Índice Sumario

ÍNDICE SISTEMÁTICO	IX
ABREVIATURAS	XXXI
INTRODUCCIÓN	XXXV
CAPÍTULO PRIMERO. PERSONAS INSTRUMENTALES DEL EMPRESARIO PERSONAS INSTRUMENTALES DEL EMPRESARIO	XXXV
CAPÍTULO PRIMERO. Personas instrumentales del empresario social y levantamiento del velo	1
CAPÍTULO SEGUNDO. Instrumentalización de la personalidad júridica por la Administración pública	47
CAPÍTULO TERCERO. Levantamiento del velo y régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración pú- blica	159
CAPÍTULO CUARTO. Levantamiento del velo y responsabilidad por daños derivados de la gestión indirecta de un servicio público	453

Índice Sistemático

ABREVIATURAS.....	XXXI
INTRODUCCIÓN.....	XXXV

CAPÍTULO PRIMERO

PERSONAS INSTRUMENTALES DEL EMPRESARIO SOCIAL Y LEVANTAMIENTO DEL VELO

1. EL GRUPO DE SOCIEDADES COMO EMPRESARIO ÚNICO ANTE EL DERECHO.....	1.535
1. Grupos de sociedades e instrumentalización de la personalidad.....	1.535
2. Consecuencias legales de la instrumentalización de la personalidad por el empresario social: consideración unitaria de matriz y filiales.....	1.541
3. Conclusión.....	1.541

II. PROTECCIÓN DE TERCEROS FRENTE A LA INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA PERSONALIDAD POR EL EMPRESARIO SOCIAL. REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO..... 12

1. Protección de terceros en el marco de una regulación especial de los grupos de sociedades..... 13

1.1. Introducción..... 13

1.2. Ley alemana de sociedades por acciones..... 14

1.3. Propuesta del Forum European Derecho de grupos..... 18

2. Formas jurisprudenciales de protección de terceros. Referencia al Derecho anglosajón..... 19

III. APLICACION ENTRE NOSOTROS DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO A SOCIEDADES DE UN GRUPO Y PROPUESTA DEL AUTOR..... 22

1. Recepción en España de la doctrina del levantamiento del velo..... 22

2. Fundamento del levantamiento del velo..... 24

2.1. ¿Existe velo alguno que levantar?..... 24

2.2. Fundamento..... 27

3. Jurisprudencia sobre levantamiento del velo en casos de grupos de sociedades..... 29

4. Propuesta de un criterio uniforme de aplicación del levantamiento del velo a grupos de sociedades..... 36

4.1. Regla general: el respeto a la personalidad jurídica..... 36

4.2. El caso particular de los grupos de sociedades..... 38

4.3. Consecuencias prácticas del criterio propuesto..... 42

A) Responsabilidad subsidiaria de la sociedad mercantil dominante..... 42

B) Postergación de los créditos de la dominante frente a la filial insolvente..... 45

5. Conclusión..... 46

CAPÍTULO SEGUNDO

INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA..... 49

Plan del capítulo..... 49

I. PUNTOS DE PARTIDA..... 51

1. El levantamiento del velo en el marco de la polémica sobre la personalidad del Estado y sobre el concepto de Derecho administrativo..... 51

2. Ventajas que persigue la Administración mediante la instrumentalización de la personalidad jurídica..... 55

2.1. Con carácter general..... 55

2.2. En particular: la personalidad jurídico-pública y la aplicación de un Derecho estatutario..... 61

A) Derecho normal y singular..... 61

B) Regulación singular de las entidades dependientes..... 63

C) Conclusión..... 64

3. Reconocición de entidades dependientes de la Administración al Derecho administrativo.....	64
3.1. Opiniones doctrinales.....	64
3.2. La ausencia de competencia como indicio de que actúa la Administración: postura del legislador comunitario y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.....	75
4. Postura del autor. Personalidad instrumental y levantamiento del velo en Derecho administrativo.....	78
4.1. Criterio general para delimitar a las personalidades instrumentales de la Administración pública.....	78
A) Planteamiento.....	78
B) La actuación al margen de las reglas del mercado como criterio clave.....	79
4.2. Consecuencias prácticas.....	81
A) Terrenos que pueden verse perjudicados por la actuación de la Administración a través de entidades instrumentales.....	81
B) Consecuencias del levantamiento del velo a instancia de un tercero.....	82
C) Aplicación de las conclusiones expuestas.....	87
II. TIPOS DE ENTIDADES DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.....	87
1. Configuración legal de los tipos de personalizaciones dependientes.....	87
A) Régimen anterior a la Ley de Organización y Régimen Jurídico de la Administración General del Estado, de 14 de abril de 1997 (LOFAGE).....	88
B) Régimen introducido por la LOFAGE.....	90
C) Adopción de las entidades públicas dependientes a las categorías previstas en la LOFAGE.....	93
2. Valoración doctrinal de la organización de las entidades instrumentales del Estado introducida por la LOFAGE.....	95
2.1. La disociación entre la forma del ente y el régimen jurídico de su actividad.....	95
2.2. Ausencia de un criterio claro de distinción de los tipos de entidades dependientes.....	96
III. CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LAS PERSONIFICACIONES DE DERECHO PÚBLICO.....	99
1. Los Organismos autónomos.....	99
1.1. Datos que confirman el carácter instrumental de su personalidad jurídica.....	99
A) La relación de dependencia.....	99
B) La realización de actividades de las que es titular la Administración matriz.....	106
1.2. El respeto a la personalidad jurídica propia como regla.....	106
1.3. Normas que atienden a la protección de los terceros que se relacionan con el Organismo autónomo.....	113
2. Las Entidades públicas empresariales.....	116

21. Datos que confirman el carácter instrumental de su personalidad jurídica.....	116
A) La relación de dependencia.....	116
B) La realización de actividades de las que es titular la Administración matriz.....	118
22. El respeto a la personalidad jurídica propia como regla.....	118
23. Normas que atienden a la protección de los terceros que se relacionan con la Entidad pública empresarial.....	121
3. Las llamadas Fundaciones públicas sanitarias.....	125
4. Las llamadas Administraciones independientes: ¿Entidades con personalidad jurídica instrumental?.....	127
4.1. La especial autonomía de estas Entidades.....	127
4.2. Personalidad instrumental.....	129
4.3. Normas que atienden a la protección de los terceros.....	131
IV. CARÁCTER INSTRUMENTAL DE ALGUNAS PERSONIFICACIONES PRIVADAS DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN.....	132
1. Las fundaciones del sector público estatal.....	132
1.1. La figura.....	132
1.2. Sobre el carácter instrumental de su personalidad y normas que atienden a la protección de terceros.....	136
2. Las sociedades mercantiles bajo control público: ¿personas jurídicas instrumentales?.....	137
2.1. La relación de dependencia.....	137

A) Sociedades bajo control del Estado. Concepto legal de sociedad mercantil estatal.....	137
B) Mecanismos de Derecho público que aumentan la influencia sobre una empresa pero no permiten por sí solos hablar de dependencia.....	142
C) Referencia al concepto de sector público.....	147
2.2. Sociedades mercantiles bajo control público que tienen carácter instrumental.....	150
2.3. El normal desenvolvimiento de la personalidad jurídica propia como regla.....	150
2.4. Normas dirigidas a la protección de los terceros.....	155
V. CONCILSIONES DEL CAPÍTULO.....	156

CAPÍTULO TERCERO

LEVANTAMIENTO DEL VELO Y RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LOS ENTES INSTRUMENTALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Introducción y plan del capítulo.....	161
I. ENTIDADES DEPENDIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN Y LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....	166
1. Aplicación de la LCAP a la preparación y adjudicación de contratos celebrados por sujetos no vinculados en forma alguna con la Administración.....	168
2. Régimen de contratación de las personas de Derecho público.....	169

21. Personas de Derecho público sujetas integralmente a la LCAP.....	169
A) Requisitos establecidos en la LCAP.....	169
B) Interpretación de la expresión "carácter industrial o mercantil".....	171
C) Consecuencias.....	173
22. Régimen de contratación de personas de Derecho público excluidas del art. 1.3 de la LCAP por satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil.....	174
A) Aplicación de la LCAP a la preparación y adjudicación de determinados contratos que celebran.....	174
B) Selección a los principios de publicidad y concurrencia.....	175
3. Régimen de contratación de las sociedades instrumentales de una Administración.....	181
3.1. Régimen anterior a la reforma de la LCAP por Ley de 30 de diciembre de 2003.....	181
3.2. Régimen sustantivo actual.....	181
3.3. Control jurisdiccional de sus actos preparatorios y de adjudicación de contratos cuando aplican la LCAP.....	182
3.4. Control jurisdiccional de sus actos preparatorios y de adjudicación de contratos cuando aplican principios de publicidad y concurrencia.....	183
4. Sobre la publicidad y concurrencia en las relaciones de Administraciones públicas entre sí y con entidades dependientes.....	186
4.1. Realización por una Administración de las obras, suministros o servicios que necesita.....	186

A) Realización de obras.....	186
B) Fabricación de bienes muebles y prestación de los servicios que la Administración precisa para ejercer sus funciones.....	193
C) Gestión de los servicios públicos de los que es titular una Administración pública.....	194
42. Acuerdos entre personas de Derecho público.....	194
43. Acuerdos entre una entidad sujeta a la Ley y una persona de Derecho privado dependiente de ella o de otra entidad sujeta.....	198
A) Acuerdos entre una entidad sujeta a la LCAP y una sociedad mercantil bajo control de otra entidad sujeta.....	198
B) Acuerdos entre una entidad sujeta a la LCAP y una sociedad mercantil bajo su control directo o indirecto.....	199
C) Conclusión.....	201
5. Referencia al ámbito subjetivo del Acuerdo internacional sobre contratación pública.....	202
II. ENTIDADES INSTRUMENTALES DE LA ADMINISTRACIÓN Y DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	
1. Introducción.....	207
2. Formación del concepto material de Estado como poder adjudicador.....	210
2.1. Directivas de liberalización.....	210
2.2. Directivas de coordinación.....	212

A) Procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro.....	212
B) Procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras.....	215
3. Ambito subjetivo de aplicación de las Directivas hoy vigentes. Discordanacias con la LCAP.....	217
31. Contratos de obras y de concesión de obras.....	222
A) Ambito subjetivo de la Directiva.....	222
B) Divergenacias con el ambito subjetivo de las normas de transposición. Transposición del artículo 1 de la Directiva.....	226
C) Transposición del artículo 2 de la Directiva.....	228
D) Transposición de los preceptos relativos a la concesión de obras públicas.....	229
32. Contratos de suministro.....	230
A) Ambito subjetivo de la Directiva.....	230
B) Divergenacias con el ambito subjetivo de las normas de transposición.....	231
33. Contratos de servicios.....	231
A) Ambito subjetivo de la Directiva.....	231
B) Divergenacias con el ambito subjetivo de las normas de transposición.....	233
4. Adjudicación de concesiones de servicios: ausencia de armonización comunitaria.....	233

4.1. Proyecto de armonización de la Comisión en el marco de la Directiva servicios.....	233
4.2. Ausencia de armonización.....	234
4.3. Derecho comunitario aplicable a las concesiones de servicios públicos.....	239
4.4. ¿Discordanacias entre el Derecho interno y el comunitario?.....	244
5. Entidades instrumentales y contratación en los "sectores especiales".....	244
5.1. Singularidad de la Directiva 93/38/CEE.....	244
5.2. Ambito de aplicación de la Directiva 93/38/CEE.....	246
A) Entidades contratantes.....	246
B) Referencia al ambito objetivo de aplicación.....	248
C) La ausencia de competencia como criterio determinante de la aplicación de la Directiva.....	249
D) Imputación de la Directiva entre personas en relación de instrumentalidad.....	250
5.3. Consideraciones sobre la aplicación de la Directiva a entidades formal y materialmente prevales.....	251
5.4. Sobre la transposición.....	255
5.5. Crítica del sistema instaurado por la Directiva 93/38/CEE.....	256
III. ENTIDADES CON PERSONALIDAD JURÍDICA INSTRUMENTAL A LA LEY DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE EL CONCEPTO DE "ORGANISMO DE DERECHO PÚBLICO".....	257
1. Preliminar: el servicio de interés económico general como fundamento de los derechos exclusivos.....	257

1.1. Servicio de interés económico general y personalidad instrumental del Estado.....	257
1.2. El servicio de interés general para la Comisión Europea.....	260
1.3. Jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de "servicio de interés económico general".....	263
A) Calificación de la actividad como servicio de interés económico general.....	264
B) Otras condiciones para el juego de la excepción del artículo 86.2 CE.....	269
C) Aspectos probatorios en caso de litigio.....	271
1.4. Límites a las compensaciones que cabe conceder a la empresa encargada de prestar un servicio de interés económico general. Subvenciones cruzadas.....	272
A) Referencia a las subvenciones cruzadas: concepto económico y consecuencias jurídicas.....	272
B) Límites a las ayudas a empresas encargadas de prestar servicios de interés económico general.....	277
C) La contabilidad separada obligatoria para facilitar el control de las ayudas de Estado.....	283
1.5. Conclusiones.....	285
2. Jurisprudencia comunitaria sobre el concepto material de Estado como poder adjudicador: la satisfacción de "necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil".....	285
2.1. Entidades bajo control público: titulares de derechos exclusivos y sus sociedades mercantiles filiales. Sentencia <i>Mannesmann</i>	286
A) El caso planteado ante el Tribunal.....	286
B) Respuesta del Tribunal.....	287
C) Valoración de la sentencia <i>Mannesmann</i>	293
2.2. La existencia de competencia como indicio del carácter mercantil de la actividad. Asignación de servicios a un "organismo de Derecho público". Sentencia <i>BFI Holding</i>	299
A) El caso planteado ante el Tribunal.....	299
B) Respuesta del Tribunal.....	302
C) Valoración de la sentencia <i>BFI Holding</i>	306
2.3. Contratos de suministro entre poderes adjudicadores. Sentencia <i>Tobal</i>	310
A) El caso planteado ante el Tribunal.....	310
B) Respuesta del Tribunal.....	311
C) Valoración de la sentencia <i>Tobal</i>	313
2.4. Participación de organismos públicos en procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Sentencias <i>ARCF</i> y <i>Consorci Bar Tsalud</i>	318
A) Sentencia <i>ARCF</i>	318
B) Sentencia <i>Consorci Bar Tsalud</i>	324
2.5. El criterio de la rentabilidad económica. Sentencias <i>Agora</i> y <i>Riita Korteinen Oy</i>	328
A) Sentencia <i>Agora</i>	328
B) Sentencia <i>Riita Korteinen Oy</i>	335

2.6. Forma jurídica para encomendar a una entidad la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil (configuración de una entidad como medio propio). Sentencia <i>Universidad Bar</i>	339
2.7. Otros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las C.C.E.E.:	341
A) Sentencia <i>Univros Salamanca</i>	341
B) Sentencia <i>Arguñales de Millán</i>	343
C) Sentencia <i>Abad y Tudy</i>	347
3. Aplicabilidad de las Directivas a las relaciones de Administraciones públicas entre sí y con entidades dependientes.....	349
3.1. Relaciones entre un poder adjudicador y entidades bajo su control (o bajo un control compartido con otros poderes adjudicadores).....	350
A) Derecho interno.....	350
B) Derecho comunitario.....	350
C) Opinión del autor.....	351
3.2. Relaciones entre un poder adjudicador y entidades bajo control de otro poder adjudicador disunto.....	353
A) Derecho interno.....	353
B) Derecho comunitario.....	354
C) Opinión del autor.....	354
IV. RESUMEN DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y DE LA POSTURA DEL AUTOR. APLICACIÓN A ENTIDADES DEPENDIENTES PREVISTAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO.....	359

1. Receptación.....	359
1.1. Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las C.C.E.E. sobre el concepto de "organismo de Derecho público".....	359
A) Sobre el requisito de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil.....	360
B) Sobre el control.....	361
C) Consecuencias.....	362
D) Filiales del "organismo de Derecho público".....	362
E) Contratos con entidades que dependen de poderes adjudicadores.....	362
1.2. Postura del autor: concepto de "organismo de Derecho público" desde la perspectiva del concepto de personalidad jurídica instrumental.....	363
A) Sobre el carácter mercantil del ente o de las necesidades que satisface.....	363
B) Entidad bajo control conjunto de varios poderes adjudicadores.....	364
C) La filial de un "organismo de Derecho público" cuando no es su control configurada como medio propio.....	365
D) Comparabilidad entre la condición de medio propio ("organismo de Derecho público") y el ejercicio del comercio en competencia.....	365
E) Relaciones entre un poder adjudicador y entidades bajo su control.....	365
F) Relaciones entre un poder adjudicador y entidades bajo control de otro poder adjudicador disunto.....	366
2. Entidades que actúan con reserva de un sector del mercado.....	367

21. RINPE.....	367
22. Correos y Telégrafos, S.A.	368
23. Entidad pública empresarial <i>Loxeras y Aposentas del Estado</i>	370
3. Entidades que realizan funciones públicas.....	372
3.1. SIPEES Entidad Pública Empresarial de Sucho.....	372
3.2. Instituto de Crédito Oficial.....	374
3.3. Instituto Español de Comercio Exterior.....	376
3.4. Ente público Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF).....	377
3.5. Organismos de Cuencia.....	378
A) Facultad para participar en el capital de empresas públicas concesionarias de obras hidráulicas.....	378
B) Facultad para prestar servicios a las Administraciones y a los particulares.....	379
3.6. REDES.....	380
3.7. Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda.....	381
A) Regulación legal.....	381
B) Análisis desde la perspectiva del Derecho comunitario.....	383
3.8. Sociedades estatales para la construcción, explotación o ejecución de obras públicas hidráulicas.....	383
A) Caracter instrumental de estas entidades y régimen de contratación.....	383
B) Valoración de la normativa desde la perspectiva del interés público.....	387

4. Entidades bajo control público que realizan como medio propio servicios, obras o suministros en favor de la Administración, al tiempo que los ofrecen en el mercado.....	390
4.1. SICGISA.....	390
A) Regulación.....	390
B) Comercio.....	391
4.2. La "Empresa de Transformación Agraria, S.A.".....	393
A) Régimen legal.....	393
B) La regulación de TRAGSA ante el Derecho comunitario. Régimen de contratación de TRAGSA y sus filiales con terceros.....	396
4.3. Empresas públicas de la Comunidad Autónoma Balear.....	399
V. VIAS PARA EXIGIR LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA A UNA ENTIDAD INSTRUMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN.....	400
1. La denuncia ante la Comisión Europea y el eventual procedimiento de infracción.....	402
1.1. Imputabilidad al Estado del incumplimiento de un poder adjudicador.....	402
1.2. Eventual recurso de incumplimiento contra el Estado miembro.....	403
2. Recurso ante los órganos jurisdiccionales internos con base en la infracción de las Directivas comunitarias.....	408

21. Efecto directo del ámbito subjetivo de las Directivas de contratación pública y de contratación en sectores especiales.....	408
A) Dicho ámbito subjetivo tiene efecto directo.....	408
B) El concepto de Estado a efectos de invocabilidad de las Directivas no transpuestas.....	410
C) Referencia al llamado efecto indirecto de las directivas no transpuestas como vía para aplicarlas a relaciones entre particulares.....	416
22. Directivas comunitarias sobre recursos en materia de contratación pública y en sectores especiales.....	417
A) Planteamiento.....	417
B) Contenido general de las Directivas de recursos.....	419
C) En particular, sobre la legitimación activa para recurrir en las Directivas de recursos.....	422
D) Sobre la transposición de las Directivas de recursos.....	425
E) Ausencia de efecto directo de las Directivas de recursos.....	434
23. Recurso ante los órganos jurisdiccionales nacionales por impugnación de las Directivas de contratación pública.....	435
A) Legitimación activa para recurrir.....	436
B) Objeto del recurso: actuación de una Administración pública sujeta al Derecho administrativo.....	440
C) Legitimación pasiva.....	444
3. Recurso ante los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos con base en el levantamiento del velo.....	445

3.1. Carácter residual del levantamiento del velo: contratos de personas instrumentales de la Administración no sujetos a la LCAP ni a las Directivas comunitarias.....	445
3.2. Invocación del levantamiento del velo ante los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos.....	451

CAPÍTULO CUARTO

LEVANTAMIENTO DEL VELO Y RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADOS DE LA GESTIÓN INDIRECTA DE UN SERVICIO PÚBLICO

Introducción y plan del capítulo.....	455
---------------------------------------	-----

1. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO Y LOS CONCESIONARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS.....

1.1. El concesionario de un servicio público como <i>alter ego</i> de la Administración.....	459
--	-----

1.1.1. La proximidad entre el concesionario, los entes públicos instrumentales y la Administración titular del servicio.....	459
1.2 El carácter instrumental de la personalidad del concesionario en lo referente a la gestión del servicio público.....	460

2. Terceros eventualmente interesados en que se levante el velo de la personalidad del concesionario.....	465
3. Persona responsable por daños derivados de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio.....	471

3.1. Persona responsable según el Derecho vigente.....	471
--	-----

3.2. Consecuencias del levantamiento del velo del concesionario involucrado.....	474
--	-----