

**Dictamen 1/01 (Ref. A.G. Fomento). Noción de «empresa asociada» a los efectos de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre. Las Autoridades Portuarias tienen la consideración de «empresas asociadas» respecto del Ente público Puertos del Estado.**

*La Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE, de 14 de junio, y 92/13/CEE, de 25 de febrero, tiene por objeto, según dice su artículo 1, «la regulación del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, suministros y servicios cuando contraten las entidades públicas y privadas del artículo 2.1 que operen en los sectores de actividad relacionados con el agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, tal como se concreta en el artículo 3». Con mayor detalle se delimita después el ámbito de aplicación objetiva de la citada Ley positivamente, determinando para ello las actividades y los contratos incluidos en ella (artículos 3 y 5), y negativamente, relacionando las actividades y los contratos excluidos (artículos 4 y 7).*

*Entre los contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 48/1998, el artículo 7.2.g).i) de la misma se refiere a los contratos de servicios «que una entidad contratante celebre con una empresa asociada». Añade el mismo precepto que «a los efectos de esta Ley, se entenderá como empresa asociada la empresa que, en virtud del artículo 42 del Código de Comercio, presente cuentas anuales consolidadas con las de la entidad contratante. Se entenderá, asimismo, como empresa asociada, en el supuesto de entidades no incluidas en dicho precepto, aquella sobre la cual la entidad contratante pueda ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante, según se define en el apartado 1.c) del artículo 2 de la presente Ley, o que pueda ejercer una influencia dominante sobre la entidad contratante, o que, como la entidad contratante, esté sometida a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que las rigen».*

*Prescindiendo de los casos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio (por no estar incluidas en el mismo las entidades a que se refiere la consulta), los supuestos que determinan la calificación de «empresa asociada» a los efectos de la Ley 48/1998 son los siguientes:*

*1. Que la entidad contratante pueda ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante, según se define ésta en el artículo 2.1.c) de la propia Ley, sobre la otra empresa (empresa asociada) o que esta última pueda ejercer dicha influencia sobre aquella entidad [...]*

*Sí es posible, en cambio, entender comprendidos en el primer supuesto de «empresas asociadas» al Ente Público Puertos del Estado en relación con las Autoridades Portuarias y viceversa, al ejercer el primero la indicada influencia dominante sobre las segundas en virtud de las normas que rigen las relaciones entre Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias; así, el artículo 26 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM), según la redacción dada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, encomienda a Puertos del Estado, en relación con las Autoridades Portuarias, funciones que permiten apreciar el ejercicio por aquel Ente de influencia dominante sobre estas últimas, como son, entre otras, la definición de los objetivos generales de gestión de las Autoridades Portuarias; la aprobación de la programación financiera y de inversiones de dichas entidades; la emisión de informe técnico sobre determinados proyectos que elaboren las Autoridades Portuarias; el ejercicio del control de eficiencia de la gestión y del cumplimiento de los objetivos*

*fijados para cada una de las reiteradas entidades y el establecimiento de directrices técnicas, económicas y financieras del conjunto del sistema portuario.*

*2. Que tanto la «entidad contratante» como la «empresa asociada» estén sometidas «a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que las rigen» (artículo 7.2.g).i), inciso final).*

*No cabe duda de que todas las entidades públicas a que se refiere la consulta están sometidas, en cuanto entidades vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, a la «influencia dominante» de la misma, a través del Ministerio de Fomento como Departamento ministerial al que aquéllas se encuentran adscritas. Dicha influencia dominante resulta, en efecto, de las propias normas que rigen las relaciones entre la Administración General del Estado y las mencionadas entidades y por virtud de las cuales corresponde a la primera la dirección estratégica y la evaluación y el control de los resultados de la actividad que realicen esas entidades, el control económico-financiero de las mismas, el nombramiento de todos o parte de los miembros de sus órganos de dirección o gobierno y la aprobación o autorización de determinadas actuaciones de las repetidas entidades; así resulta tanto de las previsiones de la legislación general sobre Organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado (cfr. artículos 43.3, 44, 58, 59, etc. de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado —LOFAGE-) como de las previsiones de la normativa específica de cada una de las entidades en cuestión (en el caso de las Autoridades Portuarias, su dependencia del Ministerio de Fomento se instrumenta a través de Puertos del Estado, como indican los artículos 25 y 35.3 de la LPMM y confirma el más arriba citado artículo 26 de la misma Ley).*

*Ahora bien, si, según acaba de decirse, la Administración General del Estado ejerce influencia dominante sobre las entidades a que alude la consulta, cabría cuestionar si la relación entre aquella Administración y esas entidades y la influencia dominante que la primera ejerce sobre las segundas permite o no apreciar el segundo supuesto de empresas asociadas a que ahora se alude, y ello en razón de que el inciso final del artículo 7.2.g).i) de la Ley 48/1998 se refiere a la influencia dominante de «otra empresa», pero ni la Administración General del Estado ni el Ministerio de Fomento (como Departamento ministerial de adscripción de las reiteradas entidades) son empresas en el sentido de aquella Ley; así, este texto legal diferencia en su artículo 2, al fijar el ámbito de aplicación subjetiva de la propia Ley, las empresas (públicas o privadas), a las que se refiere el apartado 1 (letras c) y d) de dicho precepto, y la Administración General del Estado (y demás Administraciones Públicas territoriales y Organismos autónomos dependientes de aquélla y éstas), a la que alude el apartado 2, y, en el mismo sentido, la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, diferencia los denominados por ella «Poderes públicos», en los que queda comprendido el Estado (artículo 1.1), y las empresas públicas (artículo 1.2).*

*A juicio de este Centro Directivo, es posible resolver la cuestión enunciada en el párrafo anterior, no obstante lo dicho en el mismo sobre la distinción que el artículo 2 de la repetida Ley 48/1998 hace entre la Administración General del Estado (y otras Administraciones Públicas territoriales) y las «empresas», en sentido afirmativo, es decir, en sentido favorable a la inclusión del supuesto de que ahora se trata en la previsión del inciso final del artículo 7.2.g).i) de aquella Ley, y ello en virtud de la aplicación analógica de dicho precepto e inciso, en cuanto a la consideración como empresas asociadas de la entidad contratante y de otra*

*empresa cuando ambas estén sometidas a la influencia dominante de otra (tercera) empresa por razón de propiedad, participación financiera o en virtud de las normas que las rigen.*

*Para razonar la aplicación analógica señalada, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que la distinción que efectúa el artículo 2 de la Ley 48/1998 entre Administración General del Estado (y otras Administraciones Públicas territoriales) y las empresas se formula a los efectos de excluir la actividad contractual de aquella Administración del ámbito de aplicación de la citada Ley (el artículo 2 lleva por rúbrica «ámbito de aplicación subjetiva») y, en el caso a que se refiere el presente informe, de lo que se trata no es de la actividad contractual de la reiterada Administración, sino de la contratación de ciertas entidades públicas vinculadas o dependientes de dicha Administración entre sí mismas, lo que es cosa distinta.*

*Partiendo de la anterior premisa, y dado que los fines que persiguen la Directiva 93/38/CEE, y, en cuanto norma de transposición de ella, la Ley 48/1998, son eminentemente económicos — asegurar, a través de la aplicación de los principios de no discriminación y concurrencia y de la prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías y prestación de servicios, la libre competencia en los sectores a que se refiere la norma comunitaria, con la consiguiente apertura de los mercados, según se desprende del preámbulo de la mencionada Directiva—, puede y debe tomarse asimismo en consideración la perspectiva económica en la interpretación del artículo 7.2.g).i) del repetido texto legal. Pues bien, desde esta perspectiva, no se advierte ninguna diferencia entre la situación (económica) que contempla el inciso final del mencionado precepto, es decir, la de una entidad contratante y una empresa que estén sometidas a la influencia dominante de una tercera empresa y la situación (también económica) que se produce en el caso que se examina, esto es, la de dos entidades públicas (cualesquiera que sean de entre las aludidas en la consulta) que contratan entre sí estando sometidas ambas a la influencia dominante de una tercera entidad (Administración General del Estado), aunque ésta no tenga el carácter de «empresa» en los estrictos términos de la Ley 48/1998. Así las cosas, puede entenderse cumplido el requisito que conforme al artículo 4.1 del Código Civil determina la aplicación analógica de las normas jurídicas, cual es el de la «identidad de razón» entre un supuesto específico no contemplado por la norma de que se trate y otro semejante regulado por ella.*

*En suma, esta Dirección entiende que las Autoridades Portuarias tienen la consideración de «empresas asociadas» respecto del Ente público Puertos del Estado, por ejercer este último influencia dominante sobre aquéllas (primero de los supuestos examinados) y que, por otra parte, las restantes entidades públicas a que se refiere la consulta tienen también, entre ellas y respecto de Puertos del Estado y de las distintas Autoridades Portuarias, la condición de entidades y empresas asociadas en virtud de la aplicación analógica del artículo 7.2.g).i), inciso final, de la Ley 48/1998 (segundo de los supuestos examinados). De lo que deriva, a su vez, la conclusión de que los contratos de servicios que celebren entre sí dos (o más) de las entidades en cuestión están excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 48/1998.*