

I. ESPAÑOLA Y COMUNITARIA

LA SUJECION A CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL *FIERI* DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR CIERTAS SOCIEDADES MERCANTILES PUBLICAS: UN REMEDIO IMPROCEDENTE A UNA TENDENCIA PRIVATIZADORA ILEGITIMA (1)

Por

BERNARD-FRANK MACERA
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA CREACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS PARA LA CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS.—II. UNA OPCIÓN LEGAL: LA SUJECIÓN AL CONTROL DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DEL *FIERI* DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR CIERTAS SOCIEDADES (A LA «BÚSQUEDA, CAZA Y CAPTURA» DE LOS «ACTOS SEPARABLES»).—III. NUESTRA CRÍTICA: UN REMEDIO IMPROCEDENTE A UNA TENDENCIA PRIVATIZADORA ILEGÍTIMA: 1. *Un remedio improcedente*: a) Una premisa inequívoca: la naturaleza privada de los contratos celebrados por sociedades mercantiles públicas. b) Una consecuencia: la incompetencia natural de la jurisdicción contencioso-administrativa. 2. *Una tendencia privatizadora ilegítima*.

I. INTRODUCCIÓN: LA CREACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS PARA LA CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

Como expresa Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «el centro de las discusiones temáticas más apasionadas que en relación con el Derecho administrativo se formulan, se refiere de modo muy especial a aquellos problemas que se derivan de la circunstancia de que la Administración pública use para el cumplimiento de sus fines tanto de un derecho suyo, que le es propio, como del Derecho privado y de las instituciones que éste ha elaborado» (2). Según dicho autor, afrontar y contrarrestar ese proceso gráfica-

(1) Texto de una comunicación que presentamos en el IV Coloquio Luso-Español de Derecho Administrativo («Os caminhos da privatização da Administração pública»), celebrado en la Universidad de Coimbra los días 6 y 7 de abril de 2000 y coordinado por los Profesores José Carlos VIEIRA ANDRADE y José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ.

(2) *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, 2.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 69. Del mismo autor, en idéntica línea, vid. *Derecho administrativo económico*, vol. I, Ed. La Ley, Madrid, 1988, págs. 62-63.

mente descrito como la «evasión» (3) o «huida hacia el Derecho privado» (4) constituye tal vez el reto más importante que nuestra disciplina plantea (5).

Centrándonos ahora en las manifestaciones del fenómeno descrito, cabe observar que los poderes públicos tienen cada vez más tendencia a crear empresas públicas con forma jurídico-privada de sociedad mercantil —anónima, en principio— en numerosos sectores de la vida económica (telecomunicaciones, transportes, energía, etc.) (6) para encargarles y, con ello, privatizar (remitiendo al Derecho privado) la realización de ciertos cometidos que sirven de manera directa o indirecta a la satisfacción de los

(3) F. ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Ed. Aguilar, Madrid, 1960, pág. 354.

(4) La autoría de tan acertada expresión [*«Die Flucht von Staat (...) in das Privatrecht»*] suele atribuirse a F. FLEINER [*Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 2. Neudruck der 8 Aufl. (Tübingen, 1928), Scientia Verlag Aalen, Tübingen, 1963, pág. 326]. Entre los numerosos autores que se han acercado a tales prácticas, cabe enumerar, sin pretensión de exhaustividad: S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Las empresas públicas: reflexiones del momento presente*, núm. 126 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1991, págs. 63 y ss.; J. M. SALA AROUER, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 75, julio-septiembre 1992, págs. 399 y ss.; S. DEL SAZ CORDERO, «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, págs. 139 y ss.; I. BORRAJO INIESTA, *El intento de huir del Derecho administrativo*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 78, abril-junio 1993, págs. 233 y ss.; F. GARRIDO FALLA, *Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los entes instrumentales*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 79, julio-septiembre 1993, págs. 389 y ss.; J. E. SORIANO GARCÍA, *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993, *passim*; G. ARINO ORTIZ, *¿Privatizar el Estado? Un retroceso en el camino de la Historia o la antítesis del Estado de Derecho*, Fundación BBV, Bilbao, 1994, *in totum*; de nuevo, S. DEL SAZ CORDERO, *La huida del Derecho administrativo; últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*, núm. 133 de esta REVISTA, enero-abril 1994, págs. 57 y ss.; J. C. LAGUNA DE PAZ, *La renuncia de la Administración al Derecho administrativo*, núm. 136 de esta REVISTA, enero-abril 1995, págs. 201 y ss.; J. LEGUINA VILLA, *Algunas ideas sobre la Constitución y la huida del Derecho Administrativo*, «Revista Jurídica de Navarra», núm. 19, enero-junio 1995; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho administrativo privado*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1996, págs. 144 y ss.; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Reflexiones sobre la huida del Derecho Administrativo*, núm. 140 de esta REVISTA, mayo-agosto 1996, págs. 25 y ss.; J. L. MEILÁN GIL, «La Administración pública a partir de la Constitución española de 1978», en *Administración pública en perspectiva*, Universidad da Coruña, 1996, págs. 368 y ss.; M. BACIGALUPO SAGGESE, *La privatización de la soberanía*, «Nueva Revistas», núm. 51, 1997, págs. 93 y ss.; de nuevo, S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «La reforma de la ley de la jurisdicción contenciosa y la llamada privatización del actuar de la Administración pública», en vol. col. *En defensa de la libertad (Homenaje a Víctor MENDOZA OLIVÁN)*, vol. I, Ed. IEE, Madrid, 1997, págs. 397 y ss.; R. RIVERO ORTEGA, *Administraciones públicas y Derecho privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, págs. 16 y ss., y *passim*; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 9.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1999, págs. 396 y ss.; J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, vol. II, 13.ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, págs. 264 y ss. Merecen también una especial referencia los trabajos publicados en los dos volúmenes del *Libro Homenaje a Manuel Francisco CLAVERO AREVALO. Administración Instrumental* (COORD.: A. PÉREZ MORENO), Ed. Civitas, Madrid, 1994.

(5) S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho...*, cit., pág. 69.

(6) Vid. J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, vol. II, cit., págs. 264-266. Vid. también E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, vol. I, cit., pág. 408; J. C. LAGUNA DE PAZ, *La renuncia...*, cit., págs. 202-203; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, págs. 598-599.

intereses públicos (7). La voluntad subyacente a tal *praxis* es la de poner a disposición de la Administración unos medios instrumentales que, situándose en principio en la esfera del ordenamiento privado, se sustraen de las trabas, rigideces y formalismos que no son sino la consecuencia ineludible de la aplicación del Derecho público. La excusa de la eficacia aparece aquí como un *leitmotiv*.

Una de las actividades que suele encomendarse a dichas sociedades en mano pública —*in öffentlicher Hand; di mano pubblica* (8)—, con llamativa frecuencia en los últimos años, es la construcción y explotación de obras e instalaciones públicas o de interés general: carreteras (9), obras hidráulicas (10), infraestructuras (11) —obras de urbanización (12)—, etc. La face-

(7) Dichas prácticas aparecen estudiadas de manera prolija en la doctrina. La mayoría de los trabajos citados antes para ilustrar nuestra referencia al fenómeno de la «huida del Derecho administrativo» se interesan de cerca a ellas; muchos para criticarlas, algunos para defender su utilidad y validez (al menos parcialmente), otros para intentar acomodarlas a la realidad legal. Más tempranamente, a propósito de las empresas municipales mercantiles, vid. F. ALBI, *Tratado...*, cit., págs. 354-355.

(8) Vid., sobre estas expresiones, P. VERRUCOLI, *Consideraciones jurídico-mercantiles sobre las empresas en mano pública*, núm. 3 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1950, pág. 159.

(9) Vid., J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *¿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)*, núm. 144 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1997, págs. 45 y ss.

(10) Vid. E. MALARET I GARCÍA, «Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas», en vol. col. *El nuevo Derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación* (dir.: A. EMBID IRUJO), Ed. Civitas, Madrid, 1998, págs. 97 y ss. Vid. también A. EMBID IRUJO, «Público y privado en la construcción, explotación y mantenimiento de obras hidráulicas», en vol. col. *Gestión del agua y medio ambiente* (dir.: A. EMBID IRUJO), Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 103 y ss. Del mismo autor, vid. *El marco legal, español y comunitario, de la financiación de las obras hidráulicas*, «Revista Aragonesa de Administración Pública», núm. 11, diciembre 1997, págs. 20-22.

(11) Vid., de nuevo, E. MALARET I GARCÍA, *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, *in totum*; M. NAVARRO PALACIOS, «Las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas Sociedad Estatal para la Exposición Universal de Sevilla 92, SA», en vol. col. *Administración Instrumental (Libro Homenaje a Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO)*, vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 1238 y ss.; P. L. SERRERA CONTRERAS, «La Sociedad Estatal para la Exposición Universal de Sevilla de 1992. Peculiaridades orgánicas de un ente instrumental para el desarrollo de un servicio público», en vol. col. *Administración Instrumental (Libro Homenaje a Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO)*, vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 1411 y ss. Desde una perspectiva crítica y limitada a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, vid. también J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «La organización administrativa autonómica: estructuras orgánicas, normas y funcionamiento», en vol. col. *Derecho público de Castilla y León* (coord.: J. GARCÍA ROCA), Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Valladolid, 1999, pág. 255. Del mismo autor, con referencias a otras Comunidades Autónomas, vid. *¿Sociedades...*, cit., pág. 46 (nota 1).

(12) Vid. E. ARANA GARCÍA, *Las sociedades municipales de gestión urbanística*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 55 y ss.; J. A. SÁNCHEZ PEDROCHE, *La tributación en el Impuesto sobre Sociedades de los entes locales, con especial referencia a las sociedades anónimas municipales de gestión urbanística*, «Revista Española de Derecho Financiero», núm. 81, enero-marzo 1994, pág. 82. Más tempranamente, vid. el caso descrito por T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *¿Contratos administrativos entre personas privadas?*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 1, 1974, págs. 115-118. Vid. también L. COSCULLUELA MONTANER, *Teoría general de la gestión urbanística*, «Revista de Derecho Urbanístico», núm. 53, mayo-junio 1977, pág. 27.

ta de esta tendencia que más nos interesa en el marco del presente estudio es que se permite, y hasta se fomenta —aunque ello no suele aparecer del todo claro en los actos fundacionales de las sociedades (13)—, que la ejecución de tales cometidos se lleve a cabo total o parcialmente mediante contratos celebrados con terceros (14); con empresas constructoras, más precisamente (15).

II. UNA OPCIÓN LEGAL: LA SUJECCIÓN AL CONTROL DE LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DEL *FIERI* (16) DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS
POR CIERTAS SOCIEDADES —A LA «BÚSQUEDA, CAZA Y CAPTURA»
DE LOS «ACTOS SEPARABLES» (17)—

El ordenamiento jurídico se ha preocupado de una cuestión concreta en el marco de dicho proceso de privatización: la de la determinación de la

(13) Vid. en tal sentido, por ejemplo, E. ARANA GARCÍA, *Las sociedades...*, cit., págs. 111-112.

(14) Vid. M. M. RAZOUIN LIZARRAGA, *Contratos Públicos y Derecho Comunitario*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 226.

(15) Más allá de la polémica que suscita la cuestión de la legitimidad de esta *praxis* (en la que más adelante nos detendremos), cabe recordar que el acto fundacional de la sociedad (sus estatutos) debe establecer el marco general en que ha de desarrollarse la actividad que se le encomiende. En efecto, la legislación mercantil —en especial, el art. 9.b) del *Real Decreto Legislativo 1564/1989*, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley de Sociedades Anónimas*, y el art. 117.3 del *Real Decreto 1784/1996*, de 19 de julio, por el que se aprueba el *Reglamento del Registro Mercantil*— exige una cierta definición de «las actividades que integran el objeto social», aun si la Dirección General de los Registros y el Notariado advierte que «únicamente habrá indeterminación en la precisión del objeto social cuando se utilice una fórmula omnicompreensiva de toda posible actividad (...) en donde se empleen unos términos generales», precisando que «no existirá esta indeterminación si, a través de términos concretos y definidos, se señala una actividad de carácter general» (Resolución de 1 de diciembre de 1982). Como consecuencia de lo anterior y de acuerdo con una interpretación razonable del principio de especialidad de las empresas públicas (sobre tal principio, vid. J. C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, *El objeto social en la sociedad anónima*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, cap. IV; E. MONTOYA MARTÍN, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 523 y ss.; defendiendo su inexistencia, J. M. DÍAZ LEMA, *Los monopolios locales*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1994, págs. 116-117), opinamos que en el supuesto en que los estatutos no hagan una referencia explícita o implícita a la posibilidad de intervención de otros sujetos en la realización de la actividad principal, la sociedad deberá encargarse, al menos parcialmente, de la ejecución o explotación directa de las obras. Si el objeto de la sociedad es, sin más detalles, la ejecución o explotación de obras públicas, no cabe que ésta confíe dicha misión en su totalidad a otras empresas mediante contratos, porque estaría realizando una actividad distinta de la prevista en sus estatutos. Como muestra de los litigios a los que puede dar lugar la falta de precisión del objeto social de las sociedades mercantiles públicas, téngase en cuenta la famosa y controvertida Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989 (Ar. 7352, Ponente: A. Bruguera Manté) relativa a la empresa «Iniciativas, S.A., Inicatives Municipals Empresariales, Sociedad Privada Municipal», constituida por el Ayuntamiento de Barcelona en 1985. Para un comentario crítico a este pronunciamiento, vid. F. SOSA WAGNER, *Comentario a la desafortunada Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 1989*, «Poder Judicial», núm. 19, septiembre 1990, págs. 309 y ss. En general, sobre la problemática de la determinación del objeto social de las sociedades mercantiles públicas, vid., de nuevo, E. MONTOYA MARTÍN, *ibid.*, loc. cit.

(16) Las expresiones *in fieri* e *in facto esse* están acuñadas desde hace muchos años en la doctrina canónica en relación con el instituto del matrimonio. Su utilización en el

jurisdicción competente para resolver los litigios relativos a algunos de los contratos a los que antes se hacía referencia. Más precisamente, como bien es sabido, el artículo 158.3.c) de la *Ley 13/1996*, de 30 de diciembre, de *medidas fiscales, administrativas y del orden social* (18) (como Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997), estipula que «*el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y la adjudicación*» de los contratos «*que las sociedades estatales (...) concluyan con terceros para la construcción de carreteras estatales*» (art. 158.3) o para «*la construcción, explotación o ejecución de obra pública hidráulica*» (art. 158.5) (19).

Este intento de «publicación» (o «republicación», si se quiere poner de relieve la titularidad originaria de la actividad) de la contratación relativa a la construcción o explotación de ciertas obras públicas parece contar con un cierto respaldo doctrinal, aunque sea algunas veces desde una perspectiva mucho más amplia y difusa. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, por ejemplo, afirman que «en todos los casos de utilización por la Administración del Derecho privado (...) existe un último núcleo de carácter público que puede y debe separarse, para su más correcto tratamiento, del bloque del acto del negocio privado en el que aparece mezclado» (20). Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER opina que la fórmula comentada «puede ayudar a solventar, al menos en parte, los efectos de esa huida del Derecho administrativo» (21). En la misma línea, MALARET I GARCÍA afirma que «puesto que estas sociedades cuando contratan obra pública actúan por delegación o encomienda, es posible *levantar el velo de la personalidad jurídica* interpuesta e imputar sus actos a la Administración matriz» (22). Según la autora citada, «la teoría de la representación permite una nueva *búsqueda del acto separable*» (23).

campo de la contratación pública ha sido propiciada por J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ en algunos de sus trabajos (*Examen de la contratación de los entes instrumentales. Estudio especial del Derecho comunitario*, en «Cuadernos de Derecho Judicial», Consejo General del Poder Judicial, núm. XXXII, 1994, págs. 369 y ss.; «Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y sus consecuencias», en vol. col. *Derecho Administrativo. Obra colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. MARIENHOFF*, dir.: J. C. CASAGNE, Ed. Abedelo-Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 950 y ss.) para resaltar la clásica separación entre la fase de preparación y adjudicación del contrato y el vínculo contractual ya constituido.

(17) Dicha expresión es de S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Reflexiones...*, cit., pág. 54.

(18) En adelante, *Ley 13/1996*.

(19) Vid., sobre el precepto citado, A. EMBID IRUJO, «Público...», cit., págs. 104-106. Vid. también E. MALARET I GARCÍA, «Las sociedades...», cit., págs. 138 y ss.; J. M. GIMENO FELIU, *Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en contratación pública*, núm. 144 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1997, págs. 137-139.

(20) *Curso...*, vol. I, cit., pág. 58.

(21) *Reflexiones...*, cit., pág. 53.

(22) «Las sociedades...», cit., pág. 138.

(23) *Público...*, cit., pág. 120. Sobre la utilización de la teoría de los «actos separables» en relación con los contratos celebrados por las sociedades mercantiles públicas, vid. también S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho...*, cit., págs. 606-607; J. A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 315-316.

En nuestra opinión, el sometimiento del *fieri* de los contratos celebrados por sociedades mercantiles públicas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa no puede considerarse como una opción válida. Vamos a intentar justificar esta valoración inicial a renglón seguido.

III. NUESTRA CRÍTICA: UN REMEDIO IMPROCEDENTE A UNA TENDENCIA PRIVATIZADORA ILEGÍTIMA

1. *Un remedio improcedente*

La improcedencia de la opción legal aquí comentada se desprende de dos consideraciones: una *premisa*, la que consiste en resaltar la naturaleza privada de los contratos celebrados por las sociedades mercantiles públicas (a), y, sobre todo, una *consecuencia*: la incompetencia natural de la jurisdicción contencioso-administrativa (b).

- a) *Una premisa inequívoca: la naturaleza privada de los contratos celebrados por sociedades mercantiles públicas.*

Como acabamos de indicar, la premisa fundamental sobre la que se basa nuestra crítica se centra en la naturaleza de los contratos en cuestión. Más precisamente, se centra en el hecho de que no nos encontramos aquí ante «contratos públicos» o «administrativos» (en cuanto celebrados por el Poder público), sino ante «contratos privados»; pero no en el sentido de «contratos privados de la Administración» (24), sino como «contratos de Derecho privado» (o, si se prefiere, «contratos civiles» a secas, tanto *in fieri*

(24) Dicho sea de manera esquemática, los *contratos administrativos* satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración (arts. 5.1 y 5.2 del Texto Refundido de la *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; en adelante, LCAAPP), definiéndose de modo residual los *contratos privados de la Administración* como aquellos distintos de los anteriores (art. 5.3 de la LCAAPP). Como bien es sabido, los primeros se someten íntegramente al Derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 7 de la LCAAPP), mientras que los segundos se rigen por el Derecho administrativo solamente en la fase de su preparación y adjudicación, sujetándose a las normas de Derecho privado y al control de la jurisdicción civil en cuanto a sus efectos y extinción (art. 9 de la LCAAPP).

Cabe advertir que estas expresiones no tienen el mismo significado en el Derecho comparado, ni han alcanzado un uso generalizado e inequívoco en la doctrina española. Como nos explica J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ («Naturaleza...», cit.), si bien la terminología empleada aquí va siendo cada vez más común, en el pasado «se han llamado *contratos públicos* sólo a los que la legislación española llama, al menos desde 1965, *administrativos*, llamando en cambio, *contratos administrativos* a todos los que celebra la Administración» (pág. 952). Por otro lado, algunos autores llaman «contratos civiles» a los no administrativos (es decir, a los que denominamos en el presente trabajo «contratos privados de la Administración»), olvidándose sin duda de que éstos pueden tener también carácter mercantil e incluso laboral. En fin, el Derecho comunitario europeo (en particular, en su versión española, las Directivas del Consejo 93/36, 93/37 y 92/50) se refiere genéricamente a los «contratos públicos», sin precisar más.

como *in facto esse*) (25). Y ello es así porque las partes que intervienen en su celebración, insistimos, no son sino sujetos privados: por un lado, la sociedad mercantil pública (26) y, por otro, la empresa que se compromete a construir o explotar la autopista o el pantano de que se trate.

Antes de extraer las consecuencias oportunas de esta premisa, nos

(25) Los propios defensores de la sumisión del *feri* de dichos contratos a la fiscalización del juez contencioso-administrativo reconocen tal evidencia. Vid., por ejemplo, E. MALARET I GARCÍA, *Público...*, cit.: «no cabe la menor duda acerca de la calificación de derecho privado de los contratos de obras formalizadas por empresas privadas de capital íntegramente público» (pág. 103).

En otros ordenamientos (como en el francés), parece imponerse la tesis según la cual los contratos aquí analizados tienen naturaleza administrativa. Así, por ejemplo, en relación con la construcción de autopistas, téngase presente la Sentencia del *Tribunal des Conflits* de 8 de julio de 1963, *Entreprises Peyrot* («Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative», núm. 101). En la misma línea, sobre la construcción del túnel del Mont-Blanc, vid. la Sentencia del *Conseil d'État* de 24 de abril de 1968 («Actualité Juridique. Droit Administratif», 1968.478). La calificación de estos contratos como administrativos se deriva de la aplicación de la teoría del «mandato tácito». Para más detalles sobre la evolución de dicha jurisprudencia, vid. las Sentencias del *Conseil d'État* de 21 de julio de 1972, *Entreprise Ossude*; de 10 de noviembre de 1972, *Société des grands travaux algériens* («Actualité Juridique. Droit Administratif», 1973.47, nota MODERNE); y de 30 de mayo de 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine* («Actualité Juridique. Droit Administratif», 1975.345). Vid. también la Sentencia del *Tribunal des Conflits* de 7 de julio de 1975, *Commune d'Agde* («Actualité Juridique. Droit Administratif», 1975.361). Sobre la teoría del mandato tácito, vid. J. RIVERO y J. WALINE, *Droit administratif*, 16.ª ed., Ed. Dalloz, París, 1996, págs. 104-105. Desde una perspectiva más amplia, vid. J. A. MAZERES, «Que reste-t-il de la jurisprudence Sté Entreprise Peyrot?», en vol. col. *Mélanges Couzinet*, París, 1975, págs. 475 y ss.

(26) Las sociedades mercantiles públicas no son Administración. Como precisaba hace ya bastante tiempo J. C. VENEZIA («Las empresas públicas en Francia», en vol. col. *La empresa pública*, vol. II, Real Colegio de España, Zaragoza, 1970), «aunque el Estado sea accionista mayoritario o minoritario, existe siempre una persona moral de Derecho privado que realiza actos de comercio y que tiene la cualidad de comerciante» (pág. 1319).

Debemos advertir, sin embargo, que algunas leyes (esencialmente autonómicas), así como ciertos pronunciamientos jurisdiccionales —en nuestra opinión, con arreglo a un razonamiento jurídico defectuoso—, han incluido a las sociedades mercantiles públicas en la categoría de Administración institucional. Vid., por ejemplo, los artículos 16.3 y 23 de la *Ley 7/1986*, de 23 de diciembre, de la *Hacienda de la Comunidad de Castilla y León*. Para un comentario crítico a dichos preceptos, vid. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Las entidades instrumentales en Castilla y León», en vol. col. *Administración Instrumental (Libro Homenaje a Manuel Francisco CLAVERO AREVALO)*, vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 1623-1624.

En la jurisprudencia, téngase en cuenta, por ejemplo, en relación con la Sociedad Estatal Televisión Española TVE, S.A., la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1990 (Ar. 10569, FD 2.º, Ponente: R. Mendizábal Allende). Vid. también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de enero de 1992 relativa a la Empresa Nacional Bazán de Construcciones Navales Militares, S.A. En sentido contrario, ténganse presentes las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1986 (Ar. 3084, FD 3.º, Ponente: T. Fernández Díaz), de 8 de octubre de 1990 (Ar. 8104, FD 3.º, Ponente: J. M. Ruiz-Jarabo Ferrán), de 11 de abril de 1991 (Ar. 2901, FD 4.º, Ponente: J. Rouanet Moscardó), de 8 de julio de 1991 (Ar. 5587, FD 3.º de la Sentencia apelada, Ponente: J. Rouanet Moscardó) y de 26 de enero de 1995 (Ar. 1502, FD 3.º, Ponente: P. García Manzano). Vid., sobre las Sentencias citadas, E. MONTROYA MARTÍN, *Las empresas...*, cit., pág. 536.

En la doctrina, como autor partidario de la consideración de las sociedades mercantiles públicas como Administración institucional (dentro de ciertos límites), vid. F. GARRIDO FALLA, «Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones públicas», en vol. col. *Administración instrumental (Libro Homenaje a Manuel Francisco CLAVERO AREVALO)*, vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 33-34.

parece importante destacar que el hecho de que dichas sociedades tengan que ajustarse en su actividad contractual, porque así lo disponga una Ley —en el presente caso, la LCAAPP (27), en cumplimiento del Derecho comunitario europeo, y la Ley 13/1996—, a determinados principios de *ius cogens* (de publicidad y concurrencia) —«salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios» (28)— o a algunas reglas propias de los contratos públicos (29) no transforma su naturaleza de privada en administrativa (30). Hace falta mucho más para que se produzca tan radical metamorfosis. Así, por ejemplo, también han de respetar ciertos principios y reglas de Derecho público, porque así lo imponen los artículos 114 y 115 de la LCAAPP, los contratos de «cesión de contratos públicos» y los «subcontratos» en general (31). No por ello, sin embargo, dichos contratos celebrados entre personas jurídico-privadas (al igual que los contratos de las sociedades mercantiles públicas) pierden su carácter civil para convertirse en contratos públicos, y menos en administrativos (32). Sería un disparate que así fuese (33).

También hemos de añadir, como se desprende de lo anterior y como advierte MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, que es «un error de percepción injustificable querer traer a estos casos la doctrina francesa de los actos separa-

(27) Téngase en cuenta su Disposición Adicional 6.ª. Desde la perspectiva de los sectores excluidos, conviene mencionar también la reciente Ley 48/1998, de 30 de diciembre, que regula los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, que incorpora al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE, de 14 de junio, y 92/13/CEE, de 25 de febrero.

(28) Disposición Adicional 6.ª de la LCAAPP.

(29) Téngase presente el artículo 158.3.a) de la Ley 13/1996. Más allá del campo de los contratos de construcción y explotación de carreteras y obras hidráulicas, vid. también el 2.2 de la LCAAPP.

(30) Vid., sobre esta cuestión, E. MONTOYA MARTÍN, *Las empresas...*, cit., pág. 498. Además, como recuerda G. FERNÁNDEZ FARRERES [«Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la LCAP», en vol. col. *Derecho de los contratos públicos (estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas)*, coord.: B. PÉNDAS GARCÍA, Ed. Praxis, Barcelona, 1995], «los principios de publicidad y concurrencia (...) no son monopolio del Derecho Administrativo» (pág. 263). Vid. sobre dichos principios, por ejemplo, A. PÉREZ MORENO, «La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público», en vol. col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (dir.: R. GÓMEZ-FERRER MORANT), Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 870; L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, 10.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1999, págs. 387-388.

(31) Vid., sobre este tipo de contratos, R. JURISTO SÁNCHEZ, *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1983, págs. 119 y ss. Vid. también J. SUAY RINCÓN, «La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación», en vol. col. *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (dir.: R. GÓMEZ-FERRER MORANT), Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 416 y ss.

(32) Sobre la naturaleza jurídico-privada de los contratos en cuestión, vid. R. JURISTO SÁNCHEZ, *La ejecución...*, cit., págs. 119-120. Vid. también J. SUAY RINCÓN, «La ejecución...», cit., pág. 425.

(33) Vid. también sobre este tema, en relación con los contratos celebrados en los llamados «sectores excluidos» o por los concesionarios de obra pública, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *¿Sociedades...*, cit., págs. 69-70 (nota 41). Del mismo autor, vid. «El contrato de suministro en los sectores excluidos», en vol. col. *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 152-154.

bles» (34). En efecto, por definición, los «actos separables» no son sino actos administrativos; y la preparación o adjudicación de los contratos celebrados por las sociedades mercantiles públicas nunca puede traducirse en actos administrativos —a pesar de que una determinada corriente jurisprudencial parezca defender lo contrario (35), en particular en relación con las sociedades gestoras de servicios públicos *stricto sensu* (36)—.

Tan es así que a los autores que defienden la tesis de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa no les queda más remedio que admitir esta evidencia. Así, por ejemplo, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER reconoce que en los supuestos descritos «el acto separable está más o menos perdido; o, incluso, (...) inencontrable» (37). Además, el mismo autor plantea el siguiente interrogante para ilustrar la dificultad —en realidad, la imposibilidad— de detectar la presencia de «actos separables» en otros tipos de actuaciones de las sociedades mercantiles públicas: «¿Cómo encontrarlo en materia de crédito oficial, cuando la sociedad mercantil que lo facilita no lo gestiona a la vista de las resoluciones administrativas que puedan haberse producido, sino que es ella la que los otorga dentro de los límites cuantitativos que para las distintas líneas de crédito fija la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos o el propio Consejo de Ministros?» (38) En un sentido próximo, aunque no tan escéptico, MALARET I GARCÍA reconoce que «no parece posible una extensión de la doctrina de los “actos separables” cuando no hay acto administrativo, (...) por ausencia del sujeto» (39); aunque dicha autora acaba eludiendo el problema, como ya hemos explicado, al afirmar que de lo que se trata en realidad es de organizar una «nueva búsqueda del acto separable» (40).

(34) *¿Sociedades...*, cit., pág. 70. Vid. también G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Ambito...», cit., pág. 263.

(35) Téngase presente, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1973 (Ar. 1195, Ponente: J. L. Ponce de León y Beloso). Para un comentario a dicho pronunciamiento, vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *¿Contratos...*, cit., págs. 115-118.

(36) Vid. en especial la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1991 (Ar. 6548, FD 5.º de la Sentencia apelada, Ponente: J. Rodríguez-Zapata Pérez). Téngase en cuenta también la Sentencia del mismo Tribunal de 5 de diciembre de 1990 (Sala 1.ª, Ar. 9895, FD 1.º, Ponente: A. Fernández Rodríguez). Sobre esta Sentencia, desde una perspectiva crítica, vid. J. NICOLÁS MARTÍ, *Naturaleza e impugnación de los acuerdos de la junta general de las sociedades anónimas municipales*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 75, julio-septiembre 1992, págs. 449 y ss.

(37) *Reflexiones...*, cit., pág. 54.

(38) *Reflexiones...*, cit., pág. 54.

(39) «Las sociedades...», cit., pág. 138. Más precisamente, MALARET I GARCÍA admite que «si bien es cierto que las normas relativas a la preparación y adjudicación de los contratos privados en cuestión pueden considerarse integrantes del derecho administrativo, la ausencia de la Administración como sujeto impide en principio el juego del artículo 1 LJCA, con lo que lo establecido en el artículo 158 de la Ley 13/1996 parece un exceso» (*loc. cit.*).

(40) *Público...*, cit., pág. 120.

b) *Una consecuencia: la incompetencia natural de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

Si los contratos celebrados por las sociedades mercantiles públicas son de naturaleza privada, la resolución de los conflictos que puedan suscitar (no solamente *in fieri*, sino también *in facto esse*) debería corresponder sin excepciones al juez civil. En otras palabras, al contrario de lo que estipula la *Ley 13/1996*, nada tendría que decir la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los contratos celebrados *por y entre* personas jurídico-privadas (41).

Es verdad que el artículo 2.b) de la *Ley 29/1998*, de 13 de julio, *Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (en adelante, LJCA), al referirse para delimitar el ámbito competencial de la jurisdicción administrativa, junto a los «contratos administrativos», a «los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas», deja abierta una puerta por la que pueden infiltrarse los contratos celebrados por las sociedades mercantiles públicas (42). Pero también es cierto que el

(41) Sin embargo, podría aceptarse, en palabras de J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ (*¿Sociedades...*), «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» (pág. 70). En un sentido próximo, vid. F. DÍEZ MORENO, «Los denominados sectores excluidos: aguas, energía, transportes y telecomunicaciones (Disposición Transitoria sexta de la *Ley 13/1995*)», en vol. col. *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (dir.: R. GÓMEZ-FERRER MORANT), Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 969. Para este autor, dichas cuestiones «deberán plantearse y ser resueltas por un Órgano administrativo *ad hoc*, al que se dotase de las facultades necesarias para conocer las reclamaciones basadas en el incumplimiento de las normas de procedimiento contractual (...). Contra los acuerdos o resoluciones de este Órgano podría recurrirse ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues ya no se trata directamente de residenciar ante ésta un acto o acuerdo de una Empresa privada (...), sino un acuerdo o resolución administrativa» (*loc. cit.*). Nos parece interesante señalar que el sistema descrito por los autores citados ha encontrado acogida en los artículos 51 a 64 de la *Ley 48/1998*, de 30 de diciembre, *que regula los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones* y que incorpora al ordenamiento jurídico español las Directivas comunitarias 93/38/CEE, de 14 de junio, y 92/13/CEE, de 25 de febrero. En relación con la misma problemática, la *Ley* en cuestión establece también, en sus artículos 68 a 71, un «procedimiento de conciliación».

(42) Vid. M. BAENA DEL ALCÁZAR, «Ámbito, extensión y carácter de la jurisdicción (capítulo I)», en vol. col. *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Doctrina y Jurisprudencia)* (dir.: M. BAENA DEL ALCÁZAR), Ed. Trivium, Madrid, 1999: «Ello significa en una buena medida una ampliación del ámbito jurisdiccional, pues (...) no se trata sólo ahora ni mucho menos de los contratos que celebren los entes que se rijan por normas jurídico-administrativas. Por el contrario, (...) ha de entenderse que el ámbito de la Jurisdicción deberá alcanzar también a las sociedades mercantiles del sector público, aunque no sean entes de derecho público, respecto a la preparación y adjudicación de los contratos en cuanto al cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia» (págs. 36-37).

Desde otra perspectiva, podría interpretarse también que la atribución competencial formulada por el artículo 158.3.c) de la *Ley 13/1996* encaja en la letra f) del artículo 2 de la LJCA [«El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con (...) Las restantes materias que le atribuya la Ley»].

planteamiento de la *Ley 13/1996* que aquí se critica no resulta del todo coherente con el espíritu de la legislación contencioso-administrativa.

En efecto, como puntualiza MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, está claro que el artículo 2 de la LJCA debe «interpretarse dentro del cuadro sistemático que implica el artículo 1.º y todo el resto de la Ley, que se ciñe a la actuación de las Administraciones públicas y que no contempla más parte demandada en los recursos contencioso-administrativos que la Administración» (43), y en el marco competencial que viene delimitado por el artículo 9.4 de la *Ley Orgánica 6/1985*, de 1 de julio, del Poder Judicial. En principio, no se concibe un proceso administrativo sin que sea directamente parte la Administración (44); y las sociedades mercantiles públicas —si bien es cierto que cuando contratan la construcción de una obra pública no actúan a título propio, sino por cuenta de la Administración (45)— no son Administración, insistimos a riesgo de incurrir en reiteraciones, sino de la Administración (o propiedades de la Administración), lo que es radicalmente distinto desde una perspectiva jurídico-formal (46).

Los únicos sujetos privados —como «vicarios» (47) de la Administración— que, según la LJCA de 1998, pueden someterse en su actividad al control de la jurisdicción contencioso-administrativa (y aun así no en todos los casos, sino solamente cuando lo permita la legislación sectorial correspondiente) son los concesionarios, porque así lo ha decidido, como acabamos de precisar, la propia LJCA, expresándolo con toda claridad en el último inciso de su artículo 2.d) (48). Pero las sociedades mercantiles públicas (y esto vale también para las que se encargan de la construcción y gestión de obras públicas) tampoco pueden considerarse como concesionarios de la Administración; son otra cosa muy distinta (49). Y la

(43) *¿Sociedades...*, cit., pág. 71. Así, por ejemplo, la Exposición de Motivos de la Ley, cuando alude a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de contratos (punto II), centra su atención en el «comportamiento contractual de los sujetos públicos».

(44) Vid. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, vol. I, 3.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 118.

(45) Vid., sobre este aspecto, E. MALARET I GARCÍA, «Las sociedades...», cit., pág. 125.

(46) Al contrario de lo que aquí se defiende, J. A. SANTAMARÍA PASTOR (*Principios...*, vol. I, cit.) opina que dicha precisión ha perdido gran parte de su valor. Según este autor, «carece de sentido entablar un debate sobre una cuestión que, a todas luces, parece vacía de utilidad pública» (pág. 600).

(47) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, vol. I, cit., pág. 118.

(48) «El orden jurisdiccional Contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con (...) los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente».

(49) En realidad, la *Ley 13/1996* se limita a afirmar en su artículo 158.2 que «las relaciones entre la Administración General del Estado y las sociedades estatales (...) se regularán mediante los correspondientes convenios, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda que habrán de ser autorizados por el Consejo de Ministros». Cabe advertir aquí que algunos autores (por ejemplo, F. AZOFRA VEGAS, *La financiación privada de infraestructuras públicas*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 96, octubre-diciembre 1997, pág. 553) entienden que el objeto de estos «convenios» se concreta en una encomienda de gestión. No compartimos tal opinión. Como indica el artículo 15.5 de la *Ley 30/1992*, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y

LJCA de 1998 no se refiere de manera directa a ellas. Precisamente, este silencio nos conduce a plantear los siguientes interrogantes: si el legislador hubiese querido permitir el sometimiento de los actos de preparación y adjudicación de los contratos celebrados por las sociedades mercantiles públicas (o, al menos, por algunas de ellas) al control contencioso-administrativo, ¿no lo habría dicho expresamente —al igual que lo ha hecho a propósito de los actos de los concesionarios, a pesar de que exista en la LJCA una cláusula residual de atribución competencial (50)—, precisamente por tratarse de una extensión excepcional y llamativa del ámbito del fuero propio de la Administración? ¿Qué sentido tiene si no esta referencia aislada a dichos sujetos privados que son los concesionarios?

Si bien no resulta decisivo a la hora de cerrar el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa a categorías concretas de contratos celebrados por las sociedades mercantiles públicas (como los que aquí nos ocupan), cabe destacar un hecho que, en cierta medida, demuestra que el legislador, al no aludir a estos contratos en la LJCA, quiere romper de manera clara con el peso muerto de la tendencia que defiende su sumisión «en bloque» (*in fieri*) a la jurisdicción contencioso-administrativa, una tendencia que se había iniciado con el decaído Proyecto de LJCA de 1995 (51) —con el respaldo del Consejo de Estado (52) y del Consejo General del Poder Judicial (53)—. En efecto, descartó durante la tramitación parlamentaria del texto vigente una enmienda presentada por el Grupo Socialista —tanto en el Congreso (54)

del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), no pueden encomendarse a «*personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado (...) actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo*»; y la adjudicación de contratos de obras, precisamente, como tendremos ocasión de comprobar, forma parte de esta categoría de actividades. En relación con el precepto que acabamos de citar, por cierto, no nos parece fundado el argumento que consiste en afirmar que la expresión «*personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado*» (art. 15.5 de la LRJPAC de 1992) no incluye a las sociedades mercantiles en mano pública, ni tampoco el que defiende que dichas sociedades encajan en la noción de «*Entidades de Derecho público*» que utiliza el artículo 15.3 de la LRJPAC de 1992 para delimitar el elemento subjetivo de la técnica de la encomienda de gestión. Sobre tales líneas argumentales, vid. F. GARRIDO FALLA y J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas* (*Un estudio de la Ley 30/1992*), 2.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 87.

(50) Artículo 2.f).

(51) Vid. el artículo 2.b) de este texto, publicado en el «BOCG» de 30 de septiembre de 1995.

(52) Téngase en cuenta el Dictamen núm. 503/95, de 15 de junio de 1995, relativo al anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*Recopilación de Doctrina Legal*, 1995, núm. marginal 19, págs. 48-49). No obstante, el Consejo de Estado resaltó la necesidad de «*introducir en el anteproyecto los correspondientes ajustes para su cabal concordancia*» con la ampliación del ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa.

(53) Vid. el Informe de 22 de febrero de 1995, págs. 32 y ss. Este Informe puede consultarse en el núm. 131 de la Documentación preparada por la Secretaría General del Congreso de los Diputados para la tramitación del Proyecto de Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa («BOCG, Congreso de los Diputados», Serie A, núm. 133-1, de 30 de septiembre de 1995).

(54) Enmienda núm. 272 («BOCG, Congreso de los Diputados», Serie A, núm. 70-8, de 24 de noviembre de 1997).

como en el Senado (55)— que recogía precisamente la tesis aquí criticada: la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa del control de «*la observancia de los principios que rigen la contratación del sector público, singularmente los de publicidad y concurrencia, y demás prescripciones legales sobre adjudicación que sean aplicables, en los contratos de obras y en los de suministro vinculados directamente a un uso o servicio público que celebren las entidades de derecho público sometidas al Derecho privado o las sociedades mercantiles públicas en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus organismos autónomos, o entidades de derecho público, en los términos previstos para estos supuestos por la legislación de contratos de las Administraciones públicas*». La enmienda mencionada añadía que «*en todos estos casos, el recurso contencioso-administrativo se dirigirá contra el acuerdo de adjudicación o, en su defecto, contra la celebración del contrato sin necesidad de recurso administrativo previo alguno, salvo que la ley establezca lo contrario*» (56).

2. Una tendencia privatizadora ilegítima

Todo lo que hemos ido comentando hasta ahora viene condicionado por una cuestión de fondo que difícilmente podríamos eludir: ¿puede legítimamente la Administración encargar a sociedades mercantiles que ella misma crea y controla la contratación de la construcción o gestión de obras públicas?; ¿cabe privatizar dicha misión de interés público?

(55) Enmienda núm. 16 («BOCG, Senado», Serie II, núm. 77.c, de 6 de mayo de 1998).

(56) En realidad, esta enmienda presentada por el Grupo Socialista no hace sino copiar el contenido del artículo 2.b) del Proyecto de LJCA de 1995 al que antes hacíamos referencia. El precepto equivalente que se encontraba en el Anteproyecto de 16 de enero de 1995 fue objeto de un interesante debate durante las Jornadas que se celebraron en Sevilla los días 10 y 11 de febrero de 1995 y de las que fue coordinador A. PÉREZ MORENO. De las diversas intervenciones orales realizadas durante dichas Jornadas (transcritas y publicadas en AA.VV., *La reforma del Proceso Contencioso-Administrativo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995), cabe destacar en relación con el tema que nos ocupa la de J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: «hay que distinguir —me parece—, las entidades de derecho público, sometidas al Derecho privado —que lo mejor sería que desaparecieran probablemente—, y las empresas públicas de forma mercantil, porque someter al derecho administrativo y al control contencioso-administrativo a las sociedades mercantiles, no lo veo sinceramente factible. Ciertamente el derecho comunitario exige someter a estas empresas mercantiles, cuando actúan en determinados campos de actividad, prescindiendo de la directiva sectores excluidos —que efectivamente se someta a las normas de la contratación pública que marcan las directivas—, por eso ha sido necesario, aprobar precisamente una nueva directiva en materia de sectores excluidos que va a afectar a las empresas públicas, justamente porque los problemas que plantea la sumisión a control jurisdiccional, la actuación contractual de entidades con forma jurídica privada o mercantil, es claramente diferente de la que plantea la actuación de las entidades públicas, amén del problema que hay en la Comunidad —como todos sabemos—, de que no todos los países tienen el sistema de reparto jurisdiccional o reparto de legislación contractual pública que tenemos nosotros. En cualquier caso, me parece que probablemente este artículo 2.b), necesita una revisión muy a fondo para tener en cuenta la diversidad de aspectos que aquí convergen, y sobre todo, para ponerlo de acuerdo con lo que resulte de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas» (págs. 113-114).

La respuesta a los interrogantes planteados es bastante clara: las sociedades mercantiles públicas pueden revestir un cierto papel —y una gran utilidad, no cabe duda de ello— a la hora de realizar actividades económicas de mercado (esto es, ahí donde es conveniente la actuación pública o seudopública bajo fórmulas de Derecho privado, en condiciones de paridad con los particulares) (57), pero nunca para acometer misiones típicamente administrativas —como se desprende, por ejemplo, de la Disposición Adicional 12.^a *in fine* de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (58)— que implican el ejercicio de autoridad y de auténticas potestades y que, por revestir dicho carácter, deben reservarse a los Poderes públicos y someterse exclusiva o mayoritariamente a su ordenamiento propio: el público (59). Y la celebración de contratos destinados a la construcción o gestión de obras públicas, precisamente, forma parte de este segundo grupo de cometidos que debemos excluir inexcusablemente del campo de actuación de las personificaciones jurídico-privadas (60). ¿Acaso decidir quién va a poder encargarse de la construcción o gestión de una obra pública, a cambio de una remuneración directa o indirectamente nutrida con fondos públicos, no implica el ejercicio de autoridad? ¿Celebrar contratos que afectan con tal intensidad a los intereses públicos no es una misión que tendría que asumir la propia Administración?

No nos parece necesario detenernos ahora en los argumentos que sirven de fundamento a las afirmaciones antes formuladas; no haríamos más que parafrasear reflexiones ya presentadas por voces mucho más autorizadas. Nos remitimos, por tanto, a sus trabajos (61). Lo único que nos queda por hacer es volver sobre una simple constatación: el debate relativo a la sujeción del *fieri* de los contratos celebrados por ciertas sociedades mer-

(57) Vid. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *¿Sociedades...*, cit., pág. 58. Vid. también J. C. LAGUNA DE PAZ, *La renuncia...*, cit., pág. 224.

(58) «Las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública». Sobre el carácter corrector de este precepto, vid. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «La reforma de la ley de la jurisdicción contenciosa y la llamada privatización del actuar de la administración pública», en vol. col. *En defensa de la libertad (Homenaje a Víctor MENDOZA OLIVÁN)*, vol. I, Ed. IEE, Madrid, 1997, pág. 402.

(59) Vid. J. C. LAGUNA DE PAZ, *La renuncia...*, cit., págs. 226-228.

(60) Vid. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *¿Sociedades...*, cit., págs. 48 y ss. Del mismo autor, vid. «Naturaleza...», cit., págs. 953 y ss. No es raro encontrar opiniones que admiten que la contratación de la construcción o gestión de obras públicas no es una actividad de mercado, sino típicamente administrativa, pero que no parecen ver en ello una razón suficiente para no entregar su realización a sociedades mercantiles públicas. Vid., por ejemplo, E. MAJARET I GARCÍA, *Público...*, cit., págs. 101-102.

(61) Vid. por todos, de nuevo, el importante trabajo de J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *¿Sociedades...*, cit., *in totum*, y, en especial, sobre las exigencias constitucionales propias de las funciones públicas administrativas, págs. 52 y ss. También es interesante el trabajo de J. C. LAGUNA DE PAZ, *La renuncia...*, cit., págs. 217 y ss. Vid., en contra, A. EMBID IRUJO, «Público...», cit., pág. 113. Según este autor, «la Ley 13/1996 representa un paso adelante muy sustancial pese a las críticas doctrinales» (*loc. cit.*).

cantiles públicas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa no puede desvincularse de la problemática de la atribución de algunos cometidos típicamente públicos a dichas organizaciones con forma jurídico-privada. Y este tema se enmarca, a su vez, en otra cuestión de fondo que presentábamos al iniciar el presente trabajo —a través de las palabras de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (62)— como uno de los problemas más acuciantes del Derecho administrativo actual: el papel que la Administración puede legítimamente hacer desempeñar a dichos entes instrumentales que, desde hace ya numerosos años, se están convirtiendo en auténticas «redes organizadas de huida hacia el Derecho privado». Lo que sí nos parece importante añadir, para acabar, es que no debemos permitir que el creciente protagonismo de las sociedades mercantiles públicas se interprete como una fatalidad. El futuro de dichas formas de personificación depende de la voluntad del legislador y de todos aquellos que, en mayor o menor medida, contribuyen a su conformación. No viene predeterminado por la «fuerza del destino».

(62) *El Derecho...*, cit., pág. 69.

