

# ¿SOCIEDADES PÚBLICAS PARA CONSTRUIR Y CONTRATAR OBRAS PÚBLICAS? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997) (\*)

Por

J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Valladolid

*SUMARIO: I. Introducción: novedosa habilitación por la Ley 13/96 de una «gestión directa» de la construcción y/o explotación de carreteras y obras hidráulicas por sociedades mercantiles estatales sometidas a un régimen especial de contratación parcialmente jurídico-administrativo.—II. Ruptura del principio general de la ejecución de obras públicas por contrata: problemas de su legitimidad.—III. Sustracción de la contratación de obras públicas al régimen de los contratos públicos: debilitamiento de la conveniente protección del interés general y de la igualdad de las empresas en la obtención de contratos.—IV. Sustracción de los contratos de obras públicas al régimen de los contratos administrativos: debilitamiento adicional de la conveniente protección del interés general en su ejecución.—V. Límites legales y constitucionales a la realización de actividades de los Poderes públicos por medio de sociedades mercantiles propias interpuestas: consecuencias negativas respecto a la admisibilidad de deferir a sociedades instrumentales la contratación necesaria para la ejecución de obras públicas.—VI. Un paliativo insuficiente y contradictorio, inapropiado y perturbador: la republicación parcial de la contratación «privatizada» de obras públicas.—VII. Las especiales relaciones convencionales con ciertas empresas públicas a la luz del principio de paridad de trato de empresas públicas y privadas.—VIII. Conclusión: dar a la Administración lo que es de la Administración y a las sociedades mercantiles lo que es de las sociedades mercantiles.*

## I. INTRODUCCIÓN: NOVEDOSA HABILITACIÓN POR LA LEY 13/96 DE UNA «GESTIÓN DIRECTA» DE LA CONSTRUCCIÓN Y/O EXPLOTACIÓN DE CARRETERAS Y OBRAS HIDRÁULICAS POR SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES SOMETIDAS A UN RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN PARCIALMENTE JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

1. La Ley 13, del 30 de diciembre de 1996, de medidas fiscales, administrativas y de orden social («BOE» del 31), introdujo *un amplio conjunto de medidas* —como anunciaba su exposición de motivos—, con las que se pretendía *contribuir a la mejor y más efectiva consecución de los objetivos de la política económica del Gobierno ex-*

---

(\*) Este estudio constituye una adaptación del redactado para el libro *En defensa de la libertad*, que el Instituto de Estudios Económicos ha dedicado a la memoria de Víctor MENDOZA OLIVÁN (Madrid, 1997).

presados en los *Presupuestos Generales del Estado para 1997*, y en concreto al cumplimiento de los criterios de convergencia previstos en el artículo 109.J del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, tras su reforma por el Tratado de Maastricht. Entre ellas, varias de carácter estructural, incluidas en el Título V con el declarado objeto de racionalizar y mejorar la prestación de los servicios públicos.

2. En el contexto de este Título V, y por lo que atañe a la acción administrativa en materia de inversiones de promoción pública, se articulan diversas medidas con el doble propósito —siempre según la exposición de motivos de la Ley— de favorecer la ejecución y más eficiente explotación de diversas obras públicas y de dar mayor participación a la iniciativa privada en este componente tan dinámico de la economía.

Amén de la reforma de ciertos aspectos de la regulación de las autopistas en régimen de concesión y de otras medidas de las que no nos ocuparemos aquí, se introducen modificaciones en el régimen de gestión directa de la construcción y explotación de determinadas carreteras estatales (y también, como veremos, de la obra hidráulica), y se permite la participación en ella de entidades privadas.

Este es precisamente el punto en que queremos detenernos porque, aunque cuentan con diversos precedentes en el ámbito de determinadas actuaciones principalmente locales y autonómicas (1), contienen en cualquier caso importantes novedades para nuestro Derecho que deben ser debidamente analizadas.

---

(1) Esta forma de financiación habría comenzado a desarrollarse en España a través de GISA, de la Generalidad de Cataluña, desde 1990, que ha realizado más de cien obras con una inversión total superior a los 140.000 millones, predominando los proyectos no superiores a los 2.000 millones. Con la misma vocación habría nacido en 1994 GICALSA, la Sociedad de Gestión de Infraestructuras de Castilla y León, y similar objeto tiene ARPEGIO (Áreas de Promoción Empresarial, S.A.), de la Comunidad de Madrid, que desde finales de 1995 ha ampliado su objeto para incluir la construcción, conservación y explotación, por sí o por terceras personas, en nombre propio y por cuenta de la Comunidad de Madrid, de las obras públicas y los servicios que se puedan desarrollar en relación con las infraestructuras que se estimen necesarias (vid. pág. 79 de la ponencia de Luis Eduardo CORTÉS MUÑOZ, Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte de la Comunidad de Madrid, sobre «El proyecto del Metro de Madrid, su financiación», en la Conferencia internacional sobre *Financiación y Gestión Privada de Infraestructuras de Interés Público*, Madrid, 1996, sobre la que damos más datos en la última nota de este trabajo). Las relaciones de ARPEGIO con la Comunidad de Madrid se contemplan en un *Convenio* y dos documentos complementarios: el de *Encargos* y el *Plan Económico Financiero*. Los encargos que ha recibido en 1996 consisten en la contratación de las obras y servicios —nótese bien— necesarios para llevar a cabo la ampliación de las obras de la Red de Metro de Madrid (pág. 80).

Para afrontar las diversas infraestructuras que fueron precisas en las Olimpiadas de Barcelona en 1992 se acudió ampliamente a la creación de sociedades mercantiles en mano pública (vid. Elisenda MALARET I GARCÍA, *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1993, especialmente págs. 62 y ss.).

3. Se trata, en suma, del artículo 158 de esta Ley, cuyas novedosas previsiones habilitaban al Gobierno para crear determinada o determinadas empresas públicas con forma de sociedad mercantil —anónima, en principio—, o para aprovechar la existencia de otra u otras preexistentes, al objeto de encargarles la ejecución de ciertas obras públicas (carreteras y obras hidráulicas), o/y la explotación de los bienes demaniales correspondientes, con la posibilidad expresa —aunque ambiguamente formulada— de que tal ejecución pudiera llevarse a cabo mediante contrataciones con terceros o con la ayuda de tales contrataciones, que expresamente se someten —a pesar de celebrarse por personas formalmente privadas (mercantiles)— a ciertas reglas de la contratación pública, e incluso —lo que es aún más sorprendente— a la Jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto a los actos de su preparación y adjudicación.

Esta nueva regulación comportaba así, desde luego, modificaciones nada desdeñables tanto de la Ley, aún bien reciente, de Contratos de las Administraciones Públicas, y de la legislación civil y mercantil, como de la legislación procesal civil y de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, en vigor, y ponía en cuestión criterios jurídicos que cabe considerar como auténticos principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico.

4. Se rompía así, desde luego, en primer lugar, con el criterio restrictivo de nuestro ordenamiento jurídico sobre la ejecución de obra pública *por administración*, es decir, por lo que ahora este precepto denomina *gestión directa*, lo que venía siendo algo inherente al llamado *principio del contratista* o del *empresario interpuesto*.

Podrían chocar, en segundo término, las nuevas previsiones con la reserva a la contratación *pública* y como contratos *administrativos* de toda actividad contractual relativa a la ejecución de obras públicas realizada por la Administración, o —lo que viene a ser en realidad lo mismo, descorridos los velos de las personificaciones interpuestas— bajo su directa dependencia.

Suscita además serios interrogantes, en tercer término, la posibilidad misma de crear sociedades en mano pública, no para dedicarse a actividades propiamente mercantiles, sino para la creación o/y, en su caso, gestión de ciertos bienes demaniales situados bajo la titularidad de la misma Entidad pública que las domine y dirija.

En cuarto lugar, aunque resulta revelador y hasta cierto punto comprensible que, tras *privatizar formalmente* el modo gestor, la misma Ley intente su *repubblicación parcial* mediante la sumisión de estas sociedades en su actividad contractual necesaria para la construcción de las carreteras o de la obra hidráulica a ciertas reglas bá-

sicas de la contratación pública e incluso a la Jurisdicción contencioso-administrativa, un más detenido análisis pone de manifiesto que esto no es una solución sino un remedo insuficiente, que, además, adultera la función de la Jurisdicción contencioso-administrativa y coloca a quien contrate así con esas sociedades en una posición jurídica impropia de las relaciones contractuales entre sujetos privados (2).

En fin, obligar a aplicar estas previsiones del artículo 158 —como añade su ap. 4— a cualesquiera relaciones que la Administración General del Estado establezca con otras empresas públicas para la construcción y/o explotación de carreteras estatales (extendiéndolo también el ap. 5 a las *obras hidráulicas*), plantea serias dudas de validez en el marco del principio de paridad de trato de las empresas públicas y de las privadas.

Pero parece necesario examinarlo todo con suficiente detenimiento.

## II. RUPTURA DEL PRINCIPIO GENERAL DE LA EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS POR CONTRATA: PROBLEMAS DE SU LEGITIMIDAD

1. Ha sido tradicional en nuestro Derecho el principio del *contratista*, del *empresario* o incluso del *concesionario interpuesto* en la ejecución de obras públicas (3).

La Ley vigente 13/95, como la anterior Ley de Contratos del Estado (4), sigue limitando, como algo excepcional, la ejecución directa de las obras por la propia Administración a los casos en que se den las circunstancias tasadamente determinadas en su artículo 153.1.

La actividad técnico-económica de construir o modificar los bienes inmuebles de dominio público en que se traduce la obra pública debe realizarse en sí misma en lo posible, por lo tanto, por empresas o sujetos terceros con los que la Administración así lo contrate conforme a la ley (5).

---

(2) Como ya advirtiera T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en *¿Contratos administrativos entre personas privadas?*, «REDA», 1, 1974, págs. 115 y ss.

(3) Como aún se lee en el artículo 25 de la Ley de Obras Públicas de 1877, la ejecución de obras públicas *por administración* y no *por contrata* se aplicará únicamente a aquellos trabajos que no se presten a contratación por sus condiciones especiales, o porque no puedan fácilmente sujetarse a presupuestos por predominar en ellos la parte aleatoria, o por cualquier otra circunstancia.

(4) Sentencias como las del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1988 (Ar. 6717) y 30 de septiembre de 1991 (Ar. 7644), a que se refiere Elisenda MALARET en nota 150 de *Público y privado...*, cit., pág. 82, confirman el criterio restrictivo de nuestro Derecho, bajo la Ley de 1965, respecto a las obras públicas por «gestión directa».

(5) T. DE LA QUADRA SALCEDO, en «La ejecución de obras por la Administración», en el vol. col. coordinado por R. GÓMEZ-FERRER MURANT, *Comentario a la Ley de Contratos de las*

2. Ese principio comporta, obviamente, que el ejecutor de la obra pública ha de ser real y no sólo formalmente diferente de la Administración titular del bien y de la obra que la contrate. Es decir, no se le respetaría si de la obra se encargasen sociedades mercantiles sometidas o vinculadas a la *influencia dominante* directiva de esa Administración, pues tales sociedades sólo constituirían como una *longa manus* suya, meramente instrumental, de la que únicamente les distinguiría o separaría la pura ficción jurídica o el *velo* de la personificación puramente formal interpuesta. La ejecución de obras públicas sería en tal caso equivalente a la realizada *por administración*, por la misma Administración competente, aunque se aplicara una modalidad relativamente descentralizada desde el punto de vista puramente técnico. Estaríamos, en efecto, ante una de las posibles formas de lo que, con terminología importada del régimen y de la teoría de los servicios públicos —pero que no se había aplicado hasta ahora a las obras públicas—, el artículo 158 de la Ley *de medidas*, de 1996, denomina una *gestión directa* de la obra pública, contrapuesta implícitamente a la *gestión indirecta*, que es la que se produce mediante su auténtica contratación con un tercero, en cumplimiento de aquel principio general (6).

3. El citado artículo 158 no sólo trata de habilitar y, aparentemente, potenciar la utilización de esta *nueva* modalidad de ejecución de obras públicas *por administración* —o por *gestión directa*, si se prefiere—, sino que lo hace —y es éste el punto que queremos destacar en este momento— rompiendo claramente el principio general del artículo 153 de la Ley 13/95, de Contratos de las Administraciones Públicas, y del artículo 25 de la Ley de Obras Públicas, puesto que permite claramente al Gobierno acudir a esta modalidad gestora directa sistemáticamente, sin límite alguno, con tal de que

---

*Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 708-718, se muestra reticente a reconocer la existencia tradicional en nuestro Derecho del principio del contratista interpuesto, aunque no puede dejar de admitir que de la regulación de la vigente Ley de Contratos del Estado se desprende con claridad que la ejecución directa por la Administración no es el sistema ordinario de ejecución de obras públicas, si bien, para él, esta opción de la Ley no se funda en principio constitucional alguno, sino en la «preferencia por una Administración centrada en lo que tiene que hacer y que se apoya en los empresarios particulares cuando es necesario realizar tareas que no son las propias y exclusivas de la Administración, como es la ejecución de obras» (pág. 726).

(6) Tan *gestión directa* de la construcción de una carretera o de la ejecución de cualquier otra obra pública es, pues, la clásica ejecución de obras *por administración*, mediante la actuación de los propios medios orgánicos de la Administración competente —lo que llama el ap. 3 del artículo 153 de la Ley 13/95, *in fine*, el *órgano gestor de la Administración*—, como la que se produce en el caso de encomendársela a una sociedad *propia* de esa Administración. Lo confirma, por ejemplo, la Sentencia del Supremo de 30 de septiembre de 1991 (Ar. 7644), cit. *supra*.

se trate de construir y/o explotar carreteras estatales y obras hidráulicas.

4. Hay que observar, sin embargo, que ni la *legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas* ni, más ampliamente, *las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas* que el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> reserva al Estado, incluyen hoy el principio general, expresado en el artículo 153 de la Ley 13/95, de que las obras públicas deben ejecutarse *por contrata* (7).

Ello es, a nuestro juicio, bien criticable, pero es así. Y, porque así es, forzoso es reconocer que lo mismo que las Comunidades Autónomas podrían apartarse, con una ley propia, de ese principio que se ha quedado en algo meramente supletorio (y, por tanto, ciertamente mermado en su condición de tal principio general), podrá hacerlo el mismo Estado, si lo disponen las Cortes Generales.

En su contraste con ambos preceptos, pues, de la Ley 13/95 y de la Ley de Obras Públicas, el artículo 158 de la Ley 13/96 no podrá ser tachado de inconstitucionalidad por algún hipotético quebrantamiento del complejo sistema constitucional de ordenación entre los distintos tipos de fuentes legales (8).

5. Otra cosa ocurriría, a nuestro juicio, si el artículo 153 de la Ley 13/95 fuera *básico*, en sentido técnico, puesto que si vinculase necesariamente a todas las Administraciones Públicas, sin que el legislador autonómico pudiera apartarse de él, no sería fácil legitimar una ley especial del Estado que lo quebrara. Si hay algo que justifique la legislación que dicte el Estado al amparo del 149.1.18.<sup>a</sup> es precisamente la necesidad de que todas las Administraciones —también las del propio Estado— respondan a determinados principios y normas iguales que, como ese mismo precepto viene a afirmar, *en todo caso garanticen a los administrados un tratamiento común ante ellas*. Si algo se establece como básico para la generalidad de las Administraciones Públicas, no pueden hacerse excepciones sólo para la Ad-

---

(7) El artículo 153 de la Ley 13/95, bien lamentable y sorprendentemente, no está calificado como *legislación básica*, sino como norma meramente supletoria por el apartado 1 de su Disposición final primera. Si esto es así respecto a este precepto, menos aún podríamos calificar de *básico*, en este sentido técnico, al artículo 25 de la Ley de Obras Públicas.

(8) Rige aquí para el Estado sin restricción alguna —y sólo al Estado se refiere el citado art. 158— el principio general de que la ley posterior se impone a la anterior, puesto que tanto el artículo 153 de la Ley 13/95, como el 25 de la Ley de Obras Públicas, como el mismo artículo 158 de la Ley 13/96, son todos ellos leyes ordinarias, sin otra subordinación entre ellas que la que derive de la sucesión temporal. El artículo 158 de la Ley 13/96 modifica, desde luego, a los otros dos preceptos de esas otras dos Leyes anteriores, pero no puede objetarse que lo haga si nos limitamos a considerarlo desde el punto de vista de la relación entre preceptos legales de igual rango y tipo.

ministración General del Estado u otra de las integradas en la complejidad de la estructura de éste. Ello atentaría —aunque sea por vía refleja— contra ese precepto del orden constitucional.

6. La innovación, no obstante, de la *Ley de medidas* sí que es objetable desde los principios de buena administración implícitos en el principio de *eficacia* que el artículo 103.1 de la Constitución impone a la Administración Pública, y que aconsejan que la Administración se mantenga en esta materia, lo más posible, en una posición de decidir cómo ha de ser la obra, y de controlar y exigir su correcta ejecución, sin involucrarse directamente en ella (con cuanto implica de inmersión en complicados intereses), dejando, por el contrario, su ejecución en manos empresariales expertas, a las que se puedan exigir todas las responsabilidades. Ello evita, además, a la Administración innecesarias expansiones de sus aparatos organizativos operativos —sin garantía de suficiente grado de continuidad en su necesidad— y permite, en cambio, coadyuvar a potenciar el desarrollo de un sector privado vigoroso e innovador en el importante ámbito de la construcción. Esto último tiene ya que ver incluso con la debida garantía de la libertad de empresa (art. 38 de la Constitución), que el artículo 9.2 de la Constitución obliga también a procurar que sea real y efectiva y a no obstaculizarla, sino, muy al contrario: a *remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud*.

La ruptura del principio del artículo 153 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas podría ser quizás además objetable, por otra parte, en relación con el principio de *interdicción de arbitrariedad* de los Poderes públicos, del artículo 9.3 de la misma Constitución, puesto que no resulta fácil detectar cuál pueda ser la razón proporcionada que lleve a romper para las carreteras y obras hidráulicas lo que las mismas leyes del Estado vienen manteniendo como principio general de todas las obras públicas, como mínimo, desde hace más de siglo y medio de historia de nuestro Derecho público (9).

---

(9) El principio del contratista interpuesto no es, desde luego, como tal y propiamente hablando, un principio constitucional, como dice expresamente DE LA CUADRA en *loc. cit. supra*, pero el orden constitucional en sí mismo y en su aplicación a la realidad jurídica actual, en la que el legislador estatal sigue sosteniendo como principio general ese criterio, no parece enteramente indiferente, desde luego, a su efectividad.

III. SUSTRACCIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS  
AL RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: DEBILITAMIENTO  
DE LA CONVENIENTE PROTECCIÓN DEL INTERÉS GENERAL  
Y DE LA IGUALDAD DE LAS EMPRESAS EN LA OBTENCIÓN DE CONTRATOS

1. Las obras públicas están vinculadas por definición, en nuestro Derecho, al *general uso y aprovechamiento, o a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos*, como aún sigue diciendo nuestra veterana Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877. Entre las primeras se cuentan, desde luego, las relativas a las *carreteras* (los «*caminos... ordinarios*») (10) y las *obras hidráulicas* —los «*grandes canales de riego, los de navegación y los trabajos relativos al régimen, aprovechamiento y policía de las aguas, encauzamiento de los ríos, desecación de lagunas y pantanos y saneamiento de terrenos*» (11)—. Todas ellas guardan, en todo caso, estrechísima relación con el *dominio público* (12), al que, como es conocido, el artículo 132 de la Constitución reserva un régimen jurídico específico, que ha de determinar la ley.

Qué duda cabe de que la «construcción» de un bien demanial o su modificación habrá de caer bajo ese régimen jurídico. Y qué duda puede haber de que, si ha de haber un régimen específico del demanio, habrá de tener la caracterización propia del Derecho público y traducirse, en consecuencia, en la conformación de ciertas potestades públicas. Las actuaciones, en efecto, en materia de obras públicas se traducen o se sustentan en el ejercicio de potestades públicas, y nada tienen que ver en cuanto tales con actuaciones de tipo económico-mercantil, sin perjuicio de que éstas puedan tener su espacio en el ámbito de los suministros o de los servicios (*lato sensu*) necesarios para su realización y conservación materiales, siempre bajo el control de aquellas potestades.

2. No es casual que, si hay una figura de contrato que pueda señalarse como *pública* por antonomasia en nuestra tradición jurídica, sea, sin duda, la del *contrato de obra pública*, que ha sido también el

---

(10) El artículo 12 de la Ley de Carreteras 25/1988, de 29 de julio, reafirma la caracterización de las obras de construcción, reparación o conservación de carreteras estatales como obras públicas, y de interés general.

(11) Sobre el concepto de obra hidráulica, vid. recientemente A. EMBID IRUJO, «Régimen jurídico de las obras hidráulicas. Planteamientos generales», en la obra colectiva por él dirigida, *Las obras hidráulicas*, Cívitas, Madrid, 1995, págs. 62-78.

(12) Vid., en el mismo sentido, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Las obras públicas*, núms. 100-102, vol. III, de esta REVISTA, pág. 2448.



modelo de los contratos que en nuestro Derecho se llaman, como en el francés, *administrativos* (13).

3. Si los bienes de uso o de servicio público —el dominio público en nuestro Derecho (arts. 339 del Cc y 79.2 de la Ley 7/85, reguladora de las Bases de Régimen Local)— están bajo la titularidad pública, parece imprescindible que cualquier decisión sobre ellos, empezando, en su caso, por su construcción o conformación mediante la pertinente obra, haya de corresponder a la Entidad pública que ostente esa titularidad. La decisión de encargar cualquier obra pública a un tercero no puede ser, por lo mismo, sino una decisión *pública*, siendo por ello el contrato de obra pública un contrato necesariamente público, es decir, de los que se definen por ser adjudicados o *constituidos* por una Administración Pública (14).

4. Y aunque, sin embargo, la ejecución de obras públicas puede ser también objeto, total o parcialmente, en algunos supuestos, de contratos privados, en cuanto celebrados por y entre sujetos particulares o personas jurídico-privadas, ello sólo se admite bajo muy determinadas condiciones que comportan siempre una inicial decisión pública y el mantenimiento del pertinente control público. Es lo que ocurre cuando una persona privada —real y no sólo formalmente distinta de la Entidad titular de la obra— es previa y legalmente habilitada para tales actos de gestión sobre determinada obra pública, lo que sólo podrá acontecer mediante el oportuno contrato público previo (15).

---

(13) Tomás Ramón FERNÁNDEZ ha recordado la influencia del concepto y régimen de la obra pública en distintas instituciones iusadministrativas, y en particular en los contratos administrativos (*op. cit.*, págs. 2434-2438).

Es bien sabido que toda la teoría y régimen de los contratos públicos y administrativos en España procede en gran medida de una generalización de las reglas que se han aplicado ante todo a este tipo contractual, y buena prueba de ello es que aún hasta la Ley 13/95, la regulación del contrato de obra que se contenía en la Ley de Contratos del Estado de 1965 cumplía una expresa función supletoria de todos los contratos administrativos y, en general, públicos, en virtud de sus artículos 4, 67 y 84, e incluso del último párrafo del artículo 2.

(14) Sobre el concepto de contrato de obra pública a este respecto, vid. nuestro estudio sobre «El contrato de obras públicas ante el Derecho comunitario», en J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y J. C. LAGUNA DE PAZ (coords.), *Contratación pública* (Jornadas de Valladolid, 27-29 de enero de 1993), Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 193 y s., 196 ss. y 218 ss.

(15) Tal es el caso, hoy claramente regulado en el artículo 133 de la Ley 13/95, de los contratos de los *concesionarios particulares de obras públicas*, que, a diferencia del supuesto en que el concesionario de una obra pública sea también alguna de las *Administraciones Públicas*, al que se refiere el artículo 132 —en cuyo caso los contratos del concesionario serán también lógicamente públicos, sujetos *íntegramente* a la citada Ley—, tendrán la naturaleza jurídico-privada que les corresponda, sin perjuicio de que su celebración deba sujetarse como regla general a las *normas de publicidad establecidas en el artículo 135.2* de la misma Ley 13/95, si su cuantía es la que hace entrar en aplicación la Directiva comunitaria 93/37.

En todos estos casos, como se trata de contratos entre personas jurídico-privadas, ninguna duda ofrece que debe tratarse de contratos privados. Las responsabilidades de la Administración titular del bien público quedan, sin embargo, debidamente aseguradas mediante los mecanismos previstos en la Ley relativos al contrato público administrativo de obras (con o sin concesión, en sentido estricto, de la obra pública), sin el que ningún sujeto privado puede, obviamente, adoptar medida alguna sobre ningún bien público o en relación con obra pública alguna.

5. Hay que subrayar, en cambio, que cuando es la propia Administración la que, en *gestión directa o por administración*, se ocupa excepcionalmente de la ejecución de una obra pública de la propia competencia (lo mismo que ocurre cuando su actuación al respecto lo es en virtud de una concesión), y ello *se efectúe mediante contratos de colaboración con empresarios particulares, estos contratos* —dice la misma Ley 13/95, en su art. 154.3— *tendrán carácter administrativo y, por ende, obviamente, público, aunque no constituirán contrato de obras, ya que la ejecución de las mismas estará a cargo del órgano gestor de la Administración*. Cualquier contrato que celebre una Administración tiene que ser, precisamente por eso mismo, *público*, quedando, en consecuencia, sometido a la Ley 13/95, en virtud de su artículo 1.

6. Al permitir la Ley 13/96 que comentamos que sean las sociedades mercantiles al efecto constituidas por el Estado quienes contraten las obras o los servicios necesarios para su construcción o/y explotación, de suyo, y sin perjuicio de lo que más adelante diremos sobre los paliativos establecidos en la misma Ley, se está incurriendo en el fraude de encomendar a una personificación formal jurídico-privada, y, con ello, artificialmente *privatizando* (remitiendo al Derecho privado), una actuación que debería ser —y en realidad, sustantivamente, sigue siendo— netamente pública (16). La Ley 13/96 está abriendo una brecha por donde podría vaciarse prácticamente —o burlarse— cuanto exige el Derecho de la contratación de las obras

---

Naturaleza privada tendrán también las cesiones de contratos y la subcontratación que los artículos 115 y 116 de la Ley 13/95 permiten, con algunas restricciones de *ius cogens*, a los contratistas de la Administración que sean personas jurídico-privadas.

(16) Y, como tal, sometida a las normas jurídico-públicas con las que se trata de asegurar tanto el interés general en que sólo se contrate lo que este mismo justifique y con los contenidos —también económicos— que mejor le satisfagan, como los derechos iguales de los ciudadanos ante cuanto supone e implica la consecución de ese tipo de contratos sobre bienes públicos. El Derecho privado no proporciona de suyo estas garantías, que son justamente las específicas del Derecho público, su misma razón de ser.

públicas, hoy establecido esencialmente en la Ley general reguladora de los contratos de las Administraciones Públicas.

#### IV. SUSTRACCIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS AL RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: DEBILITAMIENTO ADICIONAL DE LA CONVENIENTE PROTECCIÓN DEL INTERÉS GENERAL EN SU EJECUCIÓN

1. Todos los contratos *públicos* de obras públicas o que tengan por objeto obtener determinadas colaboraciones parciales de otros sujetos para su efectiva realización tienen, además, en Derecho español, y por muy buenas razones, naturaleza de *administrativos*, con lo que ello comporta de especificidad sustantiva en cuanto al régimen jurídico-público del vínculo contractual *in facto esse* (art. 7 Ley 13/95), y no sólo de sometimiento al Derecho administrativo del contrato *in fieri*, lo que es propio de cualquier contrato *público* (arts. 7 y 9 Ley 13/95) (17).

Cualquier contrato de un Ente público sobre una obra pública sobre la que tenga responsabilidades y, consiguientemente, competencia —tanto propia como concedida— no puede ser sino *administrativo*.

2. En rigor, ello debe querer decir que, como certeramente expresaba el artículo 4 de la derogada Ley de Contratos del Estado, en su regla 2.<sup>a</sup> —sustituida hoy con ventajas e inconvenientes por la letra *b*) del artículo 5.2 de la Ley 13/95—, se trata de contratos a los que hay que someter a un régimen jurídico-público específico *por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público* en su desarrollo o ejecución, o, en fin, porque, como dice ahora el mencionado artículo 5.2.*b*) de la Ley 13/95, han de *satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia* de la Administración contratante.

Todos los mecanismos que constituyen el régimen específico de *prerrogativas* administrativas y garantías del contratista (art. 60 Ley 13/95, destacadamente), propios del contrato administrativo, tienen esa razón de ser y a ella han de servir.

---

(17) Ya hemos recordado que el contrato de obra pública es en nuestro Derecho el contrato administrativo por antonomasia, y como administrativo se sigue calificando en el artículo 5.2 de la Ley 13/95. Pero también hemos visto que el artículo 153.3 de esta misma Ley califica igualmente como *administrativos* los contratos de colaboración con empresarios particulares que celebre la Administración competente para ejecutar *por administración* una obra pública, que habrán de ser distintos del típico contrato de obra pública. Y, aunque no se diga explícitamente en el texto, lo mismo parece que habrá que afirmar respecto de los contratos de obras que adjudiquen las Administraciones Públicas como concesionarias a tenor del artículo 132.

3. Es contrario a la debida protección de los intereses públicos en nuestro Derecho que una obra pública —la integridad de su ejecución o aspectos de ella— se ponga por la Administración en manos de particulares sin sumisión a los principios y exigencias propios de los contratos administrativos, sin garantías que aseguren que la Administración podrá adoptar sobre ella las medidas que en cada momento haga necesario el interés público.

4. Pues bien, el artículo 158 de la Ley de medidas 13/96 pone a esas nuevas *sociedades estatales* —sujetos formalmente privados, cuyos contratos lógicamente no podrán ser *públicos*, sino que serán por definición privados, tanto *in fieri* como *in facto esse*— en condiciones de poder celebrar todo tipo de *contratos con terceros para la construcción de las carreteras estatales* (ap. 3) y *obras hidráulicas* (ap. 5).

Que con ello se debilita de suyo adicionalmente la debida protección del interés general que justifica todo el régimen propio de los contratos administrativos, y que debe aplicarse allí donde es necesario, resulta evidente.

5. Consciente quizás el legislador de algunos de esos problemas, no ha dejado de tomar algunas cautelas. El apartado 2 del mismo artículo 158 de la Ley 13/96 impone la necesidad de unos *convenios ad hoc* entre la Administración General del Estado y las sociedades estatales de que se trata, que sólo el Consejo de Ministros podrá autorizar, y a condición de contar con el previo informe *favorable* del Ministerio de Economía y Hacienda, en los que, entre otras cosas, deberán preverse *las potestades* que se reservará la Administración *en relación con la dirección, inspección, control y recepción de las obras, cuya titularidad corresponderá en todo caso a la misma*.

Ahora bien, con ser esto algo y no poco importante, su comparación con las prerrogativas que el artículo 60 de la Ley 13/95 reconoce a la Administración en los contratos administrativos —especialmente el *ius variandi* y la potestad de resolución, que reciben mayores concreciones para el contrato de obras en los arts. 146 y 150 y ss.— muestra enseguida su insuficiencia. Es bastante más lo que, de modo general, garantiza la Administración ordinariamente a través de los contratos administrativos de obra pública, incluso en el caso de que luego el concesionario o el contratista subcontraten o cedan partes de su contrato a terceros.

6. Tampoco comporta una garantía de protección suficiente el que se prevea en el artículo 158.3.b) la necesaria inclusión en los contratos que las sociedades estatales instrumentales celebren con

terceros, de las *cláusulas* que resulten pertinentes para la adecuada *defensa* por las mismas sociedades estatales y por la Administración General del Estado de los *intereses públicos afectados*. Esta «solución» presenta, además, otros inconvenientes sobre los que hemos de volver más abajo.

V. LÍMITES LEGALES Y CONSTITUCIONALES A LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DE LOS PODERES PÚBLICOS POR MEDIO DE SOCIEDADES MERCANTILES PROPIAS INTERPUESTAS: CONSECUENCIAS NEGATIVAS RESPECTO A LA ADMISIBILIDAD DE DEFERIR A SOCIEDADES INSTRUMENTALES LA CONTRATACIÓN NECESARIA PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

1. A la postre, el problema encaja en el más amplio de los límites que deban reconocerse legal y constitucionalmente a la posibilidad de realizar actividades de los Poderes públicos por medio de sociedades mercantiles *propias* interpuestas.

La legislación venía siendo hasta ahora ciertamente poco explícita, aunque ya existían normas que no deberían desconocerse.

2. Nada decía ni dice, desde luego, la Ley General Presupuestaria sobre el objeto que puedan tener las *sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de la Administración del Estado o de sus Organismos Autónomos y demás Entidades estatales de Derecho público*, contempladas en su artículo 6.1.a), y a las que se aplicarán principalmente sus artículos 87 y ss. (18).

3. Con todo, no puede olvidarse que el artículo 4 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas precisaba en cuanto a las *empresas nacionales* que su creación habría de tener por objeto *la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transportes u otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas*.

Este ha sido, sin duda, el ámbito que se ha considerado tradicionalmente adecuado para las sociedades mercantiles en mano pública, que habrían de ser por eso auténticas *empresas públicas*.

---

(18) Máxime teniendo en cuenta la laxa previsión del artículo 3 de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuyo texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/89, de 22 de diciembre, se afirma para ellas cualquier tipo de *objeto* (a condición, claro está, de que, como se desprende expresamente de su artículo 34, no sea *ilícito o contrario al orden público*).

4. Las actividades económicas de que se trata no tenían ni tienen necesariamente, sin embargo, que encomendarse a sociedades mercantiles públicas en nuestro Derecho, puesto que tanto la misma Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 (art. 2) como la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 (arts. 106 y ss.) y la Ley General Presupuestaria —art. 4.1.b)— han venido admitiendo expresamente otras modalidades organizativas formales —en concreto, tanto los Organismos Autónomos como los Servicios administrativos sin personalidad— para las *empresas públicas* que, como tales, se dediquen a aquéllas. Pero es claro que la forma societaria mercantil se adecúa en principio mejor al ejercicio de actividades de tipo económico, y en particular si se trata de actividades propiamente *mercantiles* a realizar en régimen de competencia en el mercado. Hasta el punto de que en más de una ley autonómica —y en más de un escrito doctrinal— aparecen incorrectamente identificados los conceptos de empresa pública y sociedad mercantil en mano pública (19).

5. Pero que las sociedades mercantiles sean cauce idóneo para las actividades económicas no implica de suyo que no puedan servir para otras actividades. En el mejor de los casos, sólo del antes citado artículo 4.º de la LEEA podríamos deducir *a contrario* una prohibición legal general de que las sociedades mercantiles en mano pública puedan tener por objeto algo que no sea una de esas actividades económicas.

6. Sin embargo, una vez más, esa modesta pero tan certera norma jurídica que es el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 sí que contenía ya —y contiene— un precepto bien claro que impide que las Entidades Locales encomienden a sociedades propias o bajo su influencia dominante el ejercicio de funciones públicas: su artículo 69.1 dispone imperativamente y sin ambages que *serán atendidos necesariamente por gestión directa sin órgano especial los servicios que impliquen ejercicio de autoridad* (20).

---

(19) Sobre la cuestión se encontrarán referencias en J. C. LAGUNA DE PAZ, *Las empresas públicas de promoción económica regional (La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas)*, Montecorvo, Madrid, 1991, págs. 349-370, y en la extensa obra reciente de Encarnación MONTOYA MARTÍN, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

(20) Ni siquiera caben las otras formas de gestión directa que prevé para otras actividades el Reglamento: la gestión de la propia Corporación «con órgano especial de administración», o la que lleve a cabo mediante Fundación Pública de Servicio (hoy Organismo Autónomo) o mediante sociedad privada municipal o provincial (arts. 67 y ss.).

No hay, por lo demás, razón para pensar que este precepto no conserva su vigencia en el ámbito local (además de aflorar un auténtico principio jurídico-administrativo general). Aunque el artículo 85 de la Ley 7/85, de Bases de Régimen Local, sólo se refiere, en su

7. La nueva LOFAGE (*Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*, «BOE» del 15) introduce ahora ya también, sin embargo, una previsión explícitamente limitadora del objeto de las sociedades mercantiles estatales, cuya importancia hay que destacar porque, en la buena línea, viene a explicitar lo que hasta ahora sólo podía considerarse, en el mejor de los casos, implícito en la legislación general (21).

8. Ciertamente es, sin embargo, que si esa prohibición no tiene más rango formal que el que corresponde a una ley ordinaria reguladora de la actividad de la Administración del Estado, difícil será evitar que no pueda ser excepcionada por otras leyes posteriores en relación con el propio Estado, además de no vincular necesariamente a las Comunidades Autónomas.

Hemos dicho que debería reconocerse ahí un auténtico principio jurídico-administrativo no excepcionable, pero hay que reconocer que tal principio sólo quedará garantizado el día que se recoja en la Constitución o, al menos —y por las razones que más arriba expusimos—, en la legislación básica sobre régimen de las Administraciones Públicas que el Estado tiene potestad de dictar al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución (22).

9. Hay que preguntarse, sin embargo, si no podríamos encontrar ya en la misma Constitución, siquiera sea implícitamente, ese

---

apartado 2, a la clásica prohibición de que *los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad* se presten mediante gestión indirecta (también contenida en el Reglamento de Servicios, art. 43.1), y no establece criterio alguno sobre el uso que pueda o no hacerse de las modalidades de la gestión directa que se recogen en el apartado 3, no parece que deba interpretarse tal silencio como obstáculo de una regulación reglamentaria como la contenida en el mencionado artículo 69.1 del Reglamento de Servicios.

(21) En efecto, su *Disposición adicional duodécima, además de disponer —con no muy elogiable precisión— que las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación* —que habrá que presumir se refiere a la correspondiente normativa del sector público, aunque condicionándose su aplicación a lo que ella misma disponga a tal propósito—, concluye con una afirmación de indudable trascendencia: *En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.*

Se explicita con ello, como decimos, algo que debería ser erigido en auténtico principio limitador de los Poderes públicos en cuanto a la utilización instrumental de sociedades mercantiles para su actuación.

(22) En otros momentos hemos criticado la Ley 30/92, de 26 de noviembre, que auto-denominándose *de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* y pretendiendo expresamente —según se desprende de su art. 1.º— establecer y regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, se quedó cortísima en la realización de tal objetivo, dejando fuera muchísimos aspectos muy importantes de lo que deberían considerarse auténticas bases del régimen jurídico de cualesquiera Administraciones Públicas (en cuanto a los modos y formas de su actuación, régimen de sus bienes, etc.).

principio que impidiese al Legislador abrir cauces para el uso de las sociedades mercantiles para actividades de los Poderes públicos —específicamente, de las Administraciones Públicas— no estrictamente económicas o, más precisamente, no sometidas al mercado o a una situación fáctica real o potencialmente concurrencial. Y, desde luego, creemos que debe afirmarse, con la doctrina que viene hablando, en unos u otros términos, de una garantía constitucional del Derecho administrativo (23), que la Constitución no permite instrumentar actividades que son expresión del ejercicio de potestades públicas —auténticas *funciones públicas*— en forma societaria mercantil, con lo que ello supone, en principio, de remisión en bloque de su régimen al Derecho privado.

10. En efecto, y aun sin pretender tratar ahora el tema de forma exhaustiva, conviene recordar que, según nuestra Constitución:

a) La Administración ha de ejercer su actividad *con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*, previsión específica del artículo 103.1 de la ley fundamental, que suele entenderse con toda razón como expresiva, entre otras cosas, de la vinculación no sólo negativa sino positiva —intrínseca y exhaustiva, y no meramente limitativa o extrínseca— de la acción administrativa a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico (arts. 9.1 y 9.3), de modo que sólo puede llevar a cabo aquello que la Ley y el ordenamiento le autorizan y con el alcance y en la forma que se disponga a tal efecto (24).

---

(23) Tuvo especial resonancia el planteamiento inicial de Silvia DEL SAZ en «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional», en el conocido librito de Carmen CHINCHILLA, Blanca LOZANO y la propia Silvia DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992, especialmente págs. 172-186. La misma autora ha vuelto luego sobre el tema, sobre el que se han pronunciado, asimismo, otros muchos. Vid., por todos, J. C. LAGUNA DE PAZ, *La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo*, núm. 136 de esta REVISTA, 1995, y Ramón PARADA, *Derecho administrativo. Parte general*, vol. I, 8.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 28-35.

(24) Esta es la razón de que implícitamente el artículo 103.1 esté, sin duda, refiriéndose al *Derecho administrativo* cuando habla del *sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*. Hay autores que han afirmado que sobre la proclamación del artículo 103 de la sujeción de la Administración a la ley y al Derecho no se puede defender ninguna especie de *reserva* de la Administración al Derecho administrativo, como Ignacio BORRAJO INIESTA, en *El intento de huir del Derecho administrativo*, «REDA», núm. 78, 1993, quien confía en la capacidad del Derecho privado, con algunas modulaciones resultantes de su aplicación a la Administración e introducidas básicamente por vía jurisprudencial, para asegurar lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución. Pero esto no es cierto. En nuestro sistema jurídico, llamamos precisamente Derecho administrativo a la parte del ordenamiento que se ocupa de ordenar y regir tendencialmente de modo completo el ser y operar de las Administraciones Públicas: sólo él contiene la regulación configuradora y habilitante que la Administración requiere para existir y actuar en el Estado de Derecho; el Derecho privado no contiene determinaciones al respecto y, por lo tanto, no puede entenderse incluido en el Derecho al que se somete plenamente la Administración sino en la medida en que el propio



b) Los *Tribunales de Justicia* (de la Jurisdicción contencioso-administrativa, según puede desprenderse del art. 153) han de controlar esa plena sumisión de la Administración a la *legalidad* —arts. 106.1 y 153.c)—. La amplitud e intensidad del control judicial sobre la actuación administrativa se corresponde con la de su sumisión positiva al ordenamiento jurídico.

c) Entre los elementos más esenciales del ordenamiento que vincula a la Administración destacan la necesidad de que su actuación *sirva de modo objetivo a los intereses generales* predeterminados en aquél (art. 103.1) (25) y *se justifique* causalmente en ellos de forma suficientemente proporcionada o adecuada (art. 106.1). Y ello de tal modo que pueda ser verificado por los Tribunales de Justicia, en caso necesario (art. 106.1), con lo que eso comporta desde el punto de vista de la necesidad de una formal y expresa motivación de los actos, cuya exigibilidad se refuerza por la aplicación general a todos los Poderes públicos del principio constitucional de *interdicción de la arbitrariedad* (art. 9.3).

d) El principio constitucional de *igualdad* vincula con especiales acentos a la Administración en toda su actuación, imponiéndola específicas formas a su actuación que la salvaguarden. Esa igualdad se proyecta tanto respecto a los beneficios como respecto a las cargas que puedan derivarse de su actuación (arts. 1, 14, 31, 33.3, 106.2, etcétera).

e) Los *actos administrativos deben producirse a través de un procedimiento que ha de garantizar, cuando proceda, la audiencia del interesado* —art. 105.c)—, lo que constituye una exigencia típica de la actuación de cualquier Poder público, que es, como tal, desconocida en el Derecho privado.

f) El Estado —y lo mismo ocurre con las demás Entidades públicas— sólo pueden actuar sometiéndose en sus *gastos* a las *previsiones presupuestarias públicas debidamente aprobadas* (art. 134).

---

Derecho administrativo se remita expresa o implícitamente a él para determinadas regulaciones. Nos hemos ocupado de estos aspectos fundamentales en nuestra *Introducción al Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986.

La Administración carece de libertad y se caracteriza precisamente por la sujeción, por su condición de servidora. Lo que se explica, además, por la posición fundamental y central que corresponde a la persona humana, a su libertad y a sus derechos fundamentales, en nuestro sistema constitucional, para cuyo servicio y garantía se configuran todos los Poderes públicos (art. 10.1) del Estado de Derecho (art. 1.1), de modo que *sólo la ley* podrá regular el ejercicio de esos derechos y libertades (art. 53.1) y habilitar en consecuencia las posibilidades de actuación de los Poderes públicos para su garantía o incluso para su promoción e impulso (art. 9.2) conforme a los postulados del Estado social (art. 1.1).

(25) J. C. LAGUNA DE PAZ subraya la incapacidad del Derecho privado para garantizar la finalización de la actividad de la Administración a la satisfacción de los intereses generales, en *La renuncia...*, cit., pág. 218.

g) Las *funciones públicas* no asignadas a los representantes del pueblo o a sus legítimos comisionados políticos de acuerdo con la Constitución —que, para la Administración, impone además en el artículo 103.1 los principios organizativos de *jerarquía*, *desconcentración* y *descentralización* (todos ellos con elementos que aseguran la primacía del control democrático)— están constitucionalmente reservadas a *funcionarios públicos* cuyo *estatuto* ha de salvaguardar el *derecho fundamental de igualdad en el acceso* (art. 23.2) *de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, un sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones* (art. 103.3).

h) Existe una necesaria regulación legal específica de todos los *bienes públicos*, tanto si son demaniales como si su naturaleza es patrimonial (art. 132), por lo que su tráfico y uso se sujetan a reglas que no serán coincidentes con las del Derecho privado, en una u otra medida.

11. A la vista de todos estos condicionamientos constitucionales (y aun sin atender ahora a otras exigencias específicas que implican los derechos y libertades fundamentales frente a todos los Poderes públicos, y concretamente frente a las Administraciones competentes), es necesario concluir que en nuestro ordenamiento constitucional existe un principio general de sumisión de la actividad de la Administración al Derecho administrativo —en cuanto rama del Derecho que articula y desarrolla todas esas específicas exigencias constitucionales— (26), que sólo podrá excepcionarse cuando la naturaleza misma de la actividad que se trate de desarrollar esté supe-  
ditada a otros principios constitucionales que pudieran resultar contradictorios con los jurídico-administrativos y con arreglo a los cuales pudiera quedar a salvo lo que esencialmente tratan de garantizar éstos (27).

---

(26) Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, en uno de los más recientes artículos sobre el tema de la huida del Derecho administrativo, si bien no comparte la idea de una reserva constitucional en favor del Derecho administrativo, afirma que en el momento presente el único cauce existente en el Derecho español para hacer valer los principios constitucionales esenciales referidos a la actuación de la Administración son el régimen jurídico-administrativo y el enjuiciamiento de ese actuar por la Jurisdicción contenciosa (*Reflexiones sobre la «huida» del Derecho administrativo*, núm. 140 de esta REVISTA, 1996, pág. 41).

(27) Este sería el caso de las actividades resultantes de la *iniciativa pública en la actividad económica* (art. 128.1), cuando se ejercieran *en régimen de competencia real o jurídicamente potencial en el mercado*, y sólo realmente en tales casos. Vid. en el mismo sentido S. DEL SAZ, *op. cit.*, págs. 179-182. También, J. C. LAGUNA DE PAZ, «La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades», en *Administración instrumental. Libro homenaje a M. F. CLAVERO ARÉVALO*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 1229, y J. M. SALA ARQUER, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, «REDA», 75, 1992, pág. 408.

Cabría quizás admitir también la excepción en el supuesto del desarrollo de otras acti-

12. La actividad consistente en construir o incluso «explotar» carreteras u obras hidráulicas del mismo Estado que controla y dirige la sociedad interpuesta, así como adjudicar los contratos que fuera necesario para ello, nada tiene que ver, realmente, con lo que son las actividades propiamente *prestacionales* económicas o de cualquier otra especie (que requieren prestaciones hacia terceros, aquí en puridad inexistentes), y menos aún puede afirmarse que constituyan una actividad *mercantil* o de dación de bienes o servicios al mercado. Se trata, por el contrario, de actividades que, en cuanto realizadas bajo el mismo y único poder decisorio de la Administración, son y no pueden dejar de ser sino actividades netamente administrativas, que, en parte, comportan ejercicio incluso de potestades públicas, y que en todo caso deben sujetarse a los *privilegios en menos* de los que hablara hace tantos años ya el profesor RIVERO, imprescindibles en todo Estado de Derecho.

13. Desde luego, si la tarea principal de las sociedades del artículo 158 de la Ley 13/96 fuese la pura y simple contratación de las obras, sería aún más evidente lo inadmisibile del intento de sustraer tal contratación al Derecho público.

Además de lo ya dicho antes, y como hemos expuesto en otros lugares, hay que insistir en que la constitución de cualquiera de los contratos que la Administración celebra —imprescindibles, de ordinario, para las obras públicas, como hemos dicho— se produce como efecto del ejercicio de una potestad pública específica por parte de la Administración *contratante*, que, en efecto, es la que constituye unilateralmente el contrato al perfeccionarlo mediante el pertinente acto *administrativo* de *adjudicación*, tal y como hoy se afirma con rotundidad y de modo general por el artículo 54 de la Ley 13/95 (28).

---

vidades prestacionales —tales como las asistenciales, culturales, etc.— en esas condiciones concurrentes con otras iniciativas. Pero la relevancia de otros derechos fundamentales —en materia de educación, por ejemplo— comportará exigencias que harán muy difícil tratar las actividades económicas como las meramente económicas. Y, desde luego, en todo caso cuando están en juego auténticas funciones públicas, que comportan ejercicio de potestades públicas, no es constitucionalmente admisible la remisión pura y simple al Derecho privado que comporta su asignación a sociedades mercantiles en mano pública. Y así debería disponerse expresamente, como dijimos más arriba, en nuestra legislación básica sobre el régimen de las Administraciones Públicas para mayor claridad.

(28) Hemos expuesto este criterio en «Examen de la contratación de los Entes instrumentales. Estudio especial de Derecho comunitario», en *Cuadernos de Derecho Judicial (Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 370, aunque lo tratamos más extensamente en la colaboración que hemos remitido a Buenos Aires en octubre de 1995 para el *Libro homenaje al profesor MARIENHOFF*, bajo el título «Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y sus consecuencias».

Contratar una obra pública como la construcción de una carretera o una obra hidráulica

A la contratación de obras públicas —en la que están implicadas todas las razones que justifican la reserva de determinadas actuaciones a la Administración Pública— deben aplicarse, en suma, todas las exigencias constitucionales propias de las funciones públicas administrativas.

14. De hecho, la Ley de Carreteras de 1988, que en su artículo 16.2 admite la posibilidad de su *explotación por cualquiera de los sistemas de gestión indirecta de los servicios públicos que establece la Ley de Contratos del Estado* (29), aunque tras afirmar en el artículo 16.1 —y conviene recordarlo, siquiera sea incidentalmente— que, *como regla general*, será el Estado quien *explotará directamente las carreteras a su cargo* (tanto en forma gratuita como, excepcionalmente, con peajes), en ninguna parte da el menor pie para que pueda pensarse que admite la contratación de la construcción de carreteras (o de propia explotación) por persona interpuesta alguna.

#### VI. UN PALIATIVO INSUFICIENTE Y CONTRADICTORIO, INAPROPIADO Y PERTURBADOR: LA REPUBLICACIÓN PARCIAL DE LA CONTRATACIÓN «PRIVATIZADA» DE OBRAS PÚBLICAS

1. Consciente en alguna medida de lo que aquí se viene sosteniendo —y de los imperativos, por cierto, del Derecho comunitario, que prevalecen sobre nuestras leyes, en virtud de la superior rigidez formal del Tratado constitutivo de la Comunidad en que se apoyan—, y quizás para tratar de salvar la cara, la Ley 13/96 ha pergeñado un complicado régimen jurídico para la contratación de las sociedades estatales del artículo 158 que fuere necesaria para la construcción de las carreteras o de las obras hidráulicas que correspondiese.

Todo parece indicar que, tras la decisión de abrir la vía a la actuación en este campo mediante modos de organización y de gestión de

---

ca es, pues, ejercer una potestad pública, ejercer *autoridad* —por decirlo con un término empleado a veces en la legislación sobre contratos públicos—, y esto es algo que debe considerarse constitucionalmente reservado a la Administración Pública, a las Entidades o Personas jurídico-públicas, sin que, en modo alguno, pueda deferirse a personas jurídico-privadas instrumentales.

(29) La expresión es bastante incorrecta. En realidad, habría que entender aplicable no el régimen del contrato de gestión de servicios públicos, sino el del contrato de concesión de obra pública, en su caso, o el de los contratos de servicios que la Ley 13/95 ha incorporado a su regulación, trasponiendo también la correspondiente Directiva comunitaria.

tipo privado (mercantil, laboral, civil), se da como marcha atrás, *republicando* esta modalidad de actuación, aunque dentro de los parámetros básicos que comporta la figura jurídica elegida de las sociedades mercantiles. Ello produce una inevitable distorsión de las instituciones jurídicas afectadas, con el consiguiente perjuicio para la seguridad jurídica que es inherente a las manipulaciones de este corte (30).

2. Pero, además, esa *republicación* es, como era de esperar, limitada e insuficiente, con lo que tampoco quedan suficientemente cumplidas las exigencias que en este campo impone a la actuación de la Administración la Constitución y los principios generales del Derecho. Y ello aun cuando, si se comparan los puntos de la *republicación* determinados en el artículo 158.3.a) de la Ley 13/96 (31) con los que se indican en el, por otras razones, errático artículo 2.1 de la Ley 13/95, se encontrará una sugerente coincidencia que, sin embargo, nada resuelve (32). Las diferencias entre

---

(30) Difícilmente se podía haber diseñado algo, a nuestro juicio, más difícilmente justificable. Se crean o utilizan unas sociedades *mercantiles* bajo influencia dominante pública —cuando no puras prolongaciones artificiales de las mismas oficinas públicas a las que se recubre de una personificación mercantil diferenciada— para, a renglón seguido, como ya hemos adelantado, adular y desvirtuar el modo privado de contratar, sometiéndolas a exigencias típicamente jurídico-administrativas, completamente ajenas al *modus operandi* de los sujetos mercantiles en sus relaciones contractuales *inter privados*, y rematando el desaguado nada menos que sometiéndolas a tales contrataciones, en todo su *fieri*, a la Jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo objeto es, como bien se sabe, conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias (artículo 1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, que pasará, con identidad sustancial, al artículo 1.1 del Anteproyecto de nueva Ley de esa misma Jurisdicción [«Boletín de Información del Ministerio de Justicia», suplemento a núms. 1788-89, de 15 de enero de 1997, pág. 176], y artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Si, en realidad, no se quisiera *huir* del Derecho administrativo, ¿para qué abrir este portillo —o esta puerta grande— a estas sociedades interpuestas? ¿Qué se busca con ellas? ¿Dónde está su justificación, realmente, si es que hay alguna que verdaderamente lo sea y no se quede en mera excusa.

(31) En cuya virtud, a la contratación de las sociedades estatales con terceros para la construcción de las carreteras estatales *se aplicarán las prescripciones de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y de las disposiciones que la desarrollen, en lo concerniente a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación.*

(32) El mencionado artículo 2.1 procede de una precipitada enmienda del Grupo Socialista en el Congreso al Proyecto de Ley que había presentado el Gobierno respaldado por ese mismo Grupo tiempo antes (y por dos veces), y no hay más remedio que afirmar que no responde a lógica alguna que resulte inteligible o que pueda justificarse racionalmente.

Se refiere el precepto a *las entidades de derecho público no comprendidas (...) en el artículo 1* de la misma Ley 13/95, es decir, a las que, sin ser Organismos Autónomos pero teniendo personalidad jurídico-pública propia y naturaleza institucional, hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de carácter industrial o mercantil.

Tales entidades, en consecuencia, dado su objeto, no están en principio sometidas a las Directivas comunitarias sobre contratación pública, puesto que excluyen expresamente de

las *entidades* de este precepto y las *sociedades* de aquél son evidentes (33).

3. En una correcta interpretación del artículo 1.*b*) de la Directiva 93/37, sobre los contratos públicos de obras, habría que afirmar que, en efecto, esta Directiva debería estimarse de aplicación a los contratos de obras que adjudicasen las sociedades estatales del artículo 158 de la Ley 13/96 si su valor alcanzara al menos los correspondientes 5 millones de Ecus, porque encajarían en el concepto de *Organismo de Derecho público* de la Directiva y no tendrían objeto mercantil (34). Algo análogo cabría decir de los contratos de suministros o de servicios que celebraran para la construcción o «explotación» de las carreteras y de la obra hidráulica, en relación con las Directivas 93/36 y 92/50.

Es evidente, sin embargo, que la Ley 13/95 (art. 1.3 y Disposición adicional 6.<sup>a</sup>) ha excluido a las sociedades mercantiles públicas de cualquier sumisión a sus preceptos —incluidos los que trasponen las

---

su ámbito a los *Organismos de Derecho público* con tal objeto mercantil (cfr. nuestros estudios «Examen de la contratación de los Entes instrumentales...», cit., págs. 388 y ss., y «El contrato de obras...», cit. *supra*, pág. 220). Ninguna necesidad había, pues, de someter su contratación a estas normas, como parece querer hacer el citado artículo 2.1, que limita incluso su aplicabilidad no sólo a los principales puntos en que inciden las Directivas comunitarias, sino a las contrataciones que alcancen las cuantías presupuestarias sin las que dichas Directivas no resultan exigibles.

La única explicación del artículo 2.1 parece que sería cumplir las Directivas comunitarias. Pero es evidente que éstas no obligan a someter a sus preceptos precisamente esas contrataciones.

Ello no quita para que, a nuestro juicio, las *Entidades de Derecho público* de que se trata debieran haber sido sujetas a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no ya parcialmente y para las contrataciones de cierta cuantía, sino íntegramente. Eso es lo que debería haber establecido la Ley 13/95 y no esa injustificada y hasta absurda distinción que se acabó incluyendo en los artículos 1.3 y 2.1. Como se ha expresado con acierto, «las causas que reclaman una ordenación publicada de la contratación del sector público son más hondas y extensas que los intereses que inspiran las condiciones del Derecho comunitario» (A. PÉREZ MORENO, «La contratación de los entes instrumentales», en R. GÓMEZ-FERRER MORANT *et al.*, *Comentario a la Ley de Contratos...*, cit., pág. 861).

(33) a) Aquéllas son Entidades públicas (aunque *empresariales*, según la nueva terminología de la LOFAGE) y, en cuanto tales, deberían ser consideradas Administraciones Públicas a todos los efectos, como lo hace el artículo 2.2 de la Ley 30/92 (aunque no, ciertamente, a todos los efectos, bien lamentablemente también), el artículo 1.2.c) de la vigente Ley de lo contencioso-administrativo y el artículo 1.2.d) del Anteproyecto de nueva Ley de esta Jurisdicción, de 1997; las *sociedades estatales*, en cambio, del citado artículo 158 son inequívocamente —art. 6.1.a) de la Ley General Presupuestaria, al que remite su ap. 1— personas jurídicas formalmente privadas: no son Administración, sino *de* la Administración, como ya se precisara hace muchos años por la doctrina.

b) Pero, además, mientras que las del artículo 2.1 de la Ley 13/95 han de tener objeto *mercantil*, no podrá calificarse de tal, en rigor, el de las del artículo 158 de la Ley 13/96, en cuanto creadas específicamente para *la construcción y/o explotación de las carreteras estatales* (ap. 1) o de *obras hidráulicas* (ap. 5), pero *no para terceros* realmente distintos de ellas mismas, sino *para la misma Administración* a quien pertenecen.

(34) Cfr. nuestro «Examen de la contratación de los entes instrumentales...», cit., págs. 389-390.

Directivas— y que en los listados oficiales de los *Organismos de Derecho público* de España sujetos a las Directivas, que figuran en sus correspondientes anexos y a los que formalmente hay que estar para decidir sobre el ámbito subjetivo de su aplicabilidad, hoy por hoy, no figuran estas sociedades en ningún caso.

Por otro lado, el artículo 158 de la Ley 13/96 no establece límites en orden a la sumisión a la Ley 13/95 de los contratos de las sociedades que constituyen su objeto, por razón de su cuantía. Toda su contratación le quedará sometida. No puede ser sólo, en consecuencia, una posible razón comunitaria la que inspire esta decisión legislativa, aunque, atendiendo a los puntos que, según su apartado 3.a), deben someterse a la Ley 13/95, parece que el Legislador de la Ley 13/96 tenía delante las exigencias comunitarias y no los principios del Derecho interno sobre la contratación pública, que afectan a otros muchos puntos (35).

4. Con todo, y siendo —repetimos— importante esa sujeción a esos puntos de la regulación general de los contratos públicos, tal sujeción resulta, como decíamos, abiertamente insuficiente desde el punto de vista de las exigencias derivadas de los principios generales e incluso de las normas constitucionales de nuestro Derecho interno, relevantes para la determinación de los requisitos de cualquier contratación propiamente pública.

Son algunas de esas exigencias las que motivan reglas de la Ley 13/95 como las que se refieren a toda la fase procedimental preparatoria, que para nada queda incluida en los puntos aludidos por el artículo 158.3.a) de la Ley 13/96 (36).

Y hay también serias razones que respaldan exigencias de la Ley 13/95 como las relativas al precio de los contratos (art. 14) o las garantías (arts. 36 y ss.).

---

(35) Incluso desde la perspectiva estrictamente comunitaria, el contenido de las Directivas no se agota con lo relativo a la *capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación*. Hay también en ellas exigencias sobre las *prescripciones técnicas* de las prestaciones objeto de los contratos (arts. 10 de la Directiva 93/37, para los contratos de obras; 8 de la Directiva 93/36, para los de suministros, y 14 de la 92/50, para los de servicios), que no encajan en esos escuetos —aunque importantes— puntos.

(36) La necesidad de justificar en el expediente la contratación que se proyecte (art. 13 de la Ley 13/95), los requisitos sobre aprobación del gasto correspondiente (art. 68) o sobre posibles fraccionamientos del objeto (art. 69) —aunque esto último habría que entenderlo aplicable implícitamente, al menos, a todos los contratos de relevancia comunitaria, por imperativo de las Directivas—, los condicionamientos para una tramitación de urgencia (art. 72), o, en fin, los requisitos sobre la aprobación de los proyectos y de los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas particulares (arts. 50 y ss. con carácter general, 122 y ss. para el contrato de obras, etc.).

5. Pero, además, si los contratos relativos a obras públicas que celebren organismos de la Administración —aunque se revistan, por contradictorio que resulte, de personalidad privada— deberían ser de carácter *administrativo* o reunir las garantías para el interés público —y para el contratista— que esta calificación de los contratos públicos lleva consigo, la insuficiencia de los extremos en que los contratos de las sociedades del artículo 158 de la Ley *de medidas* han de someterse a la Ley 13/95 es aún, si cabe, más notoria.

Es cierto que la letra *b*) del apartado 3 de dicho artículo 158 (37) podría servir de base para la inclusión en esos contratos de cláusulas similares a las que especifican a los contratos administrativos en la Ley 13/95 (38). Queda, no obstante, a la discrecionalidad de los órganos de dichas sociedades —salvo que algo se especifique en los *convenios* que debe establecer con ellas el Estado a tenor del apartado 2 del mismo artículo 158— la determinación de las cláusulas pertinentes, sin que deban sujetarse necesariamente a la Ley 13/95.

Además, tratándose de contratos evidentemente *privados* —puesto que no parece que estos contratos puedan reconocerse en puridad ni como públicos ni, menos aún, como administrativos, propiamente hablando, al ser concertados por personas jurídicas privadas—, cabe preguntarse si el texto de esa letra *b*) del artículo 158.3 puede amparar suficientemente cláusulas que contradigan reglas de orden público de la contratación privada como la del artículo 1256 del Cc, en cuya virtud, como se sabe, *el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*.

Y, en fin, cuando se trate de medidas relativas a esos contratos que sólo pudieran legitimarse en una valoración del interés público, ¿podrá admitirse que esa valoración la haga una sociedad mercantil en mano pública? ¿No habría que exigir en tales supuestos una intervención del órgano competente de la Administración General del Estado, que, obviamente, no podría desprenderse de su irrenunciable competencia?

6. Es obvio que, además, esta innovadora modalidad de actuación del Estado llevará a sustraer las correspondientes actuaciones administrativas al personal *funcionario* estatutario que debería reali-

---

(37) *Se incluirán las cláusulas que resulten pertinentes para la adecuada defensa por dichas sociedades estatales y por la Administración General del Estado de los intereses públicos afectados.*

(38) En la línea de lo sostenido por Elisenda MALARET, en *Público y privado...*, cit., págs. 90-98, y, en cierto modo, por I. BORRAJO INIESTA, en *El intento de huir...*, cit. Estas posturas han sido criticadas por Silvia DEL SAZ, en *La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*, núm. 133 de esta REVISTA, 1994, págs. 82-88.



zarlas conforme a lo que se desprende de los artículos 103.3 y 139.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución, implicando también por este lado una dudosa conformidad con nuestro orden constitucional (39).

7. A la postre, ¿tendría algún sentido tratar de liberar a la actuación administrativa de que se trata de las sujeciones, limitaciones y trabas propias del Derecho administrativo, para tener que aceptar la sumisión a un Derecho administrativo «reinventado» por diversas vías? ¿Y es que puede hacerse posible, además, tal absurdo?

La «mayor agilidad», «mejor financiación» (40) y todo cuanto se viene invocando para intentar escapar al Derecho administrativo no son razones que lo justifiquen. La eficacia de la Administración forma parte de los principios rectores de esta rama jurídica, pero ha de alcanzarse sin daño para otros principios no menos esenciales. El Estado de Derecho ha ido modelando el ordenamiento jurídico-administrativo —auténtico Derecho público— cabalmente como el régimen jurídico necesario para conjugar todos esos principios irrenunciables: *dura lex, sed lex*. Siempre se podrán mejorar las soluciones y los ajustes, pero nunca será posible tratar al Poder público y sus ramificaciones como a personas libres si queremos mantener el Estado de Derecho: menos aún, si cabe, cuando ese Estado se determina, además, como social y democrático.

8. La naturaleza y efectos de la contratación de las sociedades de que venimos tratando puede quedar, en cualquier caso, sensiblemente distanciada de lo que cualquier operador jurídico-económico puede normalmente esperar de la contratación de una sociedad mercantil, produciéndose la consiguiente incertidumbre e inseguridad como fruto de esta suerte de *ingeniería* jurídica tan poco o nada justificable (41).

---

(39) Como vienen denunciando Ramón PARADA (*Derecho Administrativo. Organización y empleo público*, vol. II, 10.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 422-427) y Silvia DEL SAZ («Desarrollo y crisis...», cit., págs. 183-185, y *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995).

(40) ¿Es realista esperar que en estas sociedades entre un capital privado no vinculada a empresas interesadas en la ulterior contratación de esas mismas sociedades? ¿No debería evitarse este riesgo?

(41) Es cierto que el sistema jurídico comunitario y nacional sabe ya de supuestos en los que ciertas personas jurídico-privadas han de someterse en algunos de sus contratos a ciertas reglas que son clásicas de la contratación pública (de las Entidades públicas), y concretamente a todas o algunas de esas que se indican en el artículo 158.3.a) de la Ley 13/96, relativas a la capacidad exigible a las empresas que quieran contratar con ellas, la publicidad, los procedimientos de licitación y las formas de adjudicación (además del modo de determinarse las prescripciones técnicas). Ello es especialmente notorio por lo que se refiere a la Directiva 93/38, sobre los contratos en los llamados sectores *excluidos* de las Directivas generales sobre contratos públicos de obras, suministros y servicios. Pero también

9. Lógicamente, la Jurisdicción a la que deben ir los conflictos que suscite la aplicación de contratos entre personas jurídico-privadas no debería poder ser sino la civil. Nada tiene que decir sobre ellos la Jurisdicción contencioso-administrativa y sería un error de percepción injustificable querer traer a estos casos la doctrina francesa de los actos separables, que, por definición, son siempre actos administrativos y no otra cosa (42).

El artículo 158.3.c) de la Ley 13/96, que atribuye al *orden jurisdiccional contencioso-administrativo* el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y la adjudicación de los contratos que concluyan «sus» sociedades estatales, constituye una solución abiertamente contraria a la lógica institucional de nuestro sistema jurídico, por más que ya intentara abrirse camino de forma generalizada en el artículo 2.b) del decaído Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa publicado en el Boletín de las Cortes el 30 de septiembre de 1995 (43).

---

hay ya algo de eso fuera del ámbito de esa Directiva, como se recoge ahora en el artículo 2.2 de la Ley 13/95 o, con respecto a la publicidad, en el artículo 133 de esta misma Ley en relación con los contratos de los concesionarios particulares de obras públicas, a los que nos referimos ya en este mismo estudio.

En todos esos casos, esa obligatoriedad de tales reglas nos parece, en principio, bien justificada y no es tachable de insuficiente.

Ninguno de esos contratos de tales sujetos privados se convierten, sin embargo, en contratos públicos, y menos aún en administrativos, por el hecho de tener que sujetarse a esas normas de *ius cogens*. Sería un disparate, a nuestro juicio, que así fuera.

(42) Lo que sí podría ser quizás aceptable sería prever un control administrativo del cumplimiento de ciertas regulaciones de *ius cogens* (como las comunitarias) por los sujetos privados obligados por ellas, de modo que, con esa eventual intervención administrativa —que podría perfilarse, incluso, como arbitral—, pudiera ya abrirse una vía de control contencioso-administrativo, en la línea de lo sugerido por Fernando DIEZ MORENO, en «Los sectores excluidos: agua, energía, transportes y telecomunicaciones», en R. GÓMEZ-FERRER MORANT *et al.*, *Comentario a la Ley de Contratos...*, cit., pág. 969.

Sostiene un criterio distinto al que aquí se sustenta Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, en *Reflexiones sobre la huida...*, cit., págs. 53-57. Vid., por lo demás, en E. MONTOYA MARTÍN, *Las empresas públicas...*, cit., págs. 542 y ss., un análisis de la jurisprudencia sobre la admisibilidad de recursos contencioso-administrativos frente a actuaciones contractuales de ciertas sociedades públicas.

(43) La preparación y adjudicación de los contratos que concluya una sociedad mercantil nunca podrá traducirse en actos administrativos, y es sobre éstos y sólo sobre éstos sobre los que está montada la Jurisdicción contencioso-administrativa por muy buenas razones.

No se olvide, entre otras cosas, que la atribución de esos actos a la Jurisdicción contencioso-administrativa connota a la vez ciertas importantes prerrogativas para ellos, que son propias y deben ser exclusivas de los actos dictados por los Poderes públicos que son las Administraciones Públicas y que no son ni pueden ser en ningún caso las personas jurídico-privadas, por muy en mano pública que puedan estar.

Con buen criterio, el nuevo Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1997 ha eliminado esa dislocada pieza de su contenido, de modo que en materia de contratos el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se ciñe a los *contratos administrativos* y a los *actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas* —art. 2.a)—.

Aunque esta última expresión, por sí misma, podría permitir la sumisión también a

VII. LAS ESPECIALES RELACIONES CONVENCIONALES CON CIERTAS EMPRESAS PÚBLICAS A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PARIDAD DE TRATO DE EMPRESAS PÚBLICAS Y PRIVADAS

1. Dos palabras nada más ya, casi para terminar, en relación con el apartado 4 del artículo 158 de la *Ley de medidas* que venimos analizando.

Dispone este precepto que también se aplicará la técnica del convenio especial regulada en el apartado 2 a cualesquiera relaciones que la Administración General del Estado establezca con otras empresas públicas para la construcción y/o explotación de carreteras estatales, aplicándose además el apartado 3 a los contratos que las citadas empresas públicas concluyan con terceros para la construcción y/o explotación de esas obras públicas. Una y otra previsión es igualmente aplicable cuando se trate de obra hidráulica (apartado 5).

2. Estas previsiones del apartado 4 del artículo 158 violan el principio de *paridad de trato* entre empresas públicas y privadas que se contiene en el artículo 90.1 del Tratado de la Comunidad Europea, y para el que existe también una buena fundamentación implícita en la propia Constitución española, como muchos han puesto de relieve al comentar las posibilidades de la *iniciativa pública en la actividad económica* a que se refiere su conocido artículo 128.2, habida cuenta del contexto del sistema de libertades económicas que se traza en la sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo 2.<sup>o</sup> del Título Primero de la misma Constitución (en su relación con su art. 53.1) (44).

Salvo que se produzca a la vez alguno de los excepcionales supuestos en que está justificado el procedimiento negociado sin publicidad (antigua contratación directa), nada puede justificar, creemos, en estos casos, que el Estado se salte la Ley 13/95 para contratar di-

---

este orden jurisdiccional de la contratación de personas jurídico-privadas como las sociedades estatales del artículo 158 de la Ley 13/96, parece obvio que, si se aprueba tal y como figura en el Anteproyecto, deberá interpretarse dentro del cuadro sistemático que implica el artículo 1 y todo el resto de la Ley, que se ciñen a la actuación de las Administraciones públicas y que no contempla más parte demandada en los recursos contencioso-administrativos que la Administración (arts. 20, 24, 46, etc.).

(44) Ya tempranamente, G. ARIÑO ORTIZ, *La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión*, núm. 88 de esta REVISTA, 1979, págs. 88 a 91.

Las empresas públicas a que se refiere el artículo 158.4 de la Ley 13/96 parece que han de tener también otras actividades, que no se han creado sólo para esa función de crear y/o explotar determinadas carreteras u obra hidráulica del propio Estado y no dependen del Ministerio de Fomento, competente para unas y para otra en la actualidad de nuestro Estado. Actuarían, pues, a modo de terceros.

rectamente con un convenio especial unas obras públicas con tales empresas públicas (45).

VIII. CONCLUSIÓN: DAR A LA ADMINISTRACIÓN LO QUE ES DE LA ADMINISTRACIÓN Y A LAS SOCIEDADES MERCANTILES LO QUE ES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

A la hora de cerrar estas consideraciones, una conclusión se impone. Parafraseando una bien conocida afirmación que tantas luces ha dado para reglar adecuadamente otro tipo de relaciones del César de cualquier época y lugar, y salvada su distancia respecto a los más modestos problemas objeto de estas reflexiones, podría ser bueno afirmar con contundencia en el momento actual de nuestro Derecho público algo así como: *dad a la Administración Pública lo que es de la Administración Pública y a las sociedades mercantiles lo que es de las sociedades mercantiles*. No se trata de una tautología, ni mucho menos. Es, por el contrario, algo que bien podría servir para expresar axiomas a los que deberíamos reconocer validez universal en el empeño por reafirmar y consolidar el Estado de Derecho, y no en su forma teórica *veteroliberal*, hace tiempo periclitada —si es que alguna vez tuvo existencia real—, sino en su correcta adjetivación como social y democrático, común como mínimo, explícita o implícitamente, a los diversos países de nuestro entorno europeo.

No creemos que medidas como las analizadas y criticadas aquí puedan ampararse en razones como la de *obviar la imputación inmediata al presupuesto* del Estado (46), por necesario que sea alcanzar

---

(45) Por otra parte, en cuanto a la sumisión de los contratos de esas empresas públicas a lo que el artículo 158 dispone sobre las sociedades estatales creadas *ad hoc* para la construcción y/o explotación de carreteras y obras hidráulicas, si son, en efecto, empresas públicas no dependientes del Ministerio de Fomento y distintas de estas últimas, podría aceptarse como prudente, salvo —claro está— en lo relativo a atribuir el conocimiento de la preparación y adjudicación de esos contratos al orden contencioso-administrativo. No obstante, el mismo principio de paridad de trato probablemente aconsejaría más bien no someter a esas empresas públicas —si tienen forma jurídica societaria privada— a un *ius cogens* distinto del que deben respetar las empresas privadas para las mismas actividades.

(46) A lo que aludía el Secretario de Estado de Infraestructuras y Transportes del Ministerio de Fomento, Joaquín ABRIL MARTORELL, en su intervención sobre «Financiación de infraestructuras y medios de transporte», en la Conferencia internacional sobre *Financiación y Gestión Privada de Infraestructuras de Interés Público*, organizada por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid el 8 de noviembre de 1996 (moderador: L. LÓPEZ RODÓ; coords.: J. DE LA CRUZ FERRER y M. A. LÓPEZ LOZANO; vid. el vol. ed. con ese título en Madrid, 1996, pág. 66).

Vid. asimismo *in extenso* la exposición en el mismo volumen de Luis Eduardo CORTÉS MUÑOZ, Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte de la Comunidad de Madrid, sobre «El proyecto del Metro de Madrid, su financiación», donde expresamente alude a las dificultades que para abordar nuevas obras de infraestructura derivarían, a su juicio, de las limitaciones de la deuda pública establecidas por el Tratado de la Unión Euro-

los objetivos de la convergencia económica establecidos por el Tratado de Maastricht. La consecución de esta muy positiva e importantísima meta debe lograrse sin nada que pueda suscitar la idea del tapujo o el trapicheo o que pueda poner en peligro —aunque sea en modesta medida— principios y garantías jurídicas irrenunciables. Resulta, además, bastante poco realista pensar que sólo porque unas deudas no figuren oficialmente como del Estado, siendo de alguna o algunas de sus empresas o de las empresas bajo su *influencia dominante*, Bruselas vaya a hacer la vista gorda. Es cosa bien sabida que si en algo son expertos en la Comisión Europea es precisamente en no dejarse confundir por la heterogeneidad de formas y técnicas de cobertura que son tradicionales de los diferentes Estados o que éstos crean con los más diversos fines. Importa la sustancia y no las meras apariencias formales.

---

pea y de los recelos que estaría mostrando la iniciativa privada para entrar en ese tipo de proyectos (pág. 77), presentando la *utilización de empresas públicas, con capacidad de endeudamiento en los mercados financieros, que se responsabilicen de la inversión y la gestión de infraestructuras* como una de las soluciones, que es precisamente la que analiza.

Muy revelador al respecto nos parece la información que proporciona en el mismo volumen Alberto RUIZ OJEDA, en su exposición «Retos de un escenario: experiencias e innovación. El túnel del Canal de la Mancha», acerca de las críticas efectuadas por la *Cour de Comptes* francesa en 1992 a la política de concesiones de autopistas a sociedades que realmente eran estatales. La operación habría supuesto para el Estado *un coste financiero global superior al que se hubiese incurrido caso de financiar directamente las autopistas con fondos públicos a través del clásico contrato de obra* (pág. 298).

