente a la Intervención en las alegaciones efectuadas al referido Informe de Auditoría.

Segunda. Que a la luz de la normativa aplicable a la Entidad, el Abogado del Estado Coordinador no tiene duda en torno a la consideración de RENFE-Operadora como no incluida en la categoría de poder adjudicador del TRLCSP.

Tercera. La interpretación detallada de la Sentencia en el punto Cuarto de este informe conduce igualmente a la conclusión de que RENFE-Operadora no tiene la condición de poder adjudicador.»

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Con fecha de 14 de septiembre de 1995 la entonces Dirección General del Servicio Jurídico del Estado emitió informe (Ref. A.G. MOPTMA 124/95) en el que se examinó la inclusión de «Red Nacional de Ferrocarriles Españoles» (RENFE) y de «Ferrocarriles de Vía Estrecha» (FEVE) en el ámbito de aplicación subjetivo de la entonces vigente Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP).

En dicho informe, a la vista de la normativa vigente (Real Decreto 121/1994, de 28 de enero, por el que se aprobó el Estatuto de RENFE, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, el artículo 349 del Código de Comercio y la Directiva 91/440/CEE, del Consejo, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios), se efectuaron, entre otras, las siguientes consideraciones:

«La nueva LCAP ha introducido importantes modificaciones en cuanto a su ámbito de aplicación, ya que al precisar éste su artículo 1.3 dispone:

“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”.

Así pues, para que las Entidades de Derecho público queden sometidas íntegramente en su actividad contractual a las prescripciones de la LCAP es necesario por una parte que se cumpla el requisito consagrado en el apartado *a)* de su artículo 1.3 y, por otra, que se cumpla cualquiera de las circunstancias relacionadas en el apartado *b)* de dicho precepto sin que sea preciso que concurren todas ellas, dada la redacción del precepto que utiliza la conjunción disyuntiva “o” para enlazar las distintas circunstancias previstas en el mismo.

Invirtiendo el orden de los requisitos exigidos por el artículo 1.3 de la LCAP para que las referidas entidades de derecho público ajusten íntegramente su actividad contractual al citado texto legal, y comenzando por los consignados en el apartado *b)* de dicho precepto, no se suscita especial cuestión en cuanto que en RENFE concurren los requisitos exigidos en dicho apartado.

En efecto, y por lo que se refiere, en primer lugar, a la exigencia de que se trate de una entidad cuya actividad esté mayoritariamente financiada por una Administración Pública u otra Entidad de Derecho público, el artículo 51 del Estatuto dispone que “RENFE se financiará mediante los ingresos propios de su actividad y, en su caso, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado”, señalando el artículo 52 que los “recursos de la entidad estarán integrados por:...*d)* las subvenciones que, en su caso, pudieran incluirse en los Presupuestos Generales del Estado destinadas a RENFE”; estas previsiones estatutarias sobre financiación de RENFE con cargo a los Presupuestos Generales del Estado dan lugar en la realidad a una financiación mayoritaria de RENFE por la Administración del Estado. En segundo lugar, y por lo que se refiere a la circunstancia de que la gestión de la entidad de que se trate esté sometida a control por parte de la Administración a la que aquélla esté vinculada o de la que dependa, el artículo 43 del Estatuto indica que el control de las actividades financieras y económicas de la Entidad se

ejercerá por el Tribunal de Cuentas y la Intervención General de la Administración del Estado, de conformidad con lo establecido en el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria; por lo demás, y como manifestación básica de esa función de control destaca el dato de que, según el artículo 177.1 de la LOTT, corresponde al Gobierno, de conformidad con las reglas y principios establecidos en la propia ley, aprobar el Estatuto de RENFE. En tercer lugar y finalmente, el requisito de que más de la mitad de los miembros que componen los órganos de administración, de dirección o de vigilancia sean designados por una Administración Pública o por otra Entidad de Derecho Público queda también cumplido en el caso de RENFE toda vez que, de una parte, el Presidente de RENFE es nombrado por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente (artículo 24 del Estatuto) y, de otra, el nombramiento y cese de los vocales del Consejo de Administración corresponde al Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente (artículo 14 del Estatuto).

Cumpléndose en el caso de RENFE la totalidad de los requisitos exigidos por el apartado *b*) del artículo 1.3 de la LCAP, aunque, como se ha señalado precedentemente, baste el cumplimiento de uno solo de ellos para considerar incluida a una Entidad de Derecho público en el artículo 1.3 del aludido texto legal, ha de examinarse seguidamente si se cumple la exigencia establecida en el apartado *a*) –que la Entidad haya sido creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil–. Es, pues, preciso determinar si la necesidad de interés general para cuya satisfacción se creó RENFE tiene o no carácter industrial o mercantil.

El hecho de que RENFE lleve a cabo, conforme indica el artículo 2 de su Estatuto, la gestión directa del servicio público de titularidad estatal relativo a la explotación de los ferrocarriles de transporte público, no excluye, al menos “a priori”, la posibilidad de que las necesidades de interés general que aquélla satisface tengan carácter industrial o mercantil, lo que podría fundarse en la consideración de que el concepto de servicio público excluye o elimina la idea de mercantilidad. En efecto, presidido el concepto de servicio público por la idea de satisfacción de una necesidad de interés general, ésta puede tener o no carácter industrial o mercantil, según cuál sea su propia naturaleza y contenido, y así lo viene a poner de manifiesto, a los efectos que aquí interesan, el que el artículo 1.3 *a*) de la LCAP se refiera a entidades que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil como primer requisito para que aquéllas hayan de ajustar íntegramente su actividad contractual a la LCAP, lo que implícitamente supone admitir la existencia de necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil, (...).

Si, por razón de lo que se acaba de exponer, la aislada consideración de la satisfacción de una necesidad de interés general no excluye o elimina el que esa necesidad pueda tener carácter industrial o mercantil, ni, por tanto, permite dilucidar por sí sola la cuestión a que se refiere la presente consulta, para lo que es preciso, a la vista del artículo 1.3.*a*) de la LCAP, determinar si tiene o no carácter mercantil o industrial, habrá

de apreciarse si concurre o no esa caracterización industrial o mercantil en la necesidad general que se trata de satisfacer atendiendo a la naturaleza y contenido de la actividad en que se traduce la satisfacción de la aludida necesidad.

Así las cosas, corresponde a RENFE con arreglo al artículo 176 de la LOTT: “a) Explotar los ferrocarriles comprendidos en la Red Nacional integrada definida en el artículo 155; b) Explotar los ferrocarriles que, aun no formando parte de la Red Nacional Integrada, correspondan a la competencia del Estado y cuya gestión le sea encomendada por éste; c) Explotar, en su caso, los ferrocarriles de competencia de las Comunidades Autónomas o de los Ayuntamientos cuando dichas Entidades le encomienden dicha gestión conforme a lo previsto en el artículo 181; d) Realizar la construcción de nuevas líneas ferroviarias que le sean encomendadas por el Estado y, en su caso, conforme a lo previsto en el artículo 181, por las Comunidades Autónomas o por los Ayuntamientos”.

Las funciones que, con arreglo al precepto transcrito corresponden a RENFE permiten afirmar el carácter mercantil de la actividad que desarrolla la aludida Entidad y, en consecuencia, de la necesidad de interés general para cuya satisfacción se creó: el transporte por ferrocarril.

Los contratos de transporte en que se materializa jurídicamente el servicio público que gestiona RENFE y la actividad que ésta presta tienen carácter mercantil, al concurrir los requisitos que para esta configuración establece el artículo 349 del Código de Comercio según el cual “el contrato de transporte por vías terrestres y fluviales de todo género se reputará mercantil: 1) Cuando tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos del comercio. 2) Cuando, siendo cualquiera su objeto, sea comerciante el porteador, o se dedique habitualmente a verificar transportes para el público”.

Si el criterio objetivo de delimitación de la mercantilidad del contrato de transporte que establece el número 1 del artículo 349 del Código de Comercio –que el contrato de transporte tenga por objeto mercaderías o efectos del comercio– no suscita especial cuestión, calificando indudablemente como contratos mercantiles los contratos de transporte por RENFE de mercancías, el criterio subjetivo al que con carácter alternativo se refiere el número 2 del artículo 349 del Código de Comercio, para la caracterización del contrato de transporte como contrato mercantil –que el porteador sea un empresario del transporte–, queda también cumplido por RENFE.

En efecto, y como acertadamente indica la Asesoría Jurídica de RENFE en su informe, ya desde su origen la referida Entidad es caracterizada como una empresa industrial. La Ley de 24 de enero de 1941, de Bases de Ordenación Ferroviaria y de Transporte por Carretera en su preámbulo alude a la “explotación (del ferrocarril) en lo sucesivo por el Estado, pero huyendo de las normas rígidas de la Administración Pública que podrían retrasar este órgano vital de la Nación, por cuyo motivo se considera necesario dotarla de la flexibilidad y rapidez que se lograría por una Empresa industrial, con las mismas características que las activida-

des comerciales de la industria privada y con toda la responsabilidad que compete a los gestores”; y, en coherencia con esta declaración, la base 4 párrafo primero, dispone: “Se crea la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles para hacerse cargo de los que rescate el Estado y explotarlos, en régimen de Empresa industrial, juntamente con los de vía ancha propiedad de aquél”. Esta caracterización mercantil de RENFE se reafirma en su vigente Estatuto, y así, su artículo 1.1 la conceptúa como una entidad de derecho público que actúa en régimen de empresa mercantil, teniendo la consideración de sociedad estatal de las previstas en el párrafo b) del artículo 6.1 de la Ley General Presupuestaria, y todavía se refuerza esa caracterización mercantil de RENFE al dejar de ejercer, conforme se indica en el preámbulo de su Estatuto, funciones públicas que se entiende que corresponden tan sólo al titular del servicio público.

Finalmente, el carácter mercantil del transporte por ferrocarril, como subsector del transporte, se afirma claramente por la LOTT, así como por la Directiva 91/440/CEE del Consejo.

La LOTT, tras incluir en su ámbito de aplicación los transportes por ferrocarril (artículo 1.3), sienta, como principios generales del régimen que establece para el sector del transporte, los de armonización de las condiciones de competencia entre las empresas de transporte, libre elección de los usuarios y libertad de gestión empresarial, todo ello en el marco del principio de unidad de mercado (artículo 4), así como los de autonomía de gestión y riesgo y ventura de las empresas (artículo 17), todo lo cual denota claramente la configuración del transporte en general y del transporte por ferrocarril en particular como una actividad típicamente mercantil.

Más específicamente, y con referencia ya al transporte por ferrocarril, la Directiva 91/440/CEE, del Consejo, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, expresamente aplicable, con arreglo a sus artículos 2 y 3, a entidades (empresas) públicas cuya actividad principal consiste en prestar servicios de transporte de mercancías y/o viajeros por ferrocarril, refuerza la caracterización mercantil del aludido sector y de tales entidades. En su parte expositiva, tras considerar a los ferrocarriles como elemento vital del sector de los transportes en la Comunidad, postula la integración de la red de ferrocarriles en un mercado competitivo, indicando a estos efectos que “a fin de que los transportes por ferrocarril sean eficaces y competitivos con respecto a los demás medios de transporte, los Estados miembros deben conceder a las empresas de transporte ferroviario un régimen de empresa independiente, que les permita actuar con arreglo a criterios comerciales y adaptarse a las necesidades del mercado”. Esta declaración se concreta en el artículo 5 de la Directiva, cuyo número 1, párrafo primero, dispone que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir a las empresas ferroviarias que adapten al mercado sus actividades...”, añadiendo en su párrafo segundo, que “las empresas ferroviarias (entre las que se comprenden las entidades públicas dedicadas al transporte ferroviario) deberán ser administradas según los principios que se aplican a las sociedades mercantiles, incluso en lo que se refiere a las obligaciones de servicio público impuestas por el Estado a la

empresa y a los contratos de servicio público celebrados por la empresa con las autoridades nacionales competentes del Estado miembro”.

En definitiva, la conformación legal que hacen la LOTT y la Directiva 91/440/CEE del marco en el que se sitúa la actividad de la RENFE y la aplicación de los criterios, objetivos y subjetivos, que suministra el artículo 349 del Código de Comercio para la calificación jurídica de la actividad de transporte por ferrocarril que se encomienda a la RENFE conducen a la conclusión de que se está en presencia de una actividad típicamente mercantil, de forma que la necesidad de interés general para cuya satisfacción se creó la RENFE tiene ese carácter. Por consiguiente, no cumpliéndose el requisito exigido por el artículo 1.3. *a)* de la LCAP, y aunque se cumplan los consignados en el apartado *b)* de dicho precepto, ha de concluirse que la RENFE no se encuentra comprendida en el artículo 1.3 de la LCAP sin que, por tanto, haya de ajustarse íntegramente su actividad contractual a la LCAP».

En el posterior informe de este Centro Directivo de 22 de abril de 2008 (A.G. Entes Públicos 45/08), sin abordar expresamente la configuración de RENFE-Operadora como poder adjudicador, se informaron favorablemente las Instrucciones Internas de Contratación de dicha entidad pública empresarial, partiendo de su configuración como poder no adjudicador.

Procede examinar seguidamente si, conforme a la normativa actualmente vigente, RENFE-Operadora tiene o no la condición de poder no adjudicador.

II. El artículo 3 del vigente TRLCSP dispone en su apartado 3 lo siguiente:

«3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra *a)* que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 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.

c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.»

El artículo 3.3.*b)* del TRLCSP vincula el concepto de poder adjudicador a la concurrencia cumulativa de dos requisitos: 1) que el ente en cuestión haya sido creado para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; y 2) que exista un control público

16/12 de dicho ente, concretado en la exigencia alternativa de que una o varias Administraciones Públicas o poderes adjudicadores financien mayoritariamente de su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Como ha señalado el TJUE de forma reiterada (sentencias de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, C.360/96; de 10 de mayo de 2001, Àgora y Excelsior, asuntos acumulados C- 223/99 y C-260/99; de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley C-373/00, y de 22 de mayo de 2003, Korhonen, C-18/01), los requisitos del control público (en cualquiera de sus tres manifestaciones: financiación pública mayoritaria, control público de la gestión, o nombramiento de más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia por uno o varios poderes adjudicadores) y de satisfacción de necesidades de interés general de carácter no mercantil ni industrial tienen carácter acumulativo, de manera que un organismo que no cumpla uno de los dos citados requisitos no podrá ser calificado como entidad adjudicadora, en el sentido de las Directivas comunitarias sobre contratación pública.

El concepto de poder adjudicador que recoge el artículo 3.3.b) del TRLCSP se fundamenta en la jurisprudencia comunitaria elaborada para determinar la inclusión de un determinado ente en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, criterios que se concretan en las siguientes exigencias:

- 1) Atribución de personalidad jurídica propia al ente en cuestión;
- 2) Existencia de un control público o de una influencia dominante por parte de uno o varios poderes adjudicadores sobre dicho sujeto;
- 3) Prestación por dicho ente de una actividad de interés general que, además, no sea exclusivamente mercantil o industrial.

La jurisprudencia comunitaria sobre los requisitos anteriores se puede sistematizar del siguiente modo:

- 1.º Atribución de personalidad jurídica propia al ente en cuestión.

La exigencia de personalidad jurídica propia y diferenciada del ente cuya inclusión en el ámbito de las Directivas sobre contratación pública se considera, respecto de otros poderes adjudicadores existentes, es condición ineludible para su eventual consideración como poder adjudicador.

El Derecho comunitario mantiene en este punto una interpretación funcional y no formal, de tal forma que, como se señala en la sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 1998 (Asunto C-360/96, ARA), «... es preciso recordar que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de unidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional (en este sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. P.4635, apartado 11). Esta necesidad se opone a que se establezcan diferencias en función de la

forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que éste debe satisfacer», añadiendo el TJUE en la sentencia de 15 de mayo de 2003 que «no cabe interpretar que el concepto de “organismo de Derecho público” utilizado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los Estados miembros puedan excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas...», pues «el estatuto de Derecho privado no es un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora».

2.º Control o influencia dominante del poder público sobre el ente.

Este control se concreta en la exigencia de que uno o varios poderes adjudicadores financien mayoritariamente al ente, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. Como ya se ha indicado, las tres citadas modalidades de control público se configuran, tanto en el Derecho comunitario como en el artículo 3.3.b) del TRLCSP, de forma alternativa, por lo que basta la concurrencia de una sola de ellas para que tenga que entenderse cumplido el requisito del control público.

En la sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2000 se aclara cuándo una financiación es, a los efectos indicados, mayoritariamente pública:

– El término «mayoritariamente» que figura en el artículo 1. letra b), párrafo segundo, tercer guión, de cada una de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 debe interpretarse en el sentido de que significa «más de la mitad».

– Para valorar correctamente el porcentaje de financiación pública de un organismo determinado, es preciso tener en cuenta todos los ingresos que dicho organismo obtenga, incluidos los que resulten de una actividad mercantil.

– La calificación de «entidad adjudicadora» de un organismo debe efectuarse sobre una base anual y el periodo que debe considerarse más adecuado para calcular el modo de financiación de dicho organismo es el ejercicio presupuestario en el que se inicia el procedimiento de adjudicación de un contrato determinado, debiendo entenderse que dicho cálculo ha de efectuarse tomando como base las cifras disponibles al inicio del ejercicio presupuestario, aunque tengan el carácter de meras previsiones.

Por su parte, la sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2003 (Adolf Truley), señala, en cuanto al control público de la gestión del ente, que *«un mero control a posteriori no se ajusta al requisito de control de la gestión que establece el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de la Directiva 93/36. En cambio, se ajusta a tal requisito una situación en la que, por una parte, los poderes públicos controlan no sólo las cuentas anuales del organismo de que se trate, sino también su gestión corriente desde el punto de vista de los principios de imagen fiel, legalidad, eficiencia, rentabilidad y racionalidad y, por otra, estos mismos poderes públicos están autorizados a visitar los locales e instalaciones de*

16/12 *dicho organismo y a informar de los resultados de tales controles a un ente territorial que, a través de otra sociedad, posee el capital del organismo en cuestión.»*

Interesa destacar en este punto que, en el Derecho español, la exigencia de que uno o varios poderes adjudicadores financien mayoritariamente la actividad, controlen la gestión o nombren a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia de otro ente, organismo o entidad constituye no tanto el criterio de distinción entre poderes adjudicadores y no adjudicadores, cuanto el presupuesto o condición necesaria para la inclusión de un ente, organismo o entidad en el sector público. Así se afirmó en la Instrucción de la Abogacía General del Estado 1/2008, de 5 de febrero, sobre contrataciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y Entidades Públicas Empresariales dependientes de la Administración General del Estado, en cuyo apartado I.A.2 se efectúan las siguientes consideraciones:

«El concepto de este segundo grupo o categoría (de poderes no adjudicadores) no aparece establecido en la LCSP, pese que a él se refiera expresamente como destinatario de un específico régimen de contratación el artículo 176 de dicho texto legal. En realidad, el concepto de este segundo grupo o categoría resulta por contraposición del requisito consignado en la letra *a*) del apartado 1 anterior: si este requisito consiste en que el ente, organismo o entidad haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial, se estará en presencia de un ente, organismo o entidad que no tendrá la condición de poder adjudicador cuando el mismo haya sido creado para satisfacer necesidades que tengan carácter mercantil o industrial. La contraposición de la que resulta el concepto de ente, organismo o entidad que no ostenta la condición de poder adjudicador lo es, como se ha indicado, respecto del requisito consignado en la letra *a*) del apartado 1) anterior, sin que pueda serlo respecto de los requisitos de la letra *b*) de dicho apartado, y ello en razón de que si no se cumpliese ninguno de dichos requisitos se estaría en presencia de una entidad no comprendida en el sector público y a la que, por tanto, no le sería de aplicación la LCSP».

En definitiva, el dato objetivo de que uno o varios poderes adjudicadores financien mayoritariamente la actividad, controlen la gestión o nombren a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia de otro ente, organismo o entidad más que configurar a un ente como poder adjudicador lo que determina es su inclusión en el sector público, de tal forma que el criterio verdaderamente relevante a efectos de dilucidar si un ente es o no poder adjudicador es el carácter mercantil o industrial de las necesidades de interés general que debe satisfacer.

3.º Satisfacción de necesidades de interés general que no tenga carácter mercantil o industrial.

El Derecho comunitario exige, para apreciar la existencia de un poder no adjudicador, la concurrencia cumulativa de una necesidad de interés general que, además, no tenga carácter mercantil o industrial. Como ya indicó este Centro Directivo en su informe de 14 de septiembre de 1995, parcialmente transcrito en el fundamento jurídico anterior, el hecho de que una entidad tenga encomendada la gestión directa de un servicio público no excluye el carácter mercantil o industrial de dicha actividad, pues la mención a la satisfacción de «*necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial*» del artículo 3.2.b) del TRLCSP supone la implícita admisión de necesidades de interés general que tengan carácter mercantil o industrial. Sobre este punto, de especial relevancia a los efectos que se consideran, se volverá más adelante.

Conforme a la jurisprudencia del TJUE, el concepto de «necesidades de interés general» pertenece al Derecho comunitario y debe interpretarse teniendo en cuenta su contexto y el objetivo perseguido por las Directivas, que es el de suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y de evitar la preferencia a los licitadores o candidatos nacionales, logrando la apertura a la competencia y transparencia. Es, por tanto, un concepto autónomo del Derecho comunitario, a interpretar en sentido amplio, atendiendo a la situación jurídica y fáctica de cada caso (sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2003, C-373/00, Adolph Truley).

Por lo demás, y como se indica en la Instrucción de la Abogacía General del Estado 1/2008 respecto de las sociedades mercantiles estatales, la forma mercantil de la entidad no implica el carácter mercantil de su actividad: «*las circunstancias de que estas entidades tengan personificación jurídico-privada y de que, más concretamente, sean en la generalidad de los casos sociedades anónimas no permiten afirmar que han sido creadas para satisfacer fines de carácter industrial o mercantil y que, por tanto, nunca sean poderes adjudicadores...*», pues «*una cosa es que la sociedad anónima sea mercantil, es decir, comerciante por razón de su forma o tipo societario (...) y otra distinta que su objeto sea mercantil (el hecho de que la sociedad anónima sea, por razón de su forma, mercantil, no significa que siempre y necesariamente su objeto sea una actividad mercantil o industrial)*», lo que confirmó el TJUE respecto de la Sociedad Estatal de Equipamientos e Infraestructuras Penitenciarias en la sentencia de 16 de octubre de 2003, C-283/00, en la que se afirmó el carácter no mercantil de esta Sociedad, pese a su forma mercantil.

La determinación del carácter mercantil o no de las necesidades de interés general que un ente esté llamado a satisfacer es una cuestión compleja que exige un detallado análisis casuístico, atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes en cada caso. La citada Instrucción 1/2008 establece las siguientes pautas, respecto al carácter mercantil o industrial de la actividad de los entes, organismos o entidades del sector público, a efectos de su consideración o no como poderes adjudicadores:

«En este punto, y puesto que los conceptos que sanciona la LCSP están tomados del Derecho Comunitario, debe traerse a colación la doctrina seguida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) a propósito de la distinción entre entidades que satisfacen fines (de interés general) no mercantiles o industriales y aquellos que se ordenan a la satisfacción de necesidades (de interés general) que tienen carácter mercantil o industrial.

La doctrina mantenida por el TJCE (entre otras, sentencias Adolf Truley de 27 de febrero de 2003, C-373/00; Feria de Milán de 10 de mayo de 2001, asuntos acumulados C-233/99 y C-260/99; Gemeente Arnhem de 10 de noviembre de 1998, C-360/96; Korhonen de 22 de mayo de 2003, C-18/01; Irish Forestry Board de 17 de diciembre de 1998, C-353/96; SIEPSA de 16 de octubre de 2003, C-283/00; Sociedades Anónimas de Vivienda de Alquiler Moderado de 1 de febrero de 2001, C-237/99; BFI Holding de 10 de noviembre de 1998, C-360/96; Universale Bau de 12 de diciembre de 2002, C-470/99) se caracteriza por utilizar, de manera no uniforme, distintos criterios, resolviendo cada caso en función de sus particulares circunstancias, sin que exista una construcción acabada de cada una de esas dos categorías o conceptos, proporcionando tan sólo pautas de orientación. Como tales pautas o criterios pueden señalarse los siguientes:

– Consideración del objeto de la entidad y organismo: la vinculación del objeto a potestades públicas (en alguna sentencia se habla de vinculación al orden público) y, como consecuencia de ello, la inexistencia de un mercado para los bienes o servicios que proporciona la entidad orientan su calificación hacia una actividad de interés general no mercantil o industrial. Por otra parte, y en lógica relación con la consideración del objeto de la entidad u organismo, habrán de tenerse en cuenta también las razones y circunstancias que el poder público apreció para la creación de la propia entidad u organismo.

– Existencia de una competencia desarrollada: la circunstancia de que el organismo o entidad de que se trate actúe en una situación de competencia en el mercado que pueda considerarse normal constituye un indicio de que se trata de una entidad que persigue una finalidad de carácter mercantil o industrial.

– Existencia de mecanismos para compensar pérdidas: la existencia de mecanismos para compensar pérdidas económicas (ordinariamente, transferencias presupuestarias por parte de Administraciones Públicas) en que pudiera incurrir la entidad, de forma que ésta no soporte el riesgo de sus actividades o que, aun soportándolo, el poder público que la creó procedería, llegado el caso, a recapitalizarla, evitando situaciones concursales, permite apreciar que no se está en presencia de una actividad de carácter mercantil o industrial.

– Sistema de fijación de precios: la fijación de los precios de los bienes que produzca o de los servicios que preste la entidad que se considere con arreglo exclusivamente a las leyes de la oferta y la demanda orienta la calificación hacia el carácter mercantil o industrial; por el contrario, la fijación de los precios de los bienes o servicios por órganos

La diversidad de criterios que toma en consideración la jurisprudencia del TJCE y, especialmente, la circunstancia de que no todos ellos han sido aplicados conjuntamente en cada uno de los casos enjuiciados por dicho Tribunal, aconseja que, atendiendo principalmente al objeto de la entidad u organismo que en cada caso se considere, se proceda a una ponderación del conjunto de dichos criterios.

Para concluir este extremo, debe indicarse que ha merecido particular atención del TJCE el supuesto de un mismo organismo o entidad que simultáneamente realice actividades que deban calificarse como estrictamente públicas y actividades netamente mercantiles (sentencia Mannesmann de 15 de enero de 1998, C-44/96). En relación con este supuesto, el repetido órgano judicial ha entendido que esa duplicidad de actividades no exime de la observancia de las normas contenidas en las Directivas sobre contratos públicos cuya aplicación se extiende, por tanto, no sólo a los contratos relacionados con las actividades públicas, sino también a los relacionados con las actividades de carácter privado o mercantil, y ello aun cuando estas últimas actividades sean económicamente preponderantes».

El TJUE ha declarado (sentencia de 22 de mayo de 2003, Korhonen) que «según reiterada jurisprudencia, en general, 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 parte, por razones vinculadas al interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante». En suma, «la existencia o 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 relativos a la creación del organismo y las condiciones en que ejerce su actividad».

En la sentencia de 22 de mayo de 2003 (Korhonen) considera el TJUE que «es preciso comprobar, en particular, si el organismo de que se trata ejerce sus actividades en situación de competencia, dado que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia, la existencia de tal competencia puede constituir un indicio de una necesidad de interés general tiene carácter industrial o mercantil (véase, en este sentido, la sentencia FBI Holding, apartados 48 y 49)», si bien se añade que «no obstante, de los propios términos de esta última sentencia se desprende que la existencia de una competencia desarrollada no permite, por sí sola, inferir la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil (véase sentencia Adolph Truley, antes citada, apartado 61). La misma observación es válida por lo que se refiere a la circunstancia de que el organismo de que se trata pretende satisfacer específicamente las nece-

16/12 sidades de empresas comerciales. Deben tenerse en cuenta otros factores antes de llegar a tal conclusión y, en particular, la cuestión de en qué condiciones ejerce su actividad el organismo de que se trate», concluyendo a este respecto que «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».

En definitiva, la jurisprudencia del TJUE exige efectuar una valoración casuística del carácter mercantil o industrial de la actividad del organismo que se considere, examinando todos los elementos jurídicos y fácticos concurrentes en cada supuesto, tales como los que rodean a la creación del organismo y las condiciones que ejerce su actividad, siendo la competencia un indicio pero no una circunstancia por sí sola suficiente para definir el concepto de poder adjudicador, al igual que el resto de los factores apuntados en la sentencia Korhonen (existencia de ánimo de lucro como objetivo principal y asunción de los riesgos derivados de la actividad).

III. Establecidos los criterios jurisprudenciales que delimitan el concepto comunitario de poder adjudicador, procede examinar si los mismos concurren en la entidad pública empresarial RENFE-Operadora.

No se suscita dudas sobre la concurrencia de los dos primeros requisitos examinados en el fundamento jurídico precedente: atribución de personalidad jurídica propia al ente en cuestión, y existencia de control público sobre el mismo.

Así, y en cuanto a lo primero –personalidad jurídica propia–, conforme al artículo 1 del Real Decreto 2396/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el estatuto de RENFE-Operadora, dicha entidad se configura como «organismo público de los previstos en el artículo 43.1.b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado», dotada de «personalidad jurídica propia y diferenciada de la del Estado, plena capacidad jurídica y de obrar para el cumplimiento de sus fines, patrimonio y tesorería propios, en los términos establecidos en la disposición adicional tercera de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, y en este Estatuto».

Por su parte, el requisito del control público de RENFE-Operadora concurre en las tres modalidades que, con carácter alterativo, recoge el artículo 3.3.b) del TRLCSP. Así, entre los recursos de la entidad se incluyen (artículo 25.3 del Estatuto de RENFE-Operadora), «las subvenciones que, en su caso, pudieran incluirse en los Presupuestos Generales del Estado», siendo así que, según se indica, en la práctica esta fuente constituye por el momento la principal fuente de ingresos de la entidad, lo que permite tener por cumplido el requisito de la financiación pública mayoritaria; en cuanto al control público de su gestión, éste viene impuesto en el

artículo 29 de sus Estatutos, que somete la gestión económico-financiera de RENFE-Operadora al control interno de la IGAE y externo del Tribunal de Cuentas, sin perjuicio del control técnico y de eficacia de la entidad que se atribuye expresamente al Ministerio de Fomento; finalmente, dispone el artículo 7 del Estatuto de RENFE-Operadora que los órganos de Gobierno de la entidad son el Consejo de Administración y el Presidente, siendo así que, de acuerdo con el artículo 8.1 de los Estatutos, el nombramiento de los vocales del Consejo de Administración corresponde al Ministro de Fomento, concurriendo así el último de los requisitos exigidos, de forma alternativa, en el artículo 3.3.b) in fine del TRLCSP (elección por uno o varios poderes adjudicadores de más de la mitad de los miembros del órgano de dirección, administración o vigilancia).

Procede por ello examinar si concurre el requisito que, conforme a lo indicado, ha de considerarse verdaderamente delimitador del concepto de poder no adjudicador, cual es el de que RENFE-Operadora esté llamada a satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial. A tal fin se examinarán, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, las circunstancias que rodean la creación de la entidad y las concretas características de la necesidad de interés general que RENFE-Operadora satisface.

1.º Circunstancias que rodean la creación de la entidad.

RENFE-Operadora se crea en la disposición adicional tercera de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, norma que responde a la finalidad, declarada en su Exposición de Motivos, de contribuir a dinamizar el mercado ferroviario europeo, estableciendo a tal efecto la Ley las modificaciones necesarias para la «progresiva apertura del transporte ferroviario a la competencia». Se trata, en suma, «de convertir el ferrocarril en un modo de transporte competitivo y de abrir los mercados ferroviarios nacionales al transporte internacional de mercancías realizado por las empresas ferroviarias establecidas en cualquier Estado miembro de la Unión Europea», en consonancia con lo dispuesto en las Directivas comunitarias aprobadas en este ámbito (Directiva 91/440/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el Desarrollo de los Ferrocarriles Comunitarios, modificada por la Directiva 2001/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, que exigió a los Estados miembros la apertura de sus redes ferroviarias a las empresas y a las agrupaciones empresariales internacionales que presten determinados servicios de transporte internacional, principalmente de mercancías; Directiva 95/18/CE del Consejo, de 19 de junio de 1995, sobre Concesión de Licencias a las Empresas Ferroviarias, que estableció la necesidad de licencia para las empresas prestadoras de servicios ferroviarios; Directiva 2001/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, que generalizó los principios de concesión de licencias a todas las empresas activas en el sector; Directiva 2001/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, relativa

16/12 a la adjudicación de capacidad de infraestructuras ferroviarias, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad, que pretende garantizar a las empresas ferroviarias el acceso a la infraestructura en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias y garantizar la seguridad en la prestación de los servicios de transporte ferroviario; y Directiva 2001/16/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo convencional, que pretende fijar las condiciones que deben cumplirse para lograr, en el territorio comunitario, la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo convencional).

A los indicados fines, la Ley 39/2003 separó las actividades de administración de la infraestructura (que encomendó al Administrador de Infraestructuras Ferroviarias) y de explotación de los servicios, y contempló la progresiva apertura del transporte ferroviario a la competencia. En este contexto se incardina la creación de RENFE-Operadora como empresa prestadora del servicio de transporte ferroviario.

La Ley 39/2003 parte de la consideración del transporte ferroviario «como servicio de interés general y esencial para la Comunidad que se presta en régimen de libre competencia, en los términos previstos en la Ley». Desde la entrada en vigor de la Ley 39/2003, se abre a la competencia la prestación del servicio de transporte de mercancías por ferrocarril en el ámbito nacional y se permite el acceso de todas las empresas ferroviarias que lleven a cabo transporte internacional de mercancías a las líneas de la Red Ferroviaria de Interés General que formen parte de la denominada Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías. Se prevé que el acceso por una empresa al mercado del transporte ferroviario, tanto de viajeros como de mercancías, se efectúe mediante la obtención de la correspondiente licencia, tras lo que el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias procederá a la adjudicación de la capacidad de red necesaria para la prestación de servicios.

El objeto de la entidad RENFE-Operadora es, conforme a la disposición adicional tercera de la Ley 39/2003, la prestación de servicios de transporte ferroviario tanto de mercancías como de viajeros, que incluirá el mantenimiento del material rodante. RENFE-Operadora podrá desarrollar, además, cuantas actuaciones mercantiles resulten necesarias o convenientes para la mejor realización de sus funciones, pudiendo llevar a cabo toda clase de actos de administración o disposición que sean precisos para el cumplimiento de las mismas, incluso mediante la participación en negocios, sociedades o empresas, nacionales o extranjeros, con sujeción, en todo caso, a lo dispuesto en la legislación vigente.

RENFE-Operadora queda habilitada desde la entrada en vigor de la Ley 39/2003 para la prestación del servicio de transporte ferroviario de mercancías, con asignación de la capacidad de infraestructura necesaria para la realización de los servicios de transporte de mercancías que estuviere prestando, en dicho momento, la entidad pública empresarial RENFE,

y podrá obtener directamente la asignación de la capacidad necesaria para la prestación de nuevos servicios.

Como se declara en el Preámbulo del Real Decreto 2396/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el vigente Estatuto de RENFE-Operadora:

«Desde el mismo momento de entrada en vigor de la Ley del Sector Ferroviario, ésta garantiza la liberalización total del transporte nacional de mercancías, con arreglo a lo que en ella se prevé y permite el acceso de todas las empresas ferroviarias que lleven a cabo transporte internacional de mercancías a las líneas de la Red Ferroviaria de Interés General que formen parte de la denominada Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías. Dicho acceso debe extenderse a toda la Red Ferroviaria de Interés General habilitada para ello, antes de 1 de enero de 2006. No obstante, la determinación concreta de la fecha de liberalización de este tipo de transporte la establecerá, mediante Real Decreto, el Gobierno.

Sin perjuicio de ello y como recoge la propia disposición adicional tercera de la Ley del Sector Ferroviario, RENFE-Operadora estará habilitada para la prestación del servicio ferroviario de mercancías.

(...)

La Ley del Sector Ferroviario ha previsto, igualmente, la apertura del mercado de transporte de viajeros de una manera plena, sin perjuicio de la aplicación, con carácter transitorio, del régimen específico recogido en sus disposiciones transitorias. Concretamente, la disposición transitoria tercera vincula la apertura de este mercado a lo que establezca al respecto la Unión Europea. Hasta entonces, RENFE-Operadora tendrá derecho a explotar los servicios de transporte de viajeros que se presten sobre la Red Ferroviaria de Interés General en la forma establecida en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y en su normativa de desarrollo, en cuanto no se opongan al resto del contenido de la Ley del Sector Ferroviario».

La caracterización legal del transporte ferroviario «como servicio de interés general y esencial para la Comunidad que se presta en régimen de libre competencia» resulta de especial relevancia, a los efectos que se consideran. Efectivamente, el transporte ferroviario constituye la «necesidad de interés general» [artículo 3.3.b) del TRLCSP] que RENFE-Operadora está llamada a desempeñar, y dicha necesidad tiene carácter mercantil, habida cuenta de que, además de lo que luego se indicará, su prestación se configura legalmente en régimen de competencia. En otras palabras, el hecho de que el transporte ferroviario sea un servicio esencial de interés general no convierte en no mercantil la actividad de RENFE-Operadora, pues el artículo 3.3.b) del TRLCSP exige para delimitar el concepto de poder adjudicador, como ya se ha indicado, la concurrencia cumulativa de una actividad de interés general que, además, no tenga carácter mercantil o industrial. Siendo el transporte ferroviario la necesidad de interés gene-

16/12 ral que RENFE-Operadora está llamada a satisfacer, su caracterización como poder adjudicador o no adjudicador dependerá del carácter mercantil o industrial de dicha necesidad, dato que ha de examinarse abstracción hecha del carácter de servicio público de la actividad de transporte ferroviario. Reiterando lo dicho, debe insistirse en que la idea o concepto de necesidad de interés general no excluye la calificación de actividad mercantil o industrial: a la vista de la normativa comunitaria y del artículo 3.3.b) del TRLCSP (y lo mismo podía decirse del artículo 1.3 de la derogada LCAP), hay necesidades de interés general que no tienen carácter mercantil o industrial (lo que da lugar al concepto de poder adjudicador) y necesidades de interés general que tienen carácter mercantil o industrial (lo que da lugar al concepto de poder no adjudicador).

Pues bien, a juicio de este Centro Directivo el carácter mercantil de la necesidad de interés general que RENFE-Operadora está llamada a satisfacer (el transporte ferroviario), se desprende tanto de la configuración legal del mercado del transporte ferroviario (régimen de competencia) como de la naturaleza jurídica de la propia actividad de transporte (de carácter eminentemente mercantil).

Efectivamente, RENFE-Operadora nace con el propósito legalmente declarado de prestar servicios de transporte ferroviario en un escenario de libre competencia, competencia que es efectiva desde la entrada en vigor de la Ley 39/2003 en el ámbito del transporte de mercancías y objeto de una progresiva liberalización, en el ámbito del transporte de viajeros. Siendo ésta la finalidad a la que responde la creación de la entidad, no parece procedente calificarla como poder adjudicador, pues lo que el legislador español pretende precisamente con su creación, en consonancia con lo dispuesto en las Directivas comunitarias, es que la Entidad preste servicios ferroviarios en régimen de concurrencia con otros operadores nacionales e internacionales, para lo que resulta coherente que contrate con el mayor grado de flexibilidad posible, de acuerdo con las exigencias del tráfico mercantil en el que la entidad está llamada a actuar, lo que es incompatible con la sujeción a la legislación sobre contratación pública que resulta aplicable a los poderes adjudicadores.

Pero es que, además, la actividad que constituye el objeto de RENFE-operadora (el transporte ferroviario) tiene una naturaleza jurídica eminentemente mercantil.

2.º Naturaleza de la actividad que constituye el objeto de RENFE-Operadora.

Procede dar por reproducidas en este punto las consideraciones efectuadas en el anterior informe de este Centro Directivo de 14 de septiembre de 1995, en cuanto al carácter eminentemente mercantil del contrato de transporte, mercantilidad expresamente recogida en el artículo 349 del Código de Comercio e incorporada también a la LOTT (arts. 1.3, 4 y 17), así como a la Directiva 91/440/CEE, lo que tiene por consecuencia obli-

gada que la actividad de transporte –fin para cuya satisfacción se creo RENFE-Operadora– deba reputarse como actividad mercantil.

La normativa vigente (Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de Transporte Terrestre), insiste en el carácter mercantil de este contrato, vinculándolo al nuevo escenario de competencia: *«en efecto, no puede olvidarse cómo, en el ámbito ferroviario, la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, abrió un nuevo escenario de liberalización, que bien requiere de un nuevo marco legal en lo que son las relaciones de derecho contractual. Es cierto que la liberalización, por el momento, no alcanza a todos los ámbitos del transporte ferroviario, y que la misma tardará algún tiempo en materializarse. Pero no lo es menos que conviene sentar un nuevo marco de relaciones contractuales en un entorno de apertura a la libre competencia»*. Y, así, el artículo 2.2 de la Ley 15/2009 declara que *«el contrato de transporte terrestre de mercancías se regirá por los Tratados internacionales vigentes en España de acuerdo con su ámbito respectivo, las normas de la Unión Europea y las disposiciones de esta Ley. En lo no previsto serán de aplicación las normas relativas a la contratación mercantil»*.

Es precisamente ese entorno de apertura a la libre competencia impuesto por el Derecho comunitario el que justifica la configuración de RENFE-Operadora como poder no adjudicador.

En la disposición final primera de la Ley 15/2009 se reforma la Ley 39/2003, con el objetivo de liberalizar el transporte internacional de viajeros por ferrocarril, de acuerdo con lo exigido en la Directiva 2007/58/CE del Parlamento y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, por la que se modifican las Directivas 91/440/CEE del Consejo, y 2001/14/CE, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización, estableciéndose que *«a partir del 1 de enero de 2010 las empresas ferroviarias tendrán libre acceso a la Red Ferroviaria de Interés General para la explotación de servicios internacionales de transporte de viajeros. Para la realización de dichos servicios de transporte será preciso haber obtenido la correspondiente licencia de empresa ferroviaria otorgada por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea. (...)»*.

Si a la liberalización del transporte ferroviario de mercancías ya existente desde la entrada en vigor de la Ley 39/2003 se une, desde el 1 de enero de 2010, y por exigencia de las Directivas comunitarias, la liberalización del transporte internacional de viajeros por ferrocarril, parece razonable que no resulte procedente sujetar a RENFE-Operadora al régimen de contratación del TRLCSP correspondiente a los poderes adjudicadores, so pena de colocar a dicha Entidad en condiciones más onerosas respecto de los restantes operadores reales o potenciales del mercado de transporte ferroviario que, obviamente, no sujetan su actividad contractual al TRLCSP.

La actividad de transporte ferroviario se configura, en definitiva, como una actividad eminentemente mercantil, que se desarrolla en un mercado que en parte es de competencia efectiva (transporte de mercancías y transporte internacional de viajeros) y en parte se encuentra en proceso de liberalización (transporte nacional de viajeros) por exigencias del Derecho comunitario.

RENFE-Operadora desarrolla su actividad de transporte ferroviario previa obtención de la correspondiente licencia y previa asignación por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias de la capacidad de red necesaria para la prestación de servicios.

En este contexto cobra sentido la configuración de RENFE-Operadora como una entidad «*dotada de plena autonomía de gestión en el ejercicio de sus funciones*» (artículo 2 del Real Decreto 2396/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba su Estatuto) que, en cumplimiento de su objeto, «*podrá realizar toda clase de actos de administración y disposición previstos en la legislación civil y mercantil, así como realizar cuantas actividades comerciales o industriales estén relacionadas con aquél, incluso mediante la participación en negocios, sociedades o empresas, nacionales o extranjeras,...*» (artículo 6 del citado Real Decreto).

En suma, la prestación de servicios de transporte ferroviario constituye una actividad de interés general de carácter mercantil o industrial.

3.º Aplicación razonable de la jurisprudencia del TJUE.

El TJUE insiste en la necesidad de efectuar, a la hora de apreciar el carácter mercantil o industrial de la actividad de interés general que desarrolla un determinado ente, organismo o entidad, un examen casuístico de las concretas circunstancias concurrentes en el que se tengan en cuenta las condiciones de creación de la entidad y el carácter de la propia actividad que realiza, junto con otros factores que, en dicho examen, son datos o indicios a tener en cuenta.

Como ya se ha indicado, en el Derecho español el dato de la financiación mayoritaria o del control público de una entidad es condición o presupuesto previo para su inclusión en el sector público, de donde se desprende que ese dato no puede ser absolutamente determinante para determinar, a su vez, el carácter no mercantil (o no industrial) o el carácter mercantil (o industrial) del que depende la condición de poder adjudicador o no adjudicador de la entidad. Mantener otra cosa llevaría a la conclusión de que no existen en el Derecho español poderes no adjudicadores.

La Ley 39/2003 ha previsto la plena apertura a la competencia del mercado de transporte de viajeros, sin perjuicio de la aplicación, con carácter transitorio, del régimen específico previsto en sus disposiciones transitorias. Concretamente, la disposición transitoria tercera vincula la apertura de este mercado a lo que establezca al respecto la Unión Europea. Hasta entonces, RENFE-Operadora tendrá derecho a explotar los servicios de transporte de viajeros que se presten sobre la red ferroviaria de Interés

General, en la forma establecida en la LOTT. Y, en consonancia con ello, *«en tanto no sean aplicables al transporte ferroviario de viajeros los capítulos II y III del título IV de la Ley del Sector Ferroviario, RENFE-Operadora percibirá del Estado, por la prestación de servicios deficitarios de transporte ferroviario de viajeros, las correspondientes subvenciones y compensaciones que se concretarán en el contrato-programa a celebrar por la referida entidad y la Administración General del Estado»* (disposición transitoria segunda del Estatuto de RENFE-Operadora).

Pues bien, atender primordialmente al dato de la existencia de financiación estatal a favor de RENFE-Operadora (destinada a permitir a la entidad prestar los servicios deficitarios de transporte ferroviario de viajeros, que ha de asumir en tanto no se efectúe la apertura de ese mercado a la competencia) implica, a juicio de este Centro Directivo, hacer primar en este punto un dato que, además de ser indiciario y no decisivo para determinar el carácter mercantil o no, está expresamente configurado por el legislador como transitorio, en detrimento de otros factores verdaderamente relevantes como son la creación de la entidad para actuar en el tráfico mercantil con ocasión de la progresiva apertura de la competencia en el sector del transporte ferroviario y el carácter netamente mercantil de la actividad que desarrolla, máxime si se tiene en cuenta la relación de recursos de RENFE-Operadora que enumera el artículo 25 de su Estatuto, y la posibilidad de que dicha entidad pública empresarial concierte, al amparo del artículo 26 de sus Estatutos, todo tipo de operaciones financieras, incluyendo las de crédito y préstamo, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten.

Las consideraciones anteriores son igualmente aplicables al factor de asunción o no de los riesgos derivados de la actividad desarrollada por RENFE-Operadora: el hecho de que el Estado efectúe aportaciones económicas a dicha Entidad a través del contrato-programa para financiar el sector deficitario del transporte de viajeros por ferrocarril no deja de estar vinculado al periodo transitorio que ha de concluir con la plena apertura a la competencia de dicho sector, ni desvirtúa el carácter mercantil de la necesidad de interés general (el transporte ferroviario) para cuya satisfacción se constituyó la Entidad

En cuanto al dato de la competencia, ya se ha indicado que el TJUE considera (sentencia de 22 de mayo de 2003, *Korhonen*) que *«la existencia de tal competencia puede constituir un indicio de que una necesidad de interés general tiene carácter industrial o mercantil (véase, en este sentido, la sentencia FBI Holding, apartados 48 y 49)»*.

Si el dato de la competencia es, conforme a la jurisprudencia del TJUE, un indicio del carácter mercantil o industrial de la actividad, y en el supuesto que se examina concurre una liberalización parcial del mercado (plena en el ámbito del transporte de mercancías por ferrocarril y en el ámbito del transporte internacional de viajeros por ferrocarril y de futura y progresiva apertura en el transporte nacional de viajeros), no parece que

16/12 con base en la ausencia de competencia en este último sector del transporte nacional de viajeros por ferrocarril pueda negarse el carácter mercantil de la actividad que desarrolla RENFE-Operadora.

Considera este Centro Directivo, en suma, que la apreciación conjunta de las circunstancias concurrentes en la creación de RENFE-Operadora (apertura a la competencia del mercado de transporte ferroviario) y de la concreta necesidad de interés general que está llamada a satisfacer dicha Entidad (de carácter netamente mercantil) han de primar sobre otros factores (inexistencia de competencia efectiva en el marco del transporte de viajeros y financiación mayoritaria pública para atender el servicio deficitario de transporte de viajeros por ferrocarril), que concurren de forma meramente transitoria, de acuerdo con el calendario de liberalización establecido por la Unión Europea.

Cabe añadir que el Consejo de Estado, en anteriores ocasiones, ha vinculado expresamente el requisito de la mercantilidad a la concreta actividad de interés general en sí misma considerada que un ente está llamado a satisfacer, a la hora de determinar su grado de sujeción a la legislación de contratos del sector público.

En el informe de 12 de julio de 1995 (Ref. A.G. Entes Públicos 9/95) la entonces Dirección del Servicio Jurídico del Estado consideró que el Instituto de Comercio Exterior (ICEX) se encontraba incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, por realizar una actividad de fomento (la promoción del comercio exterior y el fomento de la exportación) que no tenía carácter mercantil o industrial, sino típicamente administrativo, en cuanto tal actividad de fomento.

Pues bien, el Consejo de Estado, en su informe de 14 de diciembre de 1995 (núm. 2.718-17/95/LD), consideró lo contrario, con base en los siguientes razonamientos:

«Nadie ha puesto en duda –porque así figura en la norma de creación del Instituto (Real Decreto-ley 6/1982) que el ICEX sea una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia, dependiente de la Administración General del Estado.

Nadie niega –porque es obvio– que el ICEX está mayoritariamente financiado por el Estado; que su gestión, al menos en el aspecto económico, se halla sometida a los mecanismos ordinarios de control de la Administración Pública; y que sus directivos son nombrados por el Gobierno o por el Ministro del ramo.

Lo que se discute es si reúne también o no el requisito señalado con la letra “a” en el precepto más arriba transcrito, a saber, que sea una de las entidades creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

(...)

Ciertamente (...) el precepto que aquí se examina tiene un claro sentido literal y es que lo del carácter industrial o mercantil se predica de las necesidades, como sujeto próximo, no de las entidades que figuran en la frase anterior. Interpretación que viene corroborada por los antecedentes legislativos de este precepto, el cual es una mera transposición del artículo 1.b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio, del Consejo...».

Huelga, por tanto, toda discusión acerca de si el ICEX tiene o no condición de comerciante, de sí realiza o no operaciones de comercio, de si se limita a fomentar el comercio o es un verdadero operador económico, porque esa cuestión no es determinante a estos efectos.

Si el ICEX está excluido del ámbito de aplicación subjetiva de la Ley 13/1995 no será porque tenga la condición de comerciante —que no la tiene— ni porque efectúe operaciones de comercio —que eso nadie lo afirma— sino porque haya sido creado para servir necesidades de interés general de carácter mercantil. Lo que interesa es el fin que se persigue, no la naturaleza del instrumento (artículo 3.º del Código Civil).

(...)

Cualquiera que sea la calificación administrativa que merezca esta actividad (se refiere el Consejo de Estado a la actividad de fomento del comercio exterior que realiza el ICEX), dentro del esquema clásico, lo que no puede negarse es que sirve intereses generales de política económica que trascienden de los del propio sector y contribuye a satisfacer necesidades que indudablemente tienen carácter mercantil.

Es cierto que una cosa es comerciar y otra fomentar el comercio; pero lo que la Ley 13/1995 exige, para excluirlas de su ámbito de aplicación, no es que las entidades públicas comercien sino que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de carácter mercantil, y sería un contrasentido afirmar que el Instituto Español de Comercio Exterior no sirve necesidades de carácter comercial.

Por tanto, si el ICEX, aun siendo una entidad de derecho público y que se financia mayoritariamente con fondos públicos y cuyos directivos son de nombramiento oficial, fue creado para satisfacer necesidades de interés general de carácter mercantil, es indudable que no encaja en el supuesto de hecho del artículo 1.3, letra a), de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, y, en consecuencia, no está incluido en el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.»

El criterio con arreglo al cual el Consejo de Estado concluyó (contrariamente a lo sostenido por este Centro Directivo) que el ICEX era un poder no adjudicador, fue el del carácter mercantil de la necesidad de interés general en sí misma considerada que satisface dicho organismo: puesto que la necesidad de interés general versa sobre el comercio exterior, dado que a él se refiere exclusivamente, esa necesidad, aun siendo de interés general, tiene carácter mercantil.

Si el Consejo de Estado lo entendió así con el ICEX que, financiado mayoritariamente por el Estado, no tenía condición de comerciante ni efectuaba actos de comercio, con mayor motivo hay que entender que la condición de poder no adjudicador recae el RENFE-Operadora, que tiene la condición de comerciante por haber sido expresamente creada para realizar una actividad eminentemente mercantil, cual es el transporte ferroviario, y en régimen de competencia (recuérdese que ya en la Ley de Bases de Ordenación Ferroviaria de 24 de enero de 1941 se atribuye a RENFE la explotación del transporte ferroviario «en régimen de Empresa industrial» y «con las mismas características que las actividades comerciales de la industria privada».

Es, en definitiva, la naturaleza (y fin) mercantil o no de la actividad de interés general que se persigue con la creación del organismo el dato verdaderamente determinante para su caracterización como poder adjudicador o no adjudicador. Adviértase en este punto cómo el TJUE (sentencia de 16 de octubre de 2003, C-283/00, Comisión/España) configuró a la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios (SIEPSA) como poder adjudicador, atendiendo básica y fundamentalmente, al dato de que dicha Sociedad se creó para la satisfacción de una actividad de interés general que no puede reputarse mercantil por estar estrechamente vinculada al orden público y bajo la influencia determinante del Estado por constituir la actividad desarrollada por la Sociedad un medio esencial para la realización de la política penitenciaria del Estado, en un ámbito (el de la planificación y creación de centros penitenciarios) en el que no existe, por la propia naturaleza de la actividad, mercado para los bienes y servicios que se ofrecen.

En consideración a todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Este Centro Directivo confirma el criterio de la Abogada del Estado Coordinadora del Convenio de Asistencia Jurídica con la entidad pública empresarial RENFE-Operadora, con arreglo al cual dicha entidad ha de considerarse poder no adjudicador, a efectos de lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.