

LA PROBLEMÁTICA SOBRE LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA ADMINISTRACIÓN INSTRUMENTAL EN LAS DIRECTIVAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA Y EN EL ACUERDO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Por
PABLO OLIVERA MASSÓ
Abogado del Estado (1)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PANORAMA INTERNACIONAL DEL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL: ENTIDADES INSTRUMENTALES Y CONTRATACIÓN PÚBLICA.—3. EL DERECHO EUROPEO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LAS ENTIDADES SUJETAS AL MISMO: A) *Introducción*. B) *El concepto de entidad instrumental en el derecho comunitario*. C) *La recepción de la doctrina del caso Beentjes en las Directivas de contratación pública europea: la referencia a la administración instrumental por medio del término «organismo regulado por derecho público»*.—4. LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES EN EL ACUERDO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO: A) *Antecedentes en la negociación de un Acuerdo sobre Contratación Pública en el ámbito del GATT*. B) *Los criterios de clasificación de las entidades sujetas al ACP*. C) *¿Son exhaustivas las listas de entidades del Apéndice I del ACP?* D) *Criterios para resolver en el ámbito del ACP una controversia relativa a si una entidad no expresamente incluida en los anexos de entidad está sujeta al ACP*.—5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las tendencias más significativas en la organización administrativa de los países desarrollados ha sido el llamado proceso de «descentralización funcional», a través del cual las funciones ejecutadas por los gobiernos o administraciones centrales, regionales o locales han sido asumidas por organismos y entidades de carácter más o menos autónomo, que actúan sujetos, en mayor o menor medida, a un derecho diferenciado del aplicable a las entidades administrativas matri-

(1) El autor quiere agradecer al Ministerio de Hacienda y a la Comisión Fulbright la oportunidad que le brindaron de cursar un Master en la Universidad de Georgetown, que fue finalizado con una tesina cuya adaptación constituye el presente artículo. Adicionalmente, quiere agradecer muy sinceramente el trabajo de traducción de esa tesina realizado por Miguel GARCÍA STUYCK, abogado en la Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales (SEPPa), siendo tal traducción la que me ha servido de base inicial de este trabajo. Quiero agradecer también a Antonio LÓPEZ TARACENA, abogado del Estado, sus comentarios sobre el borrador de este artículo.

ces (2). Dicho proceso, presente en muchos países, ha sido, en términos generales, el resultado de una tendencia dirigida a la generación de organismos con formas de actuación más flexibles y representa un intento de superar o afrontar algunas de las dificultades o disfuncionalidades de lo que podríamos denominar formas clásicas de organización administrativa. El resultado del proceso de descentralización funcional cobra especial relevancia en el contexto de la normativa sobre contratación administrativa, donde continuamente se presenta la duda sobre si las normas de contratación pública que rigen para las Administraciones territoriales constituyen el marco jurídico aplicable a la contratación desarrollada por sus entidades instrumentales o si tal contratación se ha de tratar como una actividad totalmente ajena a la de las entidades matrices.

En principio, no existe mayor límite para la validez de la decisión de un Estado estableciendo que determinadas entidades instrumentales quedan excluidas del régimen general de contratación pública (gobiernos o administraciones centrales, regionales o locales) que el representado por el propio sistema normativo interno de ese Estado. Sin embargo, cuando se trata de normas o convenios internacionales en los que distintos Estados asumen la obligación de someter su contratación pública a determinadas garantías y procedimientos comunes, nace la imperiosa necesidad de definir qué es tal contratación pública y, por ende, la de delimitar cuál es la tipología de entes sujetos a esa normativa. En el derecho internacional, el hecho de que cierto Estado considere incluida a una entidad en el campo de aplicación de la contratación pública deja de ser una mera cuestión interna para convertirse en una cuestión vinculada al cumplimiento de la norma internacional y, por tanto, sujeta al escrutinio de terceros Estados.

El ámbito subjetivo de la norma de contratación pública pactada internacionalmente se puede delimitar mediante la técnica de enumerar nominalmente las entidades afectadas; sin embargo, tal sistema se revela prontamente insuficiente a medida que la regulación sobre contratación administrativa se va haciendo más amplia y adquiere pretensiones de generalidad, y es en este momento en el que aparece, con mayor relevancia, la necesidad de definir con carácter abstracto cuáles son los entes sujetos a la referida regulación.

El presente estudio está relacionado con el traído y llevado problema de la administración instrumental y la contratación pública, y en concreto con el recurrente problema de cuándo y en qué medida tiene y debe tener aplicación esa normativa a las actuaciones contractuales de tales entes.

(2) La relevancia del número de entidades instrumentales en distintos Estados se puede observar fácilmente comprobando la lista de entidades sometidas a las Directivas comunitarias en materia de contratación o al Acuerdo sobre Contratación Pública adoptado en las sucesivas negociaciones del GATT, a los que luego nos referiremos.

2. PANORAMA INTERNACIONAL DEL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL: ENTIDADES INSTRUMENTALES Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

La tendencia por la que las formas territoriales de administración pública (central, regional o local) proceden a encomendar o atribuir sus responsabilidades o competencias a entidades instrumentales de distinta índole no es un tema desconocido para los distintos estudiosos y tratadistas de la organización de la administración pública o del derecho administrativo. El fenómeno es conocido en muy diversos países (3). Por otro lado, la diversidad y heterogeneidad de estas entidades ha sido una constante que ha llamado la atención de los autores, y que ha dificultado el desarrollo de un marco legal común a todas ellas en el derecho interno de cada Estado (4).

Es necesario enfatizar los riesgos inherentes al uso de la terminología empleada en materia de entidades públicas, puesto que, dependiendo del sistema jurídico en el que dichos términos sean empleados, obtendremos matices, e incluso significados, diferentes para un determinado término jurídico. En este estudio utilizaremos las expresiones de *organismo*, *entidad pública* o *entidad instrumental* para referirnos muy ampliamente a toda entidad del sector público separada de su administración territorial matriz, ya sea tal entidad una sociedad mercantil o un organismo público.

La importancia que tiene el fenómeno de las entidades instrumentales para el derecho de contratación pública es que esta última, para precisar su ámbito subjetivo, debe ocuparse del problema que implica la descentralización funcional. Obviar las entidades instrumentales en la definición del ámbito de la norma sobre contratación pública internacional es introducir

(3) Jacques ZILER, *Administrations Comparées les Systèmes Politico-administratifs de l'Europe des Douze* (1993), pág. 329, hace una relación numérica de las entidades instrumentales existentes en los Estados de la CE. Al efecto, señala que sólo en Alemania existen del orden de cien entidades dependientes de la Administración federal, y en Francia o Italia habla de más de mil. CRAIG, *Administrative Law* (1994), pág. 61, indica que en el Reino Unido existían, en 1983, 489 entidades dependientes del poder ejecutivo.

(4) Sobre la problemática en Europa de la atipicidad de las entidades instrumentales, ver Jurgen SCHWARZE, *Droit Administratif Européen I* (1994), pág. 15. El mismo problema de la atipicidad se encuentra descrito en el Reino Unido (CRAIG, ver nota anterior). En Francia, LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif* (1992), pág. 238, reconoce que la categoría de *établissement public* no representa una clase homogénea de entidades, sino un conjunto heterogéneo. En el mismo sentido, JIMÉNEZ CISNEROS, *Los Organismos Autónomos en el Derecho Público Español* (1985).

En EE.UU., Kenneth CULP DAVIS, *Administrative Law Text* (1972), pág. 1, reconoce que la decisión que da lugar a que cada agencia sea configurada como una sociedad, un departamento, oficina pública, etc., ha sido enteramente aleatoria. En este mismo sentido, también para EE.UU., Bernard SCHWARTZ, *Administrative Law* (1990), pág. 25.

En Canadá, un informe oficial sobre agencias independientes indicará expresamente que las mismas han sido creadas por decisiones *ad-hoc*, sin seguir una planificación general sobre la materia ni fijar ninguna decisión *a priori* sobre cada tipología de entidad; Law Reform Commission of Canada, Working Paper 25, *Independent Administrative Agencies* (1980), pág. 17.

En Australia, S. D. HOTOP, *Principles of Australian Administrative Law*, pág. 59, señala que es difícil formular una definición precisa de qué es una entidad pública, pues las diferencias entre ellas son más numerosas que sus similitudes.

una sustancial limitación a la eficacia y ámbito de tal norma. A estos efectos, el Comité Consultivo de Política Industrial de EE.UU. indicó que en las negociaciones de la Ronda de Uruguay del GATT era de fundamental importancia la contratación pública procedente de la «*administración y de las sociedades paraestatales*» (5).

En hipótesis, la definición del ámbito subjetivo de la norma sobre contratación pública internacional puede oscilar entre multitud de puntos intermedios entre dos criterios extremos. El primero consiste en restringir la aplicación de contratación pública al núcleo central o básico de la administración pública (ministerios, departamentos). Sin embargo, esta solución aboca a limitar el ámbito de tal regulación a una mínima parte del sector público, todo ello sin mencionar las posibles actuaciones de elusión de los vínculos de la normativa internacional mediante la transferencia a una entidad instrumental de la capacidad para contratar determinado bien, servicio u obra. Alternativamente, el otro extremo en la delimitación del ámbito subjetivo de la norma de contratación consiste en someter al régimen de la contratación pública toda actividad contractual desarrollada por cualquier entidad del sector público, incluidas las entidades que deban comportarse como operadores privados en el mercado; sin embargo, esta última solución no parece factible, pues implica la imposibilidad de que las referidas entidades puedan actuar en el mercado con la misma flexibilidad que los operadores privados con los que deben competir.

Cualquiera que sea la solución por la que se opte para definir el ámbito subjetivo de la norma internacional sobre contratación pública, ésta habrá de ofrecer una imagen clara de las clases de entidades que abarca su esfera de aplicación. Una definición poco acertada en la regulación internacional puede suscitar constantes contenciosos acerca de qué entidades están sujetas a tal regulación, y puede permitir a un Estado ubicar a ciertas entidades públicas fuera del ámbito de la normativa de contratación pública, con el resultado de que un importante volumen de contratación quede fuera de la norma internacional. Hablar de elusión de la normativa de contratación pública mediante la creación de una entidad pública instrumental no es un temor formulado en términos abstractos, puesto que tal orillamiento, haya sido o no urdido tal efecto de propósito, tiene sus ejemplos en el campo internacional.

El caso *Beentjes* (6), enjuiciado por el Tribunal Europeo y que será explicado con mayor detalle más adelante, representa cómo una entidad instrumental elude la aplicación de la directiva europea sobre adjudicación de los contratos públicos de obras (Directiva de Obras). En este supuesto, el hecho de que un organismo sin personalidad jurídica, creado por la legislación holandesa, no estuviera mencionado en la lista de entidades que

(5) The Industry Policy Advisory Committee, *Report on The Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations* (1994), pág. 66. En la conclusión de tal informe se indica que «con un incremento del comercio mundial en bienes y servicios procedentes de la contratación pública desarrollada por la administración y las sociedades paraestatales, la cuestión de la contratación pública es de fundamental importancia para EE.UU.».

(6) Caso 31/87, *Gebroeders Beentjes v. The Netherlands* (1988).

constituían el ámbito subjetivo de la Directiva de Obras entonces vigente, dio lugar a que tal entidad no se considerara vinculada por la misma y desarrollara su actividad contractual al margen del derecho europeo.

Fuera del derecho europeo pero en el terreno de los Acuerdos de Contratación Pública (ACP) concluidos en torno al GATT, Japón ha representado en diversos casos el ejemplo sobre cómo el cambio de la naturaleza jurídica de una entidad pública puede permitir la elusión de la regulación sobre contratación pública contenida en el GATT. Durante las negociaciones previas a la firma del ACP de la Ronda de Tokio del GATT, Japón alegó que tres sociedades nacionalizadas, Nippon Telephone and Telegraph (NNT), National Railways y Tobacco and Salt Corporation, se encontraban fuera del ámbito del ACP, ya que dichas entidades tenían carácter semipúblico (se comportaban como entidades mercantiles aunque su capital era público) y estaban dotadas de personalidad distinta de la Administración japonesa (7). Estados Unidos nunca aceptó esta posición y, tras varias negociaciones, forzó a Japón, en 1980, a situar la contratación de NTT bajo el ACP.

Sin embargo, no acabó aquí la disputa, puesto que Japón al objeto de poner la contratación de la NTT fuera del alcance de contratistas internacionales procedió a privatizarla. Aunque como resultado de la «privatización» la administración japonesa siguió teniendo la condición de socio con mayoría absoluta (8), Japón procedió inmediatamente a alegar que NTT era una entidad privada y que, por lo tanto, estaba fuera del alcance del ACP. A partir de este nuevo suceso resurgieron las negociaciones con EE.UU. sobre la aplicación del ACP a la NTT, y solamente después de largas negociaciones Japón se comprometió a mantener a esta corporación dentro del ámbito del ACP, aunque, eso sí, persistió en notificar a los demás Estados firmantes del ACP firmado en la Ronda de Tokio que NTT era ya una entidad privada y no pública (9).

La utilización por Japón del argumento del carácter «no público» de una entidad con el objeto de dejarla fuera del ámbito de aplicación del ACP renació en la construcción del aeropuerto de Kansai, una obra pública de más de 60.000 millones de dólares. En esta ocasión, se dirá que la sociedad Aeropuerto Internacional de Kansai es una entidad japonesa privada y que, por lo tanto, la contratación por ella desarrollada está fuera del ámbito de aplicación del ACP (10). Con base a este argumento de que una

(7) Gregory J. PAULVITZ, *US and Japanese Government Procurement: The impact on trade relations* (1984), «Washington Law Review», vol. 62, págs. 160-161.

(8) Gregory J. PAULVITZ, nota anterior.

(9) Michael T. JANIK, *A US perspective on the GATT Agreement on Public Procurement* (1987), «George Washington Journal of International Law and Economics», vol. 20, pág. 506. También en este sentido, ver Edward J. KRAULAND, *US procurement opportunities in Japan: Renewal of the NTT agreement* (february 1984), 3:1 American Bar Association, Sec. Pub. Cont., International Procurement Committee 1; Jean-Pierre SWENNEN, *Meetings of the GATT Committee on Government Procurement* (july 1985), 3:1 American Bar Association, Sec. Pub. Cont., International Procurement Committee.

(10) KRAULAND, nota anterior, pág. 507, y John LUNDBECK, *The Kansai International Airport Project: A case study in current international procurement and trade issues* (october 1986), 4:1 American Bar Association, Sec. Pub. Cont., International Procurement Committee.

«entidad privada» no desarrolla contratación pública, la Corporación de Kansai, propiedad en un 80 por 100 de las administraciones central y local japonesas, impidió el acceso de los contratistas extranjeros a las licitaciones vinculadas a tal obra pública, que, por otro lado, no se sujetó a lo previsto en el ACP. Frente a tal proceder, Estados Unidos mantuvo que todas las *entidades con vínculos gubernamentales* se encontraban dentro del campo de actuación del ACP, y que, en consecuencia, el aeropuerto de Kansai estaba sujeto al ACP. A raíz de estas diferencias se entablaron subsecuentes negociaciones entre Estados Unidos y Japón, que no dieron lugar a un acuerdo concreto.

Otra discusión durante la vigencia del ACP adoptado en la Ronda de Tokio surgió cuando Finlandia decidió excluir al Centro Gubernamental de Carburantes (*Government Fuel Center*) de las reglas de contratación del Código, argumentando que la compañía había sido autorizada para operar como una empresa comercial. Tal medida dio lugar a un conflicto entre Finlandia, por un lado, y Estados Unidos y Canadá, por otro, que se resolvió al añadir Finlandia, como compensación, una segunda entidad bajo el ámbito de aplicación del Código (11).

También en el ámbito de ACP resultante de la Ronda de Tokio se pueden observar actuaciones sofisticadas que tienen por objeto o por resultado poner una determinada contratación fuera de las fronteras del ACP. El *United States National Science Foundation* (NSF), una agencia estadounidense, formalizó un acuerdo con una empresa privada (ASA) a través del cual ASA adquiriría un sistema de sónar (12). Las principales características de este acuerdo establecían que NSF obtendría la propiedad del sónar, así como los beneficios de su utilización, mientras que el pago del sistema por ASA se realizaría al vendedor con dinero procedente del NSF. Adicionalmente, el NSF se reservaba la facultad de aprobar finalmente la selección que ASA hiciera del sistema de sónar. Una vez que se presentó una queja, dando lugar a la iniciación de un proceso de resolución de controversias en el ámbito del GATT, algunas de las partes personadas en el proceso defendieron que la adquisición del sistema de sónar era un contrato privado fuera del ámbito de aplicación del ACP. Sin embargo, aunque el sistema sónar fue formalmente adquirido por ASA por medio de una compraventa privada, el Panel (*dispute panel*) constituido para la resolución de la controversia sostuvo que la compra tuvo carácter de *contratación pública* regulada por el artículo I.1.a) del ACP adoptado en la Ronda de Tokio (13).

(11) SWENNEN, *supra*, nota 9, pág. 1, y JANIK, *supra*, nota 9, pág. 511.

(12) La descripción y ponencia sobre el caso puede encontrarse en *GATT, Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice* (1994), págs. 176-177.

(13) La Ponencia elaborada por este Panel no fue aprobada. En todo caso, debe tenerse en cuenta que el procedimiento de resolución de controversias aplicable al ACP adoptado en la Ronda de Tokio preveía que las resoluciones o ponencias de los Paneles de resolución de conflictos habrían de ser aprobadas por unanimidad de todos los Estados partes en el Acuerdo, entre ellos el demandado en la disputa objeto de resolución, de forma que bastaba que una sola de las partes en el proceso no quisiera aceptar el fallo para que la ponencia del Panel no fuera aprobada. Por esta razón, la no aprobación de una resolución elaborada por un Panel se debía a una actuación de pura defensa de los intereses

Los ejemplos anteriores demuestran cómo, en la normativa de contratación pública internacional, las cuestiones referentes a cuáles son las entidades del sector público que conforman el ámbito de aplicación de la normativa internacional sobre contratación pública, y cuál debe ser la interpretación del concepto de contratación pública, tienen una vigencia actual y una relevancia básica.

La parte restante de este documento pretende mostrar cuál ha sido el enfoque diverso dado a la cuestión por dos normas internacionales de contratación pública, las elaboradas por la Comunidad Europea y las adoptadas en el ámbito del GATT.

3. EL DERECHO EUROPEO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LAS ENTIDADES SUJETAS AL MISMO

A) *Introducción*

La evolución de las directivas sobre contratación muestra un buen ejemplo de la posibilidad de formular una definición común y apropiada de las entidades instrumentales válida tanto para los países continentales como los del *Common Law*. La problemática de encontrar y definir en el derecho comunitario un concepto común de «autoridad pública», «entidad pública» o, en definitiva, entidad que puede asimilarse a «Estado» ha sido tratada en diversos estudios doctrinales, tanto de carácter general como referidos específicamente a la normativa de contratación pública (14).

Previo al estudio de esta legislación comunitaria, es necesario aclarar dos puntos de gran importancia. El primero es de naturaleza terminológica, y tiene que ver con la forma con que las sucesivas directivas de contratación pública se han referido a las entidades instrumentales y a las Administraciones públicas. Desde la aprobación de las dos primeras directivas sobre contratación pública —de obras y de suministros (15)—, se han definido las entidades que quedan sujetas a la Directiva bajo la rúbrica de «*contracting authorities*»; la posterior traducción de este término al español se reflejará con la expresión «*poderes contratantes*».

nacionales del Estado que oponía el veto. Tras la conclusión de la Ronda de Uruguay, el sistema de resolución de conflictos implica que la propuesta del Panel del conflicto será adoptada salvo que exista unanimidad de los Estados para que no adquiera eficacia.

(14) Como estudios generales sobre la cuestión cabe citar a Deirdre CURTIN, *The province of Government: delimiting the direct effect of the Directives in the Common Law context*, «*European Law Review*», 1990, pág. 216, y el excelente artículo de HECQUARD-THERON, *La notion d'Etat en droit communautaire* (1990), «*Revue Trimestrale de Droit Européen*», 693. La cuestión sobre el concepto de autoridad o entidad pública ha sido también tratada en obras especializadas en contratación pública, como son: Sue ARROWSMITH, *The application of the EC Treaty Rules to Public and Utilities Procurement* (1995), «*Public Procurement Law Review*», vol. 6, págs. 225, 262; J. M. FERNÁNDEZ MARTÍN, *The European Commission's Centralized Enforcement of Public Procurement Rules: A critical view*, «*Public Procurement Law Review*», vol. 2, pág. 43.

(15) La primera Directiva de contratos de obras fue la 71/305/EEC OJL 185/1. La de suministros es la 77/62/EEC OJL 13/1.

Dentro de la categoría general de «*poderes contratantes*», las directivas siempre han distinguido dos tipos de organismos diferentes. El primero, citado con una redacción que ha permanecido con pequeñas diferencias en las sucesivas directivas sobre la materia, está representado por las formas territoriales de administración pública, entendiendo por tales Estado, gobiernos regionales y locales. El segundo grupo de organismos está representado por «*el resto de los poderes contratantes*», o, lo que es lo mismo, por «*el resto de las entidades públicas nacionales sujetas a la Directiva*».

A diferencia de la constante terminología con que son aludidos el Estado y las administraciones locales y regionales, la categoría representada por «*el resto de los poderes contratantes*» ha sido referida usando expresiones que han ido evolucionando con el tiempo. Al definir el contenido de esta categoría, la primera Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros (Directiva de Suministros) contiene una distinción explícita entre «*personas jurídicas sujetas al derecho público*» (una referencia a los países del derecho continental) y «*en estados miembros donde las anteriores entidades no son conocidas, organismos especificados en el Anexo 1*» (con referencia a los países del *Common Law*) (16). Esta terminología será cambiada después de la revisión general que sobre las directivas de contratación pública se realiza en 1993, con el resultado de la aprobación de los textos refundidos de las Directivas de Obras (17), de Suministros (18) y de Servicios (19). A partir de tales directivas se instituyó el uso de un nuevo término para referirse a las entidades sujetas a la regulación sobre contratación pública que no son Estado ni administraciones locales o regionales. Este será el de «*un organismo sujeto a derecho público*» (*body governed by public law*).

En resumen, el ámbito subjetivo de las Directivas está aludido en las mismas bajo la expresión de «*poderes contratantes*», abarcando esta categoría general dos tipos de entidades que estarían representadas, de un lado, por lo que podríamos llamar las manifestaciones claras (o clásicas) del poder público (el Estado y Administraciones locales y regionales) y, por otro lado, por las entidades instrumentales formalmente separadas de las anteriores pero representativas también de una actuación pública.

El segundo punto sobre el que conviene llamar la atención, con la trascendencia que luego se verá, es que la elaboración jurisprudencial en el derecho europeo sobre el concepto de Estado y de entidades públicas se ha gestado básicamente en torno a la doctrina del efecto directo de las directivas. Las directivas europeas deben trasponerse a la legislación nacional de los estados miembros para crear derechos subjetivos en favor de los ciudadanos, por lo que no son normas de ejecución directa. Sin embargo, de

(16) En inglés el original, que habla de la sujeción de las «*legal persons governed by public law and in member states where the later are unknown, bodies corresponding thereto as specified in Annex 1*». Esta diferenciación se describe y comenta por Peter-Armin TREPPE, *Public Procurement in the EC* (1993), pág. 3.

(17) 93/38/EEC OJL 199/54.

(18) 93/36/EEC OJL 199/1.

(19) 93/50/EEC OJL 209.

acuerdo con la «doctrina del efecto directo», las directivas pueden producir derechos directos para los ciudadanos en su relación con un Estado miembro (*relaciones verticales*) cuando tal Estado no incorpora una Directiva apropiadamente y en el plazo debido. Este efecto directo no aparece en las «relaciones horizontales» o en las relaciones entre ciudadanos. En el fondo de esta doctrina yace la necesidad de averiguar qué es el «Estado» en un sentido amplio y, por lo tanto, la necesidad de aclarar si una relación determinada entre un ciudadano y una entidad constituye una relación vertical, puesto que en caso afirmativo el ciudadano podrá beneficiarse de los derechos otorgados por la directiva. Este proceso de definir bajo la doctrina del efecto directo qué es una «autoridad pública» o una «emanación del Estado» ha llevado al TJCE a entender que el Estado es un concepto complejo que puede interpretarse según un criterio orgánico (organismos que formalmente son órganos del Estado) o un criterio funcional (organismos que aun no siendo formalmente parte del Estado desarrollan funciones inherentes al mismo) (20).

B) *El concepto de entidad instrumental en el derecho comunitario*

La Directiva de Suministros de 1977 se centró en dos tipos de entidades al delimitar su ámbito subjetivo:

a) *Las formas territoriales de administración pública*: Estado, administraciones regionales y locales.

b) *Personas Jurídicas Públicas*. En los países de derecho continental, donde la referencia al derecho público tiene una importante significación en contraposición con el derecho civil, la primera directiva sobre suministros hacía referencia a tales entidades por medio del uso de un doble criterio: 1) que se tratara de «organismos regulados por el derecho público», y 2) que, además, estuvieran «enumerados en el Anexo adjunto a la Directiva». Para el caso de los Estados cuyo sistema jurídico pertenece al *Common Law*, la directiva de servicios delimitaba las entidades sujetas, indicando que serían las enumeradas en una lista anexa.

El significado de la lista de organismos contenida en la citada directiva tendrá una distinta dinámica dependiendo del sistema jurídico del Estado afectado. En el caso de los países del *Common Law*, las listas se interpretaron de manera exhaustiva, es decir, las entidades del Reino Unido y de Irlanda no mencionadas en los Anexos no se consideraban sujetas a lo dispuesto por las Directivas sobre contratación (21). Sin embargo, en los paí-

(20) Ver en este sentido el completo artículo de HECQUARD-THERON, *supra*, nota 14; también, CURTIN, *supra*, nota 14, pág. 196, y FERNÁNDEZ MARTÍN, *supra*, nota 14, págs. 43-44.

(21) Esta interpretación es la sostenida por Sue ARROWSMITH, verdadera autoridad en la materia en el Reino Unido. Sue ARROWSMITH, *A Guide to Procurement Cases of the Court of Justice* (1992), pág. 76.

ses de derecho continental, la utilización de un doble criterio para definir el ámbito subjetivo de la Directiva daba lugar a un efecto muy peculiar.

En concreto, en los países de derecho continental, el hecho de que el ámbito subjetivo de las directivas quedara delimitado por el doble requisito de ser un *organismo de derecho público y estar mencionado expresamente en las listas* producía, como consecuencia inmediata, una dualidad de organismos públicos: los sujetos a las directivas sobre contratación pública (por estar citados en la lista de entidades) y los no sujetos (por no estar citados en la lista). Este régimen dual era bastante artificial para la mentalidad de derecho público continental, ya que la naturaleza jurídica de las entidades públicas en cada grupo, las listadas y no listadas, era idéntica, y no existía un criterio homogéneo para mencionar u omitir entidades en la redacción de las listas. La disparidad entre el reducido número de menciones contenidas en las listas de la Directiva y el amplio significado del término «*organismos regulados por el derecho administrativo*», suscitaba la inmediata duda sobre si un organismo regulado por el derecho público, pero no mencionado en las listas de entidades incluidas en las directivas sobre contratación, debería considerarse dentro del ámbito subjetivo de tales directivas.

La cuestión fue contestada por el Tribunal Europeo de Justicia de la CE en el caso *Beentjes* (22). El caso nació a raíz de la contratación realizada por un Comité de Concentración Parcelaria holandés. Esta entidad no tenía personalidad jurídica y era formalmente independiente del Estado, pero, sin embargo, sus miembros eran nombrados por la Ejecutiva Provincial, que, adicionalmente, financiaba el Comité. Asimismo, sus funciones y composición estaban reguladas por la legislación holandesa. El Comité no estaba enumerado en la lista de entidades holandesas afectadas por la Directiva de Obras. El litigio referente a su naturaleza jurídica surgió cuando, en un concurso de contratación abierto por el Comité, no le fue adjudicado el contrato a la oferta más baja, por haberse aplicado criterios contrarios a la Directiva de Obras. El tribunal holandés que recibió la queja del contratista que sufrió el perjuicio elevó al Tribunal de Justicia de la CE (TJCE) la cuestión de si el Comité podría ser considerado como una entidad sujeta al ámbito de la indicada Directiva.

A estos efectos, debe recordarse que en las iniciales Directivas solamente quedaban sujetos, de una parte, el Estado y administraciones regionales y locales y, por otro lado, los organismos de derecho público expresamente citados en los anexos de entidades. A la vista de la cuestión suscitada por el Tribunal holandés, el TJCE indicó que «*para los propósitos de esta disposición [art. 1.b) de la Directiva de Obras] el término "el Estado" debe ser interpretado en términos funcionales*», justo para evitar que «*la Directiva fuera a ser considerada inaplicable simplemente porque un contrato público de obras sea otorgado por un organismo que, aunque fue constituido para ejecutar tareas confiadas por la legislación, no es formalmente parte*

(22) Caso 31/87, *Gebroeders Beentjes v. The Netherlands* (1988).

de la administración del Estado». Consecuentemente, en vista de los rasgos funcionales que caracterizaban al Comité (nombramiento y financiación dependiente del ejecutivo, funciones otorgadas por ley), el Tribunal concluyó que tal entidad se encontraba «dentro del concepto de Estado ..., incluso aunque no sea parte de la Administración del Estado en términos formales».

El resultado de la anterior decisión judicial indica que, en el caso *Beentjes*, el TJCE encontró que el ámbito de aplicación de la Directiva de Obras, tal y como se desprendía de la literalidad del precepto que lo delimitaba, era demasiado estrecho, debido a que la Directiva dejó fuera de tal ámbito subjetivo a algunas entidades públicas no listadas que eran verdaderas emanaciones funcionales del Estado. El mecanismo empleado por el Tribunal para suplir el hecho de que el Comité de Consolidación no estuviera citado expresamente en el anexo de entidades fue interpretar expansivamente el significado de la rúbrica «el Estado». La interpretación de este término en «clave funcional» permitió al Tribunal afirmar que un organismo no listado debía ser considerado sujeto al ámbito de aplicación de la Directiva, si tal organismo se subsumía en el concepto funcional de «el Estado».

Sin embargo, aun a pesar de la importancia del uso del *concepto funcional del Estado* para definir el ámbito subjetivo de la Directiva de Obras, el Tribunal no aclaró el propio significado de tal concepto. El TJCE mencionó las relaciones financieras y las facultades del Gobierno Provincial para el nombramiento de los miembros del Comité, así como el hecho de que sus competencias fueran atribuidas por el derecho holandés, para concluir que tal Comité era una emanación funcional del Estado. Sin embargo, el TJCE no dejó claro si todas aquellas características debían concurrir de forma acumulativa, o si la presencia de una sola o varias de ellas habría bastado para haber considerado al Comité dentro del ámbito subjetivo de la Directiva de Obras.

En principio, la carencia en la sentencia del caso *Beentjes* de una doctrina explícita sobre el *concepto funcional del Estado* podría obviarse con el análisis de la jurisprudencia elaborada sobre ese mismo concepto por el Tribunal Europeo en asuntos de derecho comunitario, tales como las ayudas públicas o el efecto directo de las Directivas. En estos casos, el criterio funcional ha llevado al Tribunal Europeo a observar que incluso las empresas creadas de acuerdo con la legislación societaria privada, pero controladas por el Estado en calidad de accionista, se encuentran dentro de la noción de «el Estado» (23). Sin embargo, y debido a esta amplitud de la noción del «Estado funcional», no puede admitirse la asimilación de las categorías jurídicas de «Estado en sentido funcional» y «poderes contratantes» sujetos a las Directivas sobre contratación pública. Dicho de otra forma, las entidades ante las que se podría invocar el efecto directo de una Directiva no debidamente traspuesta (problema que genera la elaboración

(23) HECOUARD-THERON, *supra*, nota 14, pág. 702, y CURTIN, *supra*, nota 14, págs. 218-220.

del concepto de Estado funcional) no habrán de ser las mismas que aquellas que queden sujetas a las Directivas de contratación pública (24). La imposibilidad de operar tal asimilación se debe a que, por razones legítimas, la exclusión de la normativa sobre contratación pública puede ser necesaria en la actuación de ciertas entidades del sector público; por ejemplo, en el caso de sociedades estatales que deban competir en el mercado como un operador privado más y, por tanto, con la flexibilidad y rapidez que exige el mercado.

C) *La recepción de la doctrina del caso Beentjes en las Directivas de contratación pública europea: la referencia a la administración instrumental por medio del término «organismo regulado por derecho público»*

La doctrina establecida en *Beentjes*, el 20 de septiembre de 1988, fue primeramente recogida en una modificación de la Directiva de Obras, introducida el 21 de julio de 1989. En la exposición de motivos de tal Directiva se hará explícito que el objetivo de tal modificación no era otro que el de «establecer el criterio para identificar las entidades» sujetas a la norma de contratación pública (25). Desde esta nueva Directiva, se acuñará el término «organismo regulado por el derecho público» como elemento conceptual necesario para delimitar qué entidades instrumentales forman parte del ámbito subjetivo de las Directivas de contratación pública. La definición del referido término se contiene, hoy en día, en el artículo 1.b) de las Directivas de Obras y Suministros de 1993 y en la Directiva de Servicios (26). Para ser considerada por el artículo 1.b) de tales Directivas como un «organismo regulado por el derecho público», una entidad pública ha de cumplir cumulativamente tres criterios:

a) Debe ser constituida para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o comercial.

b) Debe tener personalidad jurídica. Es curioso que este requisito haya sido tipificado en la Directiva, ya que en el caso *Beentjes* la falta de personalidad del Comité de Consolidación del Suelo no representó un obstáculo para que el Tribunal Europeo situara a tal Comité dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de contratación pública.

c) Deber ser mayoritariamente financiada por el Estado, autoridades regionales o locales, u organismos regulados por el derecho público; o su gestión estar controlada por tales entidades; o estar el órgano de dirección

(24) Es de esta opinión Sue ARROWSMITH, quien afirmará que parece improbable que la definición del «Estado» en la Directiva de contratos de obras pueda incluir la de la totalidad de las entidades frente a las cuales se podría invocar el efecto directo de las Directivas no debidamente traspuestas. Sue ARROWSMITH, *A Guide to Procurement Cases of the Court of Justice* (1992), pág. 76.

(25) Directiva 89/440/EEC OJL 185.

(26) Directiva 92/50/EEC OJL 209.

o administración integrado por miembros de los cuales más de la mitad estén nombrados por el Estado, entidades territoriales o entidades públicas.

Aunque forma parte de la definición del ámbito subjetivo, el artículo 1.b) de las Directivas de Obras, Suministros y Servicios incluye ahora la afirmación de que las listas de organismos, adjuntas a las Directivas, «*serán tan exhaustivas como sea posible...*», lo cual es una forma sutil de admitir que pueden existir entidades no listadas expresamente que quedan sujetas a la Directiva por razón de ser un «*organismo regulado por derecho público*».

La definición de «*organismo regulado por el derecho público*» dada por las actuales Directivas utilizando los tres citados criterios requiere algunos comentarios. En primer lugar, el ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas es más restringido que el que podría derivarse de asimilar tal ámbito de aplicación al concepto funcional del Estado, o, dicho en otras palabras, la definición de «*organismo regulado por el derecho público*» no abarca necesariamente a todas las entidades instrumentales que podrían integrarse en el concepto funcional de Estado. Los organismos regulados por las Directivas sobre contratación representan un círculo interno dentro de otro más amplio delineado por el concepto funcional de Estado.

El segundo comentario sobre esta nueva configuración del artículo 1.b) de las Directivas es que las listas de entidades se reconocen como indicativas, mas no exhaustivas. En otras palabras, la expresión contenida en tales Directivas, según la cual las listas de entidades sujetas serán «*tan exhaustivas como sea posible*», muestra que la CE ha abandonado todo intento de definir exhaustivamente el ámbito subjetivo de las Directivas por medio de una lista cerrada de entidades. Por el contrario, el ámbito subjetivo ahora está definido abstractamente y está abierto, ya que es aplicable a entidades no listadas que se encuentren dentro del concepto de «*organismo regulado por el derecho público*». Aún más, esta definición abstracta del ámbito de aplicación da lugar a que cualquier entidad, constituida después de la entrada en vigor de las Directivas, puede estar dentro de su alcance, así como que una entidad sujeta inicialmente a las Directivas puede salir de su ámbito de aplicación por perder la condición de «*organismo regulado por el derecho público*».

Un tercer comentario que merece la definición del concepto de «*organismo regulado por derecho público*» es que el estándar utilizado para decidir si una entidad está sujeta a las Directivas sobre contratación se encuentra fuera del alcance de los gobiernos nacionales, y pertenecerá al ámbito del derecho europeo. Será el derecho comunitario, y no el nacional de cada Estado, el que deba tenerse en cuenta para determinar qué es un «*organismo público*», pero será el derecho nacional el que deba tenerse en cuenta para responder a los criterios del concepto de organismo público comunitario. Como Lord DONALDSON indicó en el caso *Foster v. British Gas*, y el Tribunal Europeo confirmó posteriormente, «*tenemos que referirnos al derecho comunitario para determinar qué clase de organismo constituye "el Es-*

tado", a efectos del estoppel comunitario, y a la legislación nacional para determinar si se puede decir que un organismo en particular es "el Estado" tal y como éste se define» (27). Es decir, el derecho comunitario aporta el concepto de qué es «el Estado» y la legislación nacional es la que define las competencias de la entidad objeto de análisis.

Un último comentario se refiere a la duda sobre si el ámbito subjetivo de las Directivas de contratación, delimitado por la definición abstracta del concepto de «organismo regulado por el derecho público», es una cuestión definitivamente zanjada o existe posibilidad de que tal delimitación sea técnicamente insuficiente. Tal incertidumbre se pone de manifiesto ante la duda de si los criterios de interpretación del término «organismo regulado por derecho público» contenidos en el artículo 1.b) de las Directivas de contratación deben considerarse exhaustivos y excluyentes o, por el contrario, cabe admitir la existencia de entidades sujetas a las Directivas que no cumplan alguno o varios de los requisitos contenidos en el citado artículo 1.b). El problema que planteamos dista de ser una mera especulación doctrinal, sino que es el resultado de la comparación entre el concepto de organismo público definido por las Directivas y el que elaboró el TJCE a efectos de resolver el caso *Beentjes*.

En este sentido, debe resaltarse que, aun a pesar de la amplitud de la definición de *organismo regulado por derecho público*, dada por el artículo 1.b) de las Directivas, tal definición es más restringida que la dada en el caso *Beentjes*. Dicho de otra forma, aunque el TJCE consideró que el Comité de Consolidación se sujetaba por razón de la naturaleza de sus funciones a la Directiva de Obras, tal Comité no podría ser considerado como *organismo regulado por derecho público* en los términos del actual artículo 1.b) de la Directiva de Obras de 1993, debido a su falta de personalidad jurídica, segundo requisito establecido en el citado artículo 1.b). Este resultado paradójico (el ámbito de aplicación de las Directivas de contratación público declarado por el TJCE es más amplio que el que se deduce de la literalidad de las mismas) lleva inmediatamente a mantener la posibilidad de que un organismo público que no cumpliera con los requisitos contenidos en el artículo 1.b) de las Directivas de contratación pública podría considerarse incluido en su ámbito de aplicación cuando, según la sentencia del TJCE en *Beentjes*, el organismo desarrollara funciones inherentes al concepto de Estado (28).

Esta cuestión, qué duda cabe, vuelve a suscitar el tema de si la delimitación del ámbito subjetivo de las Directivas debe avanzar más hacia el de entidades que respondan al concepto funcional de Estado. Mi opinión es que tal problemática será recurrente hasta que no exista una jurispruden-

(27) Citado por CURTIN, *supra*, nota 14, pág. 199, y MARTÍN, *supra*, nota 14, pág. 44.

(28) La circunstancia de que la definición del ámbito subjetivo de las Directivas de contratación pública pudiera ser demasiado estrecha, de forma que puedan existir entidades que habrían de sujetarse a tales Directivas, aunque no quedarán exactamente subsumidas en su ámbito subjetivo, es apuntada por FERNANDEZ MARTIN, *supra*, nota 14, pág. 47.

cia comunitaria que delimite una necesaria línea divisoria entre los conceptos de *Estado funcional* y de *poder contratante*.

4. LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES EN EL ACUERDO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO

A) *Antecedentes en la negociación de un Acuerdo sobre Contratación Pública en el ámbito del GATT*

El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) concluido durante la Ronda de Uruguay se fundamenta y mejora el ACP acordado durante las negociaciones mantenidas en la Ronda de Tokio del GATT (29). El ACP de la Ronda de Uruguay, firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994 (30), ha supuesto un extraordinario avance respecto del ACP de la Ronda de Tokio, tanto en lo referente a los tipos de contratos y entidades sujetas como en las garantías para el control de las actuaciones de los poderes contratantes.

En este momento, nuestro estudio del sistema de los ACP adoptados en el seno del GATT y, posteriormente, en el de la Organización Mundial del Comercio (OMC), se centrará exclusivamente en la problemática de las entidades instrumentales y la definición del ámbito subjetivo de las normas sobre contratación pública. Durante la Ronda de Tokio, la negociación sobre la «cuestión de entidades» se desarrolló con sujeción a lo que podríamos llamar el «estilo GATT», es decir, garantizando en todo momento una recíproca equivalencia económica de los beneficios y concesiones que cada Estado hacía y recibía (31). La forma de conseguir tal reciprocidad fue, en la práctica, la de permitir que los Estados participantes en la negociación realizaran abiertamente ofertas sobre las entidades propias y, adicionalmente, permitir que formularan requerimientos acerca de las entidades de otros Estados que deberían estar sujetas al acuerdo. Con ello se buscaba llegar a una solución que garantizara un equilibrio económico recíproco entre las oportunidades de contratación ofrecidas por cada Estado y las oportunidades que suponen para los contratistas de ese mismo Estado las entidades ofrecidas por el resto de los Estados incorporados a la negociación.

Siguiendo tal antecedente, el ACP que surgió de la Ronda de Uruguay parece haber supuesto una negociación orientada a proporcionar recípro-

(29) Para un análisis general de la evolución del tratamiento de la cuestión de la contratación pública en el GATT y luego en la OMC, ver John H. JACKSON, *Legal Problems of International Economic Relations* (1995), págs. 550 y ss.

(30) El texto del ACP, junto con otros acuerdos, fue publicado en el «BOE» de 24 de enero de 1995, Suplemento núm. 20, tras obtener la autorización de las Cortes prevista en el artículo 94.1 de la Constitución.

(31) Para una descripción del proceso de negociación de los ACP en el GATT, ver Morton POMERANZ, *Towards a new international order in Government Procurement* (1979), «Law and Policy in International Business», vol. 11, págs. 1263 y 1276; también, John J. JACKSON, *Legal Problems of International Economic Relations* (1995), pág. 552.

cidad económica, especialmente en el caso de Estados Unidos y la CE. La búsqueda de tal equilibrio era un objetivo tan relevante que Estados Unidos y la CE contrataron a un consultor independiente para ponderar el valor de las ofertas de cada parte (32). Este enfoque básico con que se afrontaron las negociaciones significó que el acuerdo sólo podría ser alcanzado cuando las partes consideraran que el volumen de ofertas nacionales que estaban abriendo a contratistas de otros países miembros de la Organización Mundial del Comercio era similar a aquel del que se beneficiarían sus propios nacionales en el extranjero.

La negociación del Acuerdo tomó un carácter diferente dependiendo del tipo de entidades que habrían de quedar vinculadas por el ACP. Para las entidades centrales (Categoría A), la posición de los negociadores parece haber sido bastante cercana desde el principio, especialmente en el caso de Estados Unidos y la CE. El entendimiento general en la Categoría A se alcanzó en el *Memorandum of Understanding* (Acuerdo de Intenciones) firmado el 22 de abril de 1993 por Estados Unidos y la CE, antes de la firma del ACP. Durante las siguientes negociaciones, el consenso sobre la Categoría A fue alcanzado cuando se aceptaron las ofertas hechas por cada parte, de forma que todas las entidades ofrecidas quedaban sujetas al ACP y, por tanto, abiertas en su contratación a todas las demás partes, excepto algunas excepciones como es la exclusión de Japón de la contratación de la NASA.

Pese a la relativa facilidad para adoptar acuerdos en la Categoría A, las negociaciones en las Categorías B (entidades subcentrales) y C (entidades que gestionan servicios regulados y entidades residuales) fueron bastante complicadas. La posición inicial en estas dos categorías fue mucho más distante desde el principio. Por ejemplo, la CE ofreció vincular al ACP sus entidades regionales y locales, a la vez que pretendía que Estados Unidos hiciera lo mismo; por el contrario, EE.UU. estaba más interesado en suprimir la preferencia que la CE aplicaba a las empresas europeas en los sectores eléctricos y de telecomunicaciones. Las negociaciones en estas categorías intentaron mantener la reciprocidad resultado de considerar globalmente concesiones y contraconcesiones bastante heterogéneas, como es el caso de lo sucedido entre la CE, Corea y Japón. Debido a que Japón y Corea no estaban dispuestos a sujetar todas sus entidades locales y regionales al ACP, la CE, que ofreció cubrir toda esta clase de entidades, excluyó a los contratistas japoneses y coreanos de la facultad de iniciar procedimientos de impugnación de los contratos otorgados por los organismos europeos sujetos a derecho público. De la misma manera, para compensar la limitada oferta estadounidense de entidades locales y regionales, la CE se comprometió a aceptar contratistas de Estados Unidos en concursos sobre contratación pública de suministros, pero no de servicios u obras.

(32) El resultado fue que en las entidades de la Categoría A las oportunidades eran iguales, mientras que en las de las Categorías B y C las oportunidades ofrecidas por la CE superaban a las de EE.UU. Gérard DE GRAAF y Matthew KING, *Towards a more global Government Procurement Market: the expansion of the GATT Government Procurement Agreement in the context of the Uruguay Round* (1995), «International Lawyer», vol. 29, pág. 448.

En la Categoría C, la apertura de los contratos licitados por los Estados de la CE sobre servicios regulados se condicionó a la existencia de un acceso «*comparable y efectivo*» en favor de los contratistas europeos, acceso que parece haberse dado sector por sector *quid pro quo* (33).

Para complicar más este complejo equilibrio de concesiones hechas por los Estados, en el contrato de servicios existirá un régimen especial de reciprocidad. En la delimitación del ámbito subjetivo del contrato de servicios, que se introduce por primera vez en este ACP, se observará la reciprocidad de los contratos de servicios ofrecidos por entidades situadas en cualesquiera de las tres categorías mencionadas de entidades (A, B y C). Esta reciprocidad significará, con respecto a los contratos de servicios, que cada Estado solamente admitirá contratistas extranjeros a la licitación de un contrato de servicios cuando los Estados de origen de dichos contratistas hayan aceptado abrir tales contratos de servicios a los contratistas del primer Estado.

B) *Los criterios de clasificación de las entidades sujetas al ACP*

El artículo 1.1 del ACP no contiene una definición general de los rasgos comunes característicos de las entidades sujetas a su ámbito de aplicación. El artículo 1.1 se limita a declarar: «*El presente Acuerdo es aplicable a todas las leyes, reglamentos, procedimientos o prácticas relativos a los contratos que celebren las entidades sujetas al cumplimiento del presente Acuerdo que se detallan en el Apéndice I.*»

Esta referencia exclusiva a la lista de entidades para definir el ámbito subjetivo del ACP de la Ronda de Uruguay contrasta con la formulación del artículo 1.c) del anterior ACP, adoptado en la Ronda de Tokio, pues en tal artículo el ámbito subjetivo de la normativa de contratación pública se definió con base a dos referencias: primera, el estar incluida la entidad en la «*lista de entidades sujetas*», y segunda, el tratarse de «*entidades sujetas a control directo o sustancial de las partes y otras entidades designadas*». Pese a la aparente adopción de este criterio dual a fin de definir el alcance del Acuerdo adoptado en la Ronda de Tokio, la práctica en la aplicación de tal ACP conllevó la consolidación de la interpretación de que el ámbito subjetivo del ACP estaba simplemente definido por las listas de entidades sujetas. Sin embargo, la expresión «*entidades sujetas a control directo o sustancial de las partes*» dio lugar a dudas aisladas sobre si las listas podrían ser exhaustivas, y fue un criterio alegado por algunos Estados firmantes en procesos de solución de conflictos, para defender la postura de que podían existir entidades no listadas que estuvieran sujetas al Acuerdo. En concreto, EE.UU. en la disputa relativa al aeropuerto de Kansai relatada anterior-

(33) Gérard DE GRAAF, *supra*, nota 32, pág. 447. La CE no abrió su contratación a los contratistas japoneses en contratos en el sector de transportes, puesto que tal categoría no fue ofrecida por Japón. Por la misma razón, no abrió a los contratistas de Corea del Sur la contratación en los sectores de aeropuertos y transporte.

mente utilizó el argumento de que la Autoridad Aeroportuaria de Kansai (*Kansai Airport Authority*) estaba sujeta al ACP puesto que, aunque no estaba incluida en los anexos de entidades expresamente sujetas, sí que era una entidad sometida al control del Gobierno japonés (34).

Otra diferencia entre los ACP de Tokio y Uruguay será la fórmula utilizada por cada uno de ellos para hacer referencia a las entidades expresamente sometidas a sus respectivos ámbitos subjetivos. El Acuerdo de la Ronda de Tokio contenía la lista de las entidades públicas sujetas pertenecientes a cada Estado firmante, sin establecer ningún tipo de clasificación entre ellos. En contraste, el Apéndice I del ACP de la Ronda de Uruguay incluye la lista de entidades sometidas al ACP que, a su vez, se clasifican en cinco anexos con las siguientes rúbricas: Anexo 1, «Entidades de Gobiernos Centrales»; Anexo 2, «Entidades de Gobiernos Subcentrales»; Anexo 3, «Demás Entidades que se rigen en sus contratos por las disposiciones de este Acuerdo»; Anexo 4, «Servicios abarcados por el presente acuerdo»; Anexo 5, «Servicios de construcción abarcados».

El ámbito de aplicación del ACP queda establecido de una forma complejísima. En concreto, tal ámbito de aplicación está determinado por las referencias cruzadas que existen entre los citados Anexos. En otras palabras, bajo el ACP, los servicios de contratación de una entidad determinada habrán de considerarse con anterioridad a la admisión de ofertas de contratistas extranjeros: *a)* si esa entidad está sujeta al ACP; *b)* si los contratistas procedentes de otro Estado han de ser rechazados debido al tipo de contrato que se abre a licitación o al país de procedencia, y *c)* si el valor del contrato excede el importe límite para tal clase de contratos.

Los Anexos 1, 2 y 3 enumeran las entidades sujetas al ACP. En principio, las rúbricas de los propios Anexos 1 (*Entidades Centrales*) y 2 (*Entidades Subcentrales*) se refieren a las entidades existentes en los niveles central y regional de un Estado miembro, entendiendo que el nivel regional puede incluir estados federados y gobiernos locales en sus diferentes formas (municipios, provincias, prefecturas, etc.). Esta parece ser la lógica que subyace en el nombre de estos Anexos, así como la explícita interpretación de los mismos ofrecida por varios negociadores del Acuerdo (35). Sin embargo, a pesar del sentido general atribuido a la expresión «*Entidades Centrales*» que rubrica el Anexo 1, puede observarse la heterodoxa y divergente interpretación que se hace del contenido de este Anexo entre los distintos Estados firmantes del ACP. A efectos de poner de manifiesto que las entidades que se incorporan a los Anexos 1 y 2 responden a distintas interpretaciones de las rúbricas que tales Anexos reciben, podemos clasificar

(34) JANIK, *supra*, nota 9, pág. 495.

(35) La correlación entre las entidades de los Anexos I y II y las entidades centrales y regionales o locales es explícitamente reconocida por dos personas que participaron directamente en las negociaciones del ACP de la Ronda de Tokio, Gérard DE GRAAF y Matthew KING, *supra*, nota 59, pág. 440. Ver también, en este mismo sentido, Bernard M. HEKMAN y Petros C. MAVROIDIS, *The WTO's Agreement on Government Procurement: Expanding disciplines, declining membership* (1995), «Public Procurement Law Review», vol. 4, págs. 63, 65.

en tres grupos las distintas formas de completar la lista de entidades de cada Estado contenidas en tales Anexos:

a) Estados que en el Anexo 1 (entidades centrales) solamente citan sus ministerios o departamentos del sector ejecutivo del gobierno central, como es el caso de Alemania, Italia, España o Israel. Estos países sólo incluyen en el Anexo 1 las manifestaciones más claras de la Administración central, aunque cita en el Anexo 2 a las entidades instrumentales que dependen de la Administración central y que, por tanto, parece que deberían ser también configuradas como entidades centrales. Por ejemplo, España incluye en su lista de entidades del Anexo 1 la lista de los distintos ministerios, mientras que incluye en la lista del Anexo 2 la referencia a organismos autónomos dependientes de tales ministerios.

b) Estados que incluyen en el Anexo 1 tanto departamentos y ministerios como entidades instrumentales de ámbito nacional. Por ejemplo, Estados Unidos incluye en el Anexo 1 tanto el Departamento de Trabajo como la NASA. Dentro de esta categoría pueden diferenciarse dos subtipos de Estados: 1) los Estados que incluyen todas sus entidades nacionales en este nivel central, sin dividir tales entidades entre las listas incluidas en los Anexos 1 y 2; éste es el caso de Estados como Austria, Canadá, Suiza, Japón y Estados Unidos; 2) los Estados que dividen sus entidades centrales entre las listas de los Anexos 1 y 2; éste es el supuesto de Bélgica, que ubica, entre otros, en el Anexo 1 a *L'Office National d'Emploi*, pero cita en el Anexo 2 (entidades subcentrales) a organismos tales como *Conseil National du Travail* o el *Conseil Central de l'Economie*.

c) En el Anexo 2 (entidades subcentrales) existen Estados que, haciendo una interpretación estricta de la rúbrica subcentrales, sólo incluyen entidades locales y estados federados; éste es el caso de EE.UU. y Japón. Por el contrario, existen Estados que en el Anexo 2 introducen no sólo entidades locales y estados, sino también entidades instrumentales de organismos o ministerios centrales. Alemania, España y Dinamarca son Estados que mezclan entidades instrumentales centrales y entidades locales en el Anexo 2.

Los comentarios generales que merece esta clasificación de entidades en tres categorías son los siguientes:

i) El ACP carece de una terminología precisa para diferenciar los tipos de autoridades públicas o entidades sujetas al ACP. Sin embargo, en los Anexos donde se incluyen las listas de entidades florece una compleja variedad terminológica. Así pueden encontrarse referencias a «*central... regional and local public authorities*» (Austria, Anexos 1 y 2), «*contracting authorities of the state*» (Anexo 1 de la CE), «*bodies governed by public law*» (Anexo 2 de la CE), «*other administrative bodies*» (Anexo 2 de Dinamarca), «*authorities, establishments and foundations governed by public law*» (Anexo 2 de Alemania), «*other legal persons subject to the State procurement act*» (España, Anexo 2), «*other legal persons governed by public law*» (Grecia,

Anexo 2), «*Bodies*» (Irlanda, Anexo 2), «*central government bodies*» (Holanda, Anexo 1), «*other public bodies*» (Reino Unido, Anexo 2), «*procuring entities*» (Suecia, Anexo 2), «*executive agencies*» (Estados Unidos, Anexo 2), etcétera.

ii) No existe un concepto que permita abarcar la totalidad de administraciones y entes instrumentales que forman parte del ámbito subjetivo del ACP. Mientras que la legislación europea define su ámbito subjetivo en torno a los conceptos «*poderes contratantes*» y «*organismos de derecho público*», el ACP no intenta crear categorías semejantes. Un posible rasgo común para todas las entidades listadas en el Apéndice I del ACP es que todas ellas se encuentran bajo el *control gubernamental*, como se deduce del artículo XXIV(6)(b) del ACP, que dispone que, una vez que dicho *control* haya sido eliminado con respecto a una entidad, la parte interesada podrá retirar la entidad del alcance del ACP. Sin embargo, el criterio de «*estar sujeta al control del gobierno*» nunca se emplea en el precepto que define el ámbito subjetivo del ACP. Esta falta de definición de qué tipo de entidad se sujeta al ACP puede tener su origen bien en las extraordinarias dificultades que tuvieron los negociadores al conformar un concepto común de «*entidad sujeta*» (36), o en el hecho de que la principal preocupación de los negociadores no era la naturaleza jurídica de las entidades, sino el valor económico de los sectores y los contratos que representaban las entidades listadas.

iii) La incorporación de entidades en cada Anexo puede explicarse parcialmente en relación a la estrategia negociadora de las partes durante las negociaciones. Esta podría ser la razón por la que los países comunitarios dividieron la lista de sus entidades centrales entre los dos primeros Anexos, ya que a cada uno le afectan distintas obligaciones. Así, el que algunas entidades centrales de los países comunitarios sean mencionadas en el Anexo 2 puede responder a una manera sibilina de expresar que tales entidades excluyen, entre otros, a los proveedores de Canadá y Estados Unidos (37).

iv) Parece probable que los negociadores no tenían intención de crear un régimen de contratación pública que se aplicara a las distintas funciones del Estado, cualquiera que fuera el órgano o entidad al que se le hubiera dotado de la función o competencia para gestionar tales funciones. De hecho, la idea de vincular *funciones del Estado* con el ámbito subjetivo del ACP fue sugerida en el curso de la inicial preparación del Acuerdo por razón de la extraordinaria simplicidad que daría a la delimitación de entidades afectadas por el ACP; sin embargo, tal criterio se abandonó desde el inicio de la negociación del ACP de la Ronda de Tokio (38). Por el contrario, en el ACP, y en lo que se refiere al sometimiento a la norma

(36) Esta es la explicación dada por HEKMAN, *supra*, nota 35, pág. 65.

(37) Tal exclusión está contenida en Apéndice I, Anexo I, Notas Generales y Derogaciones del Artículo III.1.

(38) POMERANZ, *supra*, nota 31, pág. 1276. El autor señala que la sugerencia de establecer un sistema de contratación pública por funciones o sectores fue realizada por EE.UU. en previas discusiones en el seno de la OCDE.

internacional de contratación pública, existe una diversidad de tratamiento entre funciones públicas idénticas de distintos Estados firmantes. Por ejemplo, el banco central es citado como una entidad sujeta en el Anexo 1 de Estados Unidos y Suecia, y en el Anexo 2 de Finlandia y Noruega. En otros países, este tipo de entidad bien no es mencionada expresamente o podría entenderse incluida implícitamente en ciertas cláusulas residuales, como es el caso de Austria, que en su Anexo 2 emplea la fórmula «*all other central public authorities*». En el caso del Parlamento, sólo unos pocos países lo reflejan en su Anexo 1 como entidad adquirente a efectos de ser incluida en el ACP, como es el caso de Dinamarca, Irlanda, Reino Unido, Israel y Japón. Por el contrario, las listas de otros Estados contratantes no lo mencionan.

En resumen, la clasificación de entidades en tres categorías o entidades que realiza el ACP carece de coherencia debido a que los criterios utilizados por cada Estado para ubicar sus entidades en cada Anexo son divergentes y no parecen revelar un entendimiento común de las rúbricas de tales Anexos. Por otro lado, el ACP no proporciona ninguna indicación de los rasgos generales de las entidades que constituyen su ámbito subjetivo.

C) *¿Son exhaustivas las listas de entidades del Apéndice I del ACP?*

Tal y como se ha expuesto, los tres primeros anexos del Apéndice I de la lista del ACP comprenden aquellas entidades que se encuentran dentro del ámbito subjetivo del Acuerdo. Estas listas tienen su origen en el artículo 1 del ACP, que limita su ámbito subjetivo a las entidades mencionadas en el Apéndice. En principio, el tenor literal del artículo 1 del ACP sugiere que tales listas son exhaustivas, por lo que las entidades no citadas se encontrarían fuera del campo de actuación del ACP (39). Sin embargo, una cosa es una pretendida exhaustividad y otra es que, por la forma en que las entidades son relacionadas, no sea posible saber a ciencia cierta el número cerrado de entidades que conforman el ámbito subjetivo del ACP.

Con el objeto de evaluar la supuesta naturaleza exhaustiva de las listas de entidades de cada Estado contenidas en los Anexos 1 y 2 cabe hacer un análisis más detallado de las mismas. Al efecto, y examinadas todas esas listas, pueden distinguirse tres formas distintas de referir o concretar las entidades sujetas incluidas en la lista de cada Estado:

a) *El sistema de Listas Nominales*, que consiste en enumerar simple y taxativamente todas y cada una de las entidades de un Estado que quedan sujetas al ACP. Este es el caso de Bélgica, Irlanda, Israel, Corea y Japón, que citan nombre por nombre todas las entidades nacionales incluidas en los Anexos 1 y 2.

(39) «El presente Acuerdo es aplicable a todas las leyes, reglamentos, procedimientos o prácticas relativos a los contratos que celebren las entidades sujetas al cumplimiento del presente Acuerdo que se detallan en el Apéndice I.»

b) *El sistema de Cláusulas Residuales.* Esta segunda manera de referirse a las entidades sujetas al ACP está representada por los países que incluyen una lista de organismos en cada Anexo, añadiendo, al final de dicha lista, una cláusula residual referente a otras entidades que no están explícitamente mencionadas en la lista. Este es el caso de Austria, que, tras listar nominalmente sus entidades, declara que también están sujetas al ACP «*all other central [regional or local] public authorities and bodies governed by public law*». Dinamarca también emplea este tipo de cláusulas al incluir, después de las entidades listadas, «*other administrative bodies*» (Anexo 2).

c) *El sistema de Categorías de Entidades.* Un tercer grupo de países clasifica sus entidades empleando términos generales o categorías, pero sin citar las entidades determinadas que pertenecen a cada categoría. En varias ocasiones, estas cláusulas categóricas pueden ser muy similares a las cláusulas residuales. En el uso de estas categorías se pueden distinguir tres formas distintas de proceder. Una representada por los países que citan las formas jurídicas o la tipología jurídica de los organismos seleccionados. Este caso se ilustra con Francia, que en el Anexo 2 menciona a los *Colleges, Lycees, Etablissements publics hospitaliers* y *Offices publics d'habitation a loyer modere*. Estados Unidos también pertenece a este subconjunto, ya que muchas entidades de los estados son aludidas con la expresión genérica de «*executive branch agencies*». Una segunda forma de proceder consiste en incluir las entidades que desarrollan determinadas actividades. Tal es el caso de Italia, que en su Anexo 2 cita, entre otras, a las «*development or irrigation agencies*», a «*organizations promoting culture and entertainment, sport, tourism and leisure activities*», o a las «*organizations promoting culture and artistic activities*». La tercera forma de proceder implica someter al ACP a las entidades que, a su vez, ya están sujetas a la legislación de contratación pública nacional. Como ejemplos de esta categoría encontramos a España, que, junto con una lista de categorías de entidades públicas (Organismos Autónomos y Entes Públicos), se refiere en el Anexo 2 a «*otras entidades sujetas a la Ley de Contratos del Estado*», o a Grecia, que utiliza la fórmula «*... other legal persons governed by public law whose contracts are subject to State control*». Se puede encontrar una expresión similar a esta última en la lista sueca del Anexo 2: «*procuring entities including companies, associations and foundations established with the purpose of meeting needs in the general interest not having an industrial or commercial character or subject to certain other criteria pursuant to the Public Procurement Act*».

Debe quedar claro que esta clasificación tripartita se hace en nuestro trabajo a efectos de establecer un mínimo de orden en el caótico sistema de enumeración de entidades sujetas que hace cada Estado, aunque tal clasificación no es un criterio de redacción de las listas de entidades que complementan el ACP. Por esta razón, en la práctica se puede observar que existen Estados que utilizan puramente alguno de los tres criterios indicados para confeccionar su lista de entidades (lista nominal, cláusula residual y categorías de entidades), mientras que otros Estados utilizan simul-

táneamente dos o más de los criterios indicados. Por ejemplo, Estados Unidos utiliza una lista nominal en el Anexo 1 y un sistema de categoría de entidades en el Anexo 2. Luxemburgo utiliza un sistema nominal en el Anexo 1 y los criterios nominal y por categorías en el Anexo 2.

A la vista de la forma con la que se completan las listas de entidades que delimitan el ámbito de aplicación del ACP, se pueden apuntar los siguientes comentarios:

i) Los Anexos del Apéndice I del ACP no siempre enumeran nombre por nombre las entidades sujetas a éste. Aunque en el ACP de la Ronda de Tokio el empleo de categorías fue absolutamente excepcional, en la Ronda de Uruguay tal uso se generalizó (40). Las dos maneras de referirse a las entidades controladas por el ACP, por lista o por cláusulas generales, nos lleva a distinguir entre un definido círculo de entidades sujetas al ACP (las mencionadas expresamente) y un círculo concéntrico de límites difusos que incluye las entidades referidas por las cláusulas residuales y de categorías. El hablar de «límites difusos» se justifica por el hecho de que el ámbito subjetivo del ACP se define mediante conceptos jurídicos indeterminados. La utilización de estos conceptos en la definición de tal ámbito subjetivo de aplicación aboca a la necesidad de tener que interpretar tales cláusulas residuales o de categorías para establecer si una entidad no listada está sujeta al ACP.

ii) Las entidades no citadas nominalmente en las listas pueden estar dentro del ámbito subjetivo del ACP si pertenecen a una de las categorías genéricas de entidades existentes en una lista nacional, o si se subsumen en la cláusula residual incluida, en su caso, en las listas. Esto significa que, cuando surja una controversia entre los miembros de la OMC sobre si una entidad no listada está sujeta al ACP, será necesario que el Panel (u Organismo de Solución de Diferencias, OSD, en la versión española del ACP) designado para la resolución del conflicto interprete el significado y alcance de las «cláusulas residuales o de categorías» utilizadas. Esta interpretación puede llevar a la aplicación de la legislación nacional, porque, como se verá más adelante, sólo con el recurso al derecho nacional es posible integrar el verdadero y completo significado de tales cláusulas.

iii) La existencia de cláusulas residuales o de categorías de entidades para referir las entidades sujetas al ACP implica un cierto grado de incertidumbre debido a que tales cláusulas no permiten conocer con absoluta certeza el número de entidades afectadas por el ACP.

(40) Es curioso comprobar cómo en las listas de entidades del ACP de la Ronda de Tokio se encuentran sólo dos términos generales para referirse a entidades sujetas. Este es el caso de las *universities* en la lista de Francia o los *Higher Colleges of the State* en el caso de Holanda. Es igualmente de reseñar que la lista de entidades de Estados europeos sujetas al ACP de la Ronda de Tokio que está contenida en la *Directiva de contratos de suministros* de 1993 es una lista puramente nominal y no emplea categoría o cláusula residual alguna.

D) *Criterios para resolver en el ámbito del ACP una controversia relativa a si una entidad no expresamente incluida en los anexos de entidad está sujeta al ACP*

Los conflictos en torno a la cuestión de si una entidad no listada está sujeta al ACP podrán surgir cuando tal entidad abra una licitación pero no admita a contratistas de otros Estados parte en el ACP. Si la entidad no se encuentra citada en los Anexos pero la lista de entidades del Estado en cuestión incluye términos indeterminados que se refieren a otras entidades no listadas explícitamente, la duda se centrará en si la entidad puede considerarse incluida en el ACP, de conformidad con tales términos indeterminados. Una vez que este tipo de situación proporciona una queja de acuerdo con el procedimiento de resolución de conflictos de la OMC, el Panel de conflictos ha de tratar de solventar la controversia interpretando los referidos conceptos indeterminados.

Según las propias normas que rigen los Acuerdos multilaterales adoptados en el ámbito de la OMC, la interpretación de los conceptos jurídicos deberá ser realizada de conformidad «con las normas usuales de interpretación del derecho público internacional». Tal previsión está contenida en el artículo 3.2 del «Procedimiento por el que se rige la Solución de Diferencias» (41), acordado como Anexo II en el Acuerdo de Establecimiento de la OMC. Puesto que las listas de entidades son parte de la norma jurídica que define el ámbito subjetivo del ACP, la interpretación de los conceptos indeterminados contenidos en las mismas habrá de sujetarse a tales «normas usuales de interpretación».

En todo caso, parece necesario definir qué habrá de entenderse por «tales normas usuales de interpretación». Al efecto, parece que se podrían aplicar las reglas contenidas en la sección 3.^a del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (el Convenio de Viena) (42). El artículo 31.1 del Convenio de Viena proporciona varios criterios interpretativos al decir que «[un] tratado será interpretado de buena fe de acuerdo con el significado ordinario que deba darse a los términos del tratado según su contexto y a la luz de su objeto e intención» (43).

Siendo el artículo 31.1 del Convenio de Viena el marco jurídico que debe tenerse en cuenta en la interpretación de los términos genéricos o indeterminados de las listas de entidades del ACP, procede hacer un análisis

(41) Págs. 190 y ss. del «BOE» de 24 de mayo de 1995, Suplemento núm. 20.

(42) Convención de Viena del Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969. Debe tenerse en cuenta que con anterioridad diversos Paneles de resolución de conflictos han hecho referencia a los preceptos del citado Convenio. En concreto, en el caso *US Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages* se hace aplicación del artículo 27 de la Convención, GATT Index, *supra*, nota 38, pág. 774. El artículo 31.1 de la Convención de Viena es objeto de expresa cita por el primer Panel de conflictos constituido tras la creación de la OMC, caso denominado *US Gasoline Rules*, punto 6.7 (1996).

(43) Traducción del texto original en inglés: «[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose».

más detallado de cuáles serían las líneas de interpretación que podría seguir un OSD (Órgano de Solución de Controversias, o Panel) en tal exégesis. En concreto, y de acuerdo con el citado artículo 31.1, la interpretación de las listas de entidades de los Anexos del ACP deberá tener en cuenta el «propósito de las partes», el «significado ordinario del término» y el «contexto» jurídico del término.

a) *Interpretación de un término indeterminado a la luz del propósito o intención de las partes.*

Entre las normas para la interpretación de tratados contenidas en el artículo 31 del Convenio de Viena, el propósito o intención de las partes es uno de los criterios fundamentales de interpretación. Este propósito puede reflejarse durante las negociaciones o tras ellas, una vez que la «práctica subsecuente» de aplicación del tratado está consolidada (44). La intención de las partes en la negociación puede ser conocida a través de los documentos elaborados o intercambiados en el curso de las negociaciones o demás elementos probatorios que acrediten la intención común de las partes al aceptar la redacción de determinado precepto.

A falta de una prueba sobre tal intención común de las partes en el momento de la firma del Convenio, el hipotético OSD nombrado por la OMC deberá tener en cuenta la «práctica subsecuente» al aplicar tal norma internacional.

En el GATT, la «práctica subsecuente» como método interpretativo de una determinada regla puede ser reflejada tanto en las Decisiones de los Estados firmantes, tomadas para resolver o aclarar una determinada cuestión, como por las Resoluciones emanadas de un OSD que incluya interpretaciones (45). Dado que el ACP de la Ronda de Uruguay entró en vigor en 1995, es todavía demasiado pronto para encontrar tales instrumentos de interpretación sobre la cuestión de qué entidades públicas se sujetan al ACP y cómo deben interpretarse los términos genéricos o indefinidos contenidos en las listas de entidades.

No obstante, debe tenerse en cuenta que en relación al ACP adoptado en la Ronda de Tokio, donde el problema de la delimitación del ámbito subjetivo no era tan complejo, un OSD entró en la cuestión relevante de qué debe entenderse por «contratación sujeta al ACP». Este es el caso, citado anteriormente, sobre la adquisición de un sistema sonda por NSF, una agencia de Estados Unidos, a través de una empresa privada (ASA).

ASA actuó formalmente como comprador de un sistema sonda ante un tercero, pese a que el contrato fue controlado y pagado por la agencia esta-

(44) El artículo 31.2 del Convenio indica que «[t]here shall be taken into account, together with the context any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation».

(45) GATT Analytical Index, *supra*, nota 38, pág. 812. Ver igualmente el artículo IX.2 del Acuerdo de constitución de la Organización Mundial del Comercio, de 15 de abril de 1994, y el artículo 17.6 del Acuerdo sobre Normas y Procedimientos para la Solución de Diferencias, contenido en el Anexo II del Acuerdo de constitución de la OMC, pág. 190 y ss del «BOE» de 24 mayo 1995, Suplemento núm. 20.

dounidense. La importancia del informe no aprobado del OSD consiste en que tal adjudicación muestra un acercamiento de carácter no formalista para la aplicación del ACP de la Ronda de Tokio. Aunque formalmente la compra del sistema fue realizada por entidades y medios privados, y ASA no estaba citada en las listas del ACP, el OSD calificó la adquisición como «*contratación gubernamental*», debido al grado de implicación del gobierno norteamericano tanto en el control como en el apoyo financiero de la llamada compra «privada». Este informe puede indicar la dirección a tomar por futuros paneles de solución de conflictos, aunque por el momento su condición de no adoptado limita su relevancia.

El significado del caso del sistema del sónar es, según algún autor, que el mismo ha condicionado la redacción del artículo 1.3 del ACP de la Ronda de Uruguay, según el cual *en el caso de que alguna entidad en el contexto de alguna contratación abarcada por el presente Acuerdo exija a empresas no incluidas en el Apéndice I que adjudiquen sus contratos con arreglo a prescripciones especiales, se aplicará el artículo 3 mutatis mutandi a dichas prescripciones*. Este precepto ha introducido lo que se ha dado en llamar una medida antielusión del ACP o una *anti-circumvention provision* (46).

b) *Interpretación de acuerdo con el significado ordinario del término.*

Si no existe criterio alguno aplicable a partir del propósito o intención de las partes se entiende que, de conformidad con el artículo 31.1 del Convenio de Viena, habrá de hacerse exégesis del término según su *significado ordinario*.

A falta de una terminología estándar en el ACP sobre la tipología de las entidades sujetas al mismo, el autor que suscribe considera que un OSD podrá interpretar tales expresiones utilizando la legislación nacional de la parte que las empleó. Con el objeto de desentrañar qué quería decir un Estado parte al emplear términos como «*other administrative bodies*» o «*executive agencies*», o expresiones similares, es necesario saber qué significan dichos términos en la legislación nacional del Estado que las utilizó. El recurso a la ley nacional tiene su justificación en el artículo 31.1 del Convenio de Viena, que requiere que la interpretación de la ley internacional tenga lugar empleando «*el significado ordinario de los términos*». Cuando las listas de entidades contienen términos vagos que, a su vez, se refieren a categorías de organismos reconocidos por el sistema jurídico de una parte, el «*significado ordinario*» de estos términos no puede ser otro que el que tienen en la legislación de donde provienen.

Sin embargo, esta tarea de valoración de un término jurídico o de una categoría genérica incluida en las listas de entidades de un Estado puede encontrarse con las mismas dificultades que tendría que afrontar un tribunal de ese mismo Estado para interpretar tal término. Por ejemplo, varios de los estados de Estados Unidos se comprometen a incluir sus «*executive agencies*», lo que aboca a la necesidad de investigar la legislación de cada

(46) HOECKMAN, *supra*, nota 35, pág. 65.

estado para averiguar si una entidad determinada encaja o no en la categoría de «*executive agency*». En este sentido, debe tenerse en cuenta que, aun conociendo la ley aplicable, puede resultar difícil dar una respuesta definitiva en relación con una entidad determinada. Al efecto, es útil recordar que, incluso en el nivel de la Administración federal norteamericana, el término «*agency*» no es absolutamente claro (47). Dicha expresión implica dificultades de interpretación no sólo al tratarlo como un término genérico en la legislación norteamericana, sino también en el específico campo de la contratación pública, existiendo varias definiciones de *agency* no enteramente coherentes entre sí. Autores norteamericanos especializados en contratación pública se hacen eco de la dificultad que venimos comentando, citando incluso algún informe oficial que recomienda «*recodificar las normas federales de contratación pública en una norma única, coherente y simplificada*» (48).

c) *Interpretación de los términos indeterminados de acuerdo con su contexto. Los principios de No Discriminación y Tratamiento Nacional.*

La interpretación de la norma del ACP debe ser coherente con los principios jurídicos del Acuerdo, que, en definitiva, conforman el contexto jurídico en el que existe el precepto a interpretar. Si la controversia sobre si una entidad no expresamente listada en uno de los Anexos del ACP está incluida en su ámbito de aplicación debiera resolverse a partir de la interpretación de términos genéricos contenidos en tal lista, esa interpretación debe ser coherente con el contexto jurídico que representa el propio ACP. Dos de los principios básicos contenidos en el ACP, y que forman el «contexto» jurídico a tener en cuenta por el intérprete de la lista de entidades, son los principios de No Discriminación y el de Tratamiento Nacional. Estos principios son fundamentales en el ACP, quedando recogidos en su artículo III.1 y 2 (49).

(47) El 5 USC 105 define agencia como «*executive department, a Government corporation and an independent establishment*» a efectos del título 5 USC 101. Sin embargo, en el 5 USC 551 se define agencia como «*each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by other agency*».

(48) JOHN CIBINIC y RALPH C. NASH, *Formation of Government Contracts* (2.ª ed., 1988), pág. 5. El informe oficial al que hacen referencia estos autores es el de la *President's Blue Ribbon Commission on Defence Management*.

(49) 1. *En lo que respecta a todas las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a los contratos públicos comprendidos en este Acuerdo, cada parte concederá de forma inmediata e incondicional a los productos, servicios y proveedores de las demás partes que ofrezcan servicios o productos de las partes, un trato menos favorable que el otorgado: a) a los productos, servicios y proveedores nacionales, y b) a los productos, servicios y proveedores de cualquier otra parte.*

2. *En lo que respecta a todas las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a los contratos públicos comprendidos en el presente Acuerdo, cada parte se asegurará que: a) sus entidades no den a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que a otro proveedor establecido en dicho territorio, por razón del grado en que se trate de una filial o sea propiedad de extranjeros, y b) sus entidades no ejerzan discriminación por razón del país de producción del producto o servicio suministrado, contra proveedores establecidos en su territorio, siempre y cuando el país de producción de conformidad con las disposiciones del artículo IV sea parte en el Acuerdo.*

1) *El principio de No Discriminación.*

El principio de No Discriminación supone, en definitiva, no dar peor tratamiento en la contratación pública a los bienes, servicios o suministros procedentes de un Estado firmante del ACP frente a los de otro Estado parte. Una situación en la que se podría tener en cuenta este principio es la siguiente: la entidad no listada (respecto de la cual se suscita la controversia sobre su ubicación en el ámbito del ACP) puede haber aceptado ofertas de contratistas nacionales de ciertos Estados firmantes del ACP en una licitación para la adjudicación de un contrato. Si en un proceso de contratación posterior dicha entidad no listada rechaza las ofertas de contratistas de otras partes firmantes, basándose en la no sujeción de tal entidad al ACP, tal decisión podría ser considerada por el hipotético OSD que conozca de la controversia como una decisión de carácter discriminatorio en virtud del artículo III (1)(b) del ACP. La discriminación consistiría en dar interpretaciones (o en mantener *prácticas*) dispares sobre la naturaleza jurídica de la misma entidad, con el resultado de impedir a los contratistas de unos Estados firmantes el tener acceso a los beneficios otorgados a los contratistas de otros Estados para distribuir sus bienes, productos o servicios.

2) *La cláusula del Tratamiento Nacional.*

El principio del Tratamiento Nacional (TN) contenido en el artículo III del ACP supone que un Estado no debe dar peor tratamiento a los productos, servicios y suministros procedentes de Estados parte en el ACP que el que da a productos, servicios y suministros domésticos. No obstante, el TN no puede ser entendido como el otorgamiento a los nacionales de los Estados firmantes de un derecho a contratar con cualesquiera entidades de otro Estado, como podrían hacer los nacionales de este último, puesto que, de conformidad con la estructuración del ACP, de todas las entidades de un determinado Estado parte, sólo un número limitado de ellas están obligadas por el ACP a admitir contratistas extranjeros en los procesos de licitación de ciertos contratos públicos.

Sin embargo, el TN parece aplicable cuando el empleo de cláusulas residuales en los Anexos de las entidades refleja la voluntad de un Estado de incluir, sin restricciones, todas las entidades no listadas pertenecientes a una determinada categoría general. Por ejemplo, el Anexo 2 de Estados Unidos dispone que las agencias ejecutivas de Luisiana están sujetas a la normativa del ACP. En ausencia de cualquier otra calificación o limitación, esta afirmación debe ser interpretada en el sentido de que todas las agencias contratantes de Luisiana están incluidas en el ACP. Por ello, si la *práctica administrativa y jurídica* de Luisiana considera que una determinada entidad es una «agency», y permite a los contratistas norteamericanos concursar para la adjudicación de sus contratos, no se puede interpretar que, al mismo tiempo, tal entidad no es una «*executive branch agency*» dentro del ámbito subjetivo de ACP. Debido a la generalidad de la expresión «*executive agency*», parece que al incluirse en el ACP a tales agencias todos los contratistas de los Estados parte en el ACP tendrán derecho a

concurrir y contratar con todas las agencias de Luisiana. Si la referencia general en el ACP cubre todas las agencias ejecutivas, Luisiana no puede mantener una interpretación dual por la que considere que, a efectos internos, una entidad es una *agency*, pero no le atribuye tal consideración a los efectos del ACP. Ocurriría un trato menos favorable si una entidad fuera considerada como una agencia contratante para los contratistas nacionales, mas no para los contratistas extranjeros.

La misma lógica se podría aplicar a expresiones generales no calificadas por ninguna restricción empleada por otros Estados, tales como «*all other central public authorities and bodies governed buy public law*» (50), «*other administrative bodies*» (51), «*other administrative bodies*» (52) u «otras entidades sujetas a la ley de contratación del Estado». Estos Estados están obligados a interpretar las referidas expresiones genéricas de forma que los contratistas de los Estados parte en el ACP no reciban peor trato que los contratistas nacionales. Así, si la legislación interna de uno de los referidos Estados considera una entidad como organismo público o administrativo, y por lo tanto sujeta a la regulación nacional sobre contratación pública, aquel país no puede intentar interpretar que la misma entidad no es un organismo administrativo en relación con las expresiones (53) «*other administrative bodies*», «*other administrative bodies*», incluida en la lista de entidades. De otra manera, la disparidad de interpretaciones no autorizadas por la terminología de la lista permitiría un trato menos favorable a los contratistas extranjeros, ya que no podrán presentar ofertas en los concursos de todos los organismos administrativos contratantes accesibles a los contratistas nacionales.

5. CONCLUSIÓN

Cualquier acuerdo internacional sobre contratación pública requiere la delimitación adecuada de su ámbito subjetivo de aplicación, a efectos de definir qué entidades públicas están sujetas al acuerdo. La falta de una definición precisa de las entidades públicas sujetas significa que el acuerdo internacional es incompleto o, incluso, insuficiente.

El Derecho Comunitario enfocó la primera delimitación del ámbito subjetivo de las Directivas de contratación pública a partir de la mera cita nominal de las entidades afectadas. Esta técnica rápidamente generó problemas por el hecho de existir entidades y poderes públicos en los Estados miembros no mencionados en las listas de entes sujetos a estas Directivas. La reacción del Derecho Comunitario ha consistido en superar los formalismos y las especialidades de personificación existentes en cada Estado miembro por medio de la elaboración de un concepto específico «*poder*

(50) ACP, Apéndice I, Anexo 1, Austria.

(51) ACP, Apéndice I, Anexo 2, Dinamarca.

(52) ACP, Apéndice I, Anexo 2, España.

(53) ACP, Apéndice I, Anexo 1, Austria.

contratante». La gran virtualidad de este proceso de reacción frente a la imperfecta fórmula de citar nominalmente los entes públicos que se sujetan a las Directivas de contratación pública es que implica la constatación de que existe un núcleo de entidades «públicas» (sea o no de derecho público su forma de personificación) que no pueden ser ajenas al régimen de contratación pública, y, qué duda cabe, tal proceso constituye una línea de actuación que se mueve en sentido contrario a la ya conocida huida de la norma de contratación por medio de la creación de entidades heterodoxas. A su vez, bajo esta evolución del Derecho Comunitario late una pregunta que todavía no ha sido objeto de una respuesta completa y coherente, como es la de definir desde una perspectiva abstracta, teórica y, casi me atrevería a decir, ontológica qué es «contratación pública» y qué manifestaciones (o funciones) del poder público deben quedar sujetas a tal régimen de contratación pública.

En contraste con el Derecho Comunitario, el ACP no contiene un concepto común de entidad pública controlada por el Estado, ni un entendimiento homogéneo de las categorías en que las entidades bajo su ámbito están desglosadas. El tratamiento de las entidades públicas en el ACP parece limitarse a un sistema de lista. Sin embargo, la utilización en tales listas de términos generales o indeterminados para referirse a los entes sujetos contiene la semilla del conflicto jurídico que habrá de provocar una elaboración sobre qué es la *contratación pública* y cuál es el tipo de entidad que debe considerarse sujeta al régimen del ACP. Sin embargo, y dado el actual estado de desarrollo del ACP, no parece probable que se llegue a corto plazo a un sistema de delimitación del ámbito subjetivo de las normas internacionales de contratación pública mediante la utilización de definiciones abstractas y comunes para todos los Estados.