

JURISPRUDENCIA

SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS Y JURISDICCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA NUEVA JURISPRUDENCIA

RICARDO LLADOSA REDONDO

«El Derecho mercantil respira libertad, como enclave del Derecho privado que es. El Derecho administrativo respira garantía, pues nació como forma jurídica de garantía frente al poder. Pues bien, como paradoja actual, el Derecho mercantil está sometido a controles legales (protección del usuario, consumidor, libertad de concurrencia, reglas de contabilidad, transparencia de actuaciones) que se asemejan al otrora naciente Derecho administrativo, en tanto que el Derecho administrativo va vaciando su ingrediente de garantía ante el postulado de la eficacia».

JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ

SUMARIO: I. EL DEBATE EN TORNO A LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN MANO PÚBLICA.— II. BREVE REFLEXIÓN ACERCA DEL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LA DEFINICIÓN, MÁS AMPLIA, DE PODER PÚBLICO.— III. HACIA UN DERECHO HÍBRIDO, PÚBLICO-PRIVADO, PARA REGULAR EL FUNCIONAMIENTO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN MANO PÚBLICA.— IV. SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS Y JURISDICCIÓN: UN DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE JUSTICIA Y SEGURIDAD JURÍDICA.— V. UNA CONCLUSIÓN NECESARIAMENTE ABIERTA.

RESUMEN: El ejercicio de funciones públicas a través de sociedades mercantiles por parte de las distintas Administraciones es cada día más usual. La naturaleza híbrida del régimen jurídico de estas entidades, sometidas al Derecho privado con carácter general, pero también al Derecho Administrativo en parcelas significativas de su actividad, plantea dificultades al abordar el control jurisdiccional de sus actuaciones, las cuales deben respetar en todo caso los principios básicos que rigen el actuar de las Administraciones matrices.

Palabras clave: empresas públicas; sociedades mercantiles públicas; principios constitucionales; jurisdicción contencioso administrativa.

ABSTRACT: The implementation of public functions by means of trading companies on the part of the different Administrations is getting more usual every day. The hybrid

nature of these entities legal system, subject to private laws in general, but also to public rules in some part of its activities, creates difficulties in order to exercise jurisdictional control of its acts. These acts have always to respect the basic principles which guide the acting of its Public Administrations shareholders.

Key words: public enterprises; public trading companies; constitutional principles; jurisdiction against the State.

I. EL DEBATE EN TORNO A LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN MANO PÚBLICA

A lo largo del último curso político de la pasada legislatura, previo a las elecciones locales y autonómicas del 27 de mayo de 2007, la prensa aragonesa se hizo eco del debate parlamentario, mantenido en las Cortes de Aragón, en torno a la transparencia en la gestión de las empresas de la Comunidad Autónoma (1).

Aquél que acceda a la página web de la institución legislativa —no ya como científico del Derecho, sino como mero observador—, y teclee en su buscador las palabras: «empresa pública», se encontrará con no menos de quinientos enlaces a Boletines Oficiales y a Diarios de Sesiones de las últimas décadas; menudearán en la pantalla preguntas de diputados, interpelaciones, mociones, solicitudes de comparencias, comisiones de investigación, propuestas de Ley o no de Ley... Las más aceradas controversias que éstas contienen suelen versar sobre aspectos tales como adjudicaciones de obras o servicios, selección de personal, control financiero y, como no, la *transparencia* en la actuación administrativa, establecida en el artículo 62 de nuestro reciente Estatuto de Autonomía de Aragón (2).

En medio de esta retahíla de información ordenada cronológicamente, sorprende advertir que aquellos grupos políticos acusados ahora de opacidad, antaño achacaban falta de transparencia. Pierden así importancia los sujetos del debate, cobrando relevancia su objeto —las empresas públicas—, cuya notoriedad parece avivarse conforme se acercan las citas electorales.

(1) Véase *Heraldo de Aragón*, ediciones impresas de 6 y 9 de diciembre de 2006; 9 de febrero, 3 y 8 de mayo de 2007. *El Periódico de Aragón*, ediciones impresas de 17 de diciembre de 2006; 9 y 11 de febrero de 2007. *20 Minutos*, edición impresa de 14 de febrero de 2007, etc.

(2) Ley Orgánica 5/2007, de 30 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. La actualidad del tema no se circunscribe al ámbito aragonés. Las Cortes Generales aprobaron ese mismo mes la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las empresas públicas y de transparencia financiera de determinadas empresas.

En los meses previos a los comicios, alegaba la oposición el artículo 12 del Reglamento rector del legislativo aragonés, que citamos textualmente: 1. *Para el mejor cumplimiento de las funciones parlamentarias, los Diputados tendrán derecho a requerir de las (...) empresas públicas de la Comunidad Autónoma la información y documentación que obre en poder de éstos. (...)* 4. *La institución o Administración requerida (...) deberá facilitar al Presidente de las Cortes la información y documentación solicitada (...).* Y en este punto matiza el precepto: *...o manifestar las razones fundadas en Derecho que lo impidan.*

Y por dar una de cal y otra de arena, o, mejor, una de «transparencia» y otra de «opacidad», cabe señalar que, desde distintos sectores del Ordenamiento Jurídico, no faltan razones para atender, cuando menos, a esta última matización. Así, por ejemplo, SALA ARQUER (3) señala como el Gobierno de la Nación, ante la tesitura de informar acerca de las sociedades estatales de su titularidad, adujo el art. 32 del Código de Comercio, según el cual *la contabilidad de los empresarios es secreta*, pudiendo únicamente decretarse la comunicación de sus libros, correspondencia y demás documentos mercantiles en los casos de *sucesión universal, suspensión de pagos, quiebras, liquidaciones de sociedades o entidades mercantiles, expedientes de regulación de empleo, y cuando los socios o los representantes legales de los trabajadores tengan derecho a su examen directo.*

La jurisprudencia y doctrina mercantiles justifican esta privacidad, entre otras razones, en la preservación de la estrategia empresarial en un entorno de libre competencia.

Para la jurisprudencia (4) y la doctrina administrativistas, dicha competencia no es, desde luego, ajena a las empresas públicas que no presten servicios en régimen de monopolio. En efecto; el art. 128.2 CE reconoce la *iniciativa pública en la actividad económica* situando teóricamente en un mismo plano a las Administraciones públicas con los ciudadanos y empresas privadas, sin perjuicio, eso sí, del alcance del Derecho administrativo sobre dichas actividades (5). MALARET I GARCÍA va más lejos en esta apreciación, llegando a afirmar que la iniciativa pública estará sometida necesariamente a las mismas reglas de los particulares, identificándose así un ámbito de exclusión, un ámbito de delimitación negativa, un área de no

(3) SALA ARQUER, José Manuel, «Huida al Derecho privado y huida del Derecho, en REDA, nº 75, julio septiembre 1992, p. 409-410.

(4) Véase Ar. RJCA 2002/525, STSJ de Andalucía nº 132/2002 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª), de 25 de febrero, Ponente: Ilmo. Sr. D. Jerónimo Garvín Ojeda.

(5) BERMEJO VERA, José, *Derecho administrativo básico. Parte general*, sexta edición, Thomson Civitas 2005, p. 42.

Derecho administrativo y, por el contrario, de sometimiento necesario a las reglas de la competencia (6).

Llegados a este punto, cabe replantearnos la pregunta anterior: ¿deben las sociedades mercantiles de la Administración ser transparentes y facilitar información acerca de su gestión en el marco de una economía de mercado sometida a la libre concurrencia?

Este podría ser el punto de partida de uno de los muchos debates que constituyen «el debate» en torno a las empresas públicas: ¿hasta dónde alcanzan en estas personificaciones de Derecho privado los principios constitucionales y estatutarios que rigen el actuar de las Administraciones públicas?; a saber: el deber de transparencia, la promoción de la libertad y la igualdad entre los ciudadanos, la interdicción de la arbitrariedad, la vinculación a los derechos y libertades reconocidos en el Título I, Capítulo II CE, la vinculación al Derecho presupuestario, el sometimiento a los intereses generales, la audiencia de los ciudadanos, el acceso a los archivos y registros públicos administrativos...

El aparente nudo gordiano de todas estas cuestiones no es otro que la difícil separación entre Derecho público (administrativo) y Derecho privado (civil, mercantil, laboral...) cuando las Administraciones públicas deciden adoptar la forma jurídica de sociedad mercantil. El Derecho administrativo impone unos procedimientos tendentes a garantizar los principios citados de los que el Derecho privado carece, por la sencilla razón de que éste, tradicionalmente, ha regulado relaciones entre personas físicas o jurídicas particulares que debían dirimir sus diferencias en condiciones de igualdad, sin la existencia de poderes exorbitantes a favor de una de ellas.

La creciente importancia de las sociedades mercantiles públicas como instrumento organizativo y de gestión de las Administraciones ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal de Cuentas en un reciente informe de fiscalización del ejercicio 2002 (7). Señala el órgano constitucional que las empresas públicas dependientes de las Administraciones autonómicas y locales alcanzaron en ese año la cifra de 1.447; monto que, sin duda, ha crecido considerablemente en los últimos años (8). Sólo en Aragón, las partidas de gasto público

(6) MALARET I GARCÍA, Elisenda, «El Derecho de la administración pública: Derecho público y Derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales», en *Seminario sobre Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración pública*, Barcelona, 7 de mayo de 1997 ed. Marcial Pons e Institut d'Estudis Autònoms, Generalitat de Catalunya, p. 22.

(7) Informe de Fiscalización de los Sectores Públicos Autonómico y Local, ejercicio 2002, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 29 de marzo de 2007.

(8) Como prueba de ello, baste apuntar que, sólo en el periodo de redacción del presente trabajo de investigación, se crearon en Aragón tres sociedades, mediante Decretos 56, 87 y 204

destinadas a financiar las empresas que conforman el sector público autonómico ascienden en 2008 a 572 millones de euros. Si tenemos en cuenta que la Diputación General de Aragón y sus entidades públicas esperan gastar 5.568 millones (9), aquella cantidad supone, grosso modo, un 10% respecto de ésta.

Sin prejuzgar la conveniencia o no de acudir a la fórmula mercantil, que requerirá en cada caso concreto un análisis pormenorizado —ni más ni menos que el que imponen las leyes—, urge replantear la cuestión en aras de la seguridad jurídica, ya que de poco sirve el debate político, o la puesta a disposición de leyes, si ni éstas ni aquél son capaces de superar el aludido nudo gordiano entre la aplicación del Derecho público y el Derecho privado.

En el desarrollo de la presente investigación, trataré de demostrar que el poder judicial, y en concreto la jurisdicción contencioso-administrativa, tienen mucho que decir al respecto. En su labor revisora de la actuación administrativa, y como garante de la legalidad de ésta, la jurisprudencia de este orden jurisdiccional, hoy dispersa y algo contradictoria, debiera constituir un corpus jurídico de primer orden a la hora de fijar criterios que permitan deslindar cuando un conflicto que se suscite en torno a las empresas públicas tiene carácter público o privado.

Problemas, desde luego, no faltarán a la hora de alcanzar este objetivo. El principal de ellos deriva del carácter estatutario del Derecho administrativo como Derecho de la Administración pública (10). Otro no menos importante es el fuero jurisdiccional esencialmente subjetivo que establece el art. 1.1 LJ, en virtud del cual *los Juzgados y Tribunales del orden contencioso administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo*.

De la lectura de este precepto parece deducirse que si no existe una actuación de las Administraciones públicas como tales, sería de aplicación lo dispuesto en el art. 5 LJ: la improrrogabilidad de la jurisdicción.

de 2007 (BOAs de 5 de mayo, 30 de mayo y 1 de agosto); se autorizó la participación en el capital de otra: Decreto 93/2007, de 8 de mayo (BOA de 5 de junio) y se acordó ampliar el capital de otra más: Decreto 64/2007, de 8 de mayo (BOA de 23 de mayo).

(9) Ley 7/2007, de 29 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2008, publicada en el BOE de 31 de diciembre de 2007.

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Thomson Civitas, Duodécima edición, 2004, p. 43; BERMEJO VERA, José, *Derecho administrativo básico. Parte general*, sexta edición, Thomson Civitas 2005, p. 33; COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, tomo I, Thomson Civitas, decimoséptima edición, 2006, p. 42.; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho administrativo I, parte general*, decimoquinta edición, 2004. Los dos últimos citando expresamente a García de Enterría.

Se impone, por tanto, comenzar a abordar el problema de la justiciabilidad de la actuación de las sociedades mercantiles en mano pública, analizando lo que la doctrina y la jurisprudencia entienden por Administraciones públicas, y si aquéllas pueden, de alguna forma, incluirse en la definición de éstas.

II. BREVE REFLEXIÓN ACERCA DEL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LA DEFINICIÓN, MÁS AMPLIA, DE PODER PÚBLICO

Es la propia Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, en su artículo 1.2, la que define lo que debe entenderse por Administraciones públicas a los efectos de su aplicación. Junto a la Administración general del Estado, la de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración local [apartados a), b) y c)], incluye el apartado d) del citado artículo *las entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales*.

Lo dispuesto en el citado artículo 1.2 d) LJ lo ratifica, con carácter más general, el 2.2 LAP, según el cual *las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública*.

Dado que la delimitación de los apartados a), b) y c) del art. 1 LJ parece clara, cabe preguntarse si las sociedades mercantiles bajo control público pueden considerarse, de algún modo, incluidas entre las *entidades de Derecho público* de los citados arts. 1.2 d) LJ y 2.2 LAP. Hacerse esta pregunta equivale a resucitar un debate casi tan antiguo como la propia existencia de aquéllas, que, salvo casos aislados, toma carta de naturaleza en nuestro Derecho administrativo en 1924, de la mano del Estatuto Municipal de Calvo Sotelo (11). Desde entonces, la doctrina y la jurisprudencia han venido planteándose si dichas sociedades son «Estado» o «propiedad» de éste.

Desde el punto de vista subjetivo-formal, esta pregunta la responden con claridad GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (12), situando en su nacimiento y per-

(11) Véase en www.boe.es: Real Decreto Ley de la Presidencia del Directorio Militar, por el que se aprueba el Estatuto Local, publicado en la Gaceta de Madrid del 9 de marzo de 1924. En los artículos 174 y 175, el Estatuto crea la figura de los «Consejos de Administración», cuyos miembros tendrán la misma responsabilidad que los administradores de las sociedades anónimas. No obstante, será la Ley Municipal republicana de 1935 quien introduzca en nuestra legislación la prestación de servicios públicos a través de Sociedades anónimas de titularidad pública en su artículo 135 b) (*Gaceta de Madrid* de 3 de noviembre de 1935).

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Thomson Civitas, Duodécima edición, 2004, p. 419 ss.

sonificación la sustancia distintiva de las mismas. Así, según estos autores, mientras las sociedades mercantiles forman parte del *numerus clausus* de personas jurídico-privadas tipificadas por el Ordenamiento —que incluye también las sociedades civiles, fundaciones, asociaciones, mutualidades y cooperativas—, creadas a través de negocios jurídico privados; las personas jurídico públicas o *entidades de Derecho público* se crean a través de normas con rango legal, que contienen y dan eficacia a su estatuto jurídico, y que como tales normas legales se integran en el derecho objetivo.

En efecto; la legislación vigente parece abonar esta tesis: hoy en día, tanto unas instituciones como otras, se regulan en nuestro Derecho administrativo en varias normas capitales. La primera de ellas, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), vino a paliar el caótico escenario creado por el RDL 1091/1988, de 23 de septiembre (Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1977), cuyo art. 6, en clara confusión terminológica, calificaba por igual a sociedades mercantiles y entidades de Derecho público bajo la denominación de «sociedades» estatales.

La situación había llegado a tal punto que, poco antes de la aparición en escena de la LOFAGE, el profesor GARRIDO FALLA llegó a afirmar: *nos enfrentamos con un auténtico universo de personas jurídicas públicas (entidades instrumentales) de muy variada naturaleza, sometidas a diversos regímenes jurídicos y cuyo denominador común no resulta fácil determinar* (13).

La LOFAGE, de alguna forma, recuperó una cierta administrativización (14). Bajo la rúbrica general de organismos públicos, se integran los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales. Las sociedades mercantiles estatales, separadas ya de cualquier categorización común con las entidades públicas de toda clase, se citan únicamente en la Disp. Ad. 12ª, aclarando ésta que se regirán por el Título VII de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, lo cual no deja de ser una metáfora de que esta norma las considera «propiedad» del Estado y no «Estado».

Así pues, la separación entre sociedades mercantiles estatales y organismos públicos en la LOFAGE parece clara. Aunque no se sancione expresamente, existe sobre ello amplio consenso, no sólo doctrinal sino también juris-

(13) GARRIDO FALLA, Fernando, «Origen y evolución de las entidades instrumentales», en *Administración institucional. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, tomo I, 1994, p. 29.

(14) MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Sebastián, «La organización administrativa y la aplicación del Derecho privado», en *Seminario sobre Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración pública*, Barcelona, 7 de mayo de 1997 ed. Marcial Pons e Institut d'Estudis Autònoms, Generalitat de Catalunya, p. 39.

prudencial. En este sentido, una reciente sentencia, en alusión a la citada Disp. Ad. 12^ª afirma: *esta Sala no puede ignorar esta realidad normativa indiscutible, y por consiguiente no le es posible considerar como Administración pública a una sociedad pública estatal con forma de sociedad anónima (...), pues si así hiciera estará vulnerando la Ley, que escogió esta modalidad de organización y no otra* (15).

Entiende el Tribunal que por mucho que Televisión Española, S.A. sea una sociedad unipersonal participada únicamente por el Ente Público Radio Televisión Española, no puede ignorarse su personalidad jurídica independiente y separada de la de aquél. Sólo el Ente es Administración Pública, circunstancia que deriva únicamente de la forma jurídica que le asigne su normativa reguladora, con lo cual el Tribunal no hace sino remitirse una vez más al dato del origen de la personalidad, cuyo nacimiento marca la Ley 4/1980, del estatuto de la radio y la televisión.

Pero si la separación entre entidades de origen público y privado operada por la LOFAGE fuera poca, con la entrada en vigor de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria se producirá el anunciado divorcio: la nueva LGP deroga el citado artículo 6 de su predecesora haciendo desaparecer las «sociedades estatales», que pasarán a llamarse «sociedades mercantiles estatales»; frente a los organismos autónomos y entidades públicas empresariales (16). Todos estos entes formarán parte del sector público estatal, único nexo de unión entre entidades de base pública y privada de la Administración estatal.

En el ámbito autonómico aragonés, el Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (LAAr) reprodujo el esquema organizativo creado por la LOFAGE. En su artículo 13, esta norma configura una Administración institucional autonómica compuesta, al igual que la estatal, por *organismos públicos*, los cuales podrán adoptar la forma jurídica de *organismos autónomos* o de *entidades de Derecho público*.

Separadamente de los *organismos públicos* —señala el mismo artículo

(15) Véase Ar. JUR 2006/129544, STSJ de Madrid nº 1514/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^ª), de 9 de diciembre. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Pérez Alférez.

(16) El art. 3.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (BOE de 31 de octubre de 2007) entra en clara contradicción con la LOFAGE, la LJ y la LAP al afirmar expresamente que las entidades públicas empresariales no tendrán la consideración de Administración pública. Este hecho supone, en la práctica, que las normas de la contratación pública les sean de aplicación en las mismas condiciones que a las sociedades mercantiles. Sirva esta mención como ejemplo de lo resbaladizo del concepto de Administración pública.

13— podrán existir *empresas de la comunidad autónoma* que, según aclara el artículo 83, adoptarán exclusivamente la forma de sociedad mercantil (17).

Así pues, puede concluirse que, desde el punto de vista jurídico-formal, no cabe duda del carácter distintivo que otorga a las entidades de Derecho público y a las sociedades mercantiles de la Administración el nacimiento de la personalidad: de Derecho público en el primer caso y de Derecho privado en el segundo, así como la consideración de las primeras como Administración pública, con arreglo a las leyes, y de la exclusión de las segundas, que tan sólo formarán parte del sector público estatal, autonómico o local (18).

Como ya he apuntado anteriormente, esta circunstancia ha dado lugar en numerosas ocasiones a que, en aplicación del art. 1 LJ, el Orden Jurisdiccional contencioso administrativo haya apreciado su falta de competencia, desestimando recursos sin entrar a conocer el fondo del asunto. Así lo hace la Audiencia Nacional en sentencia de 19 de junio de 2001, en la que se plantea la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños infringidos en una finca particular a consecuencia de las obras ejecutadas por la sociedad estatal SIEPSA. Considera la Audiencia que *nos encontramos ante la actividad desplegada por una sociedad en régimen de Derecho privado (...), por lo que la solicitud de la actora debió plantearse en otro ámbito jurisdiccional (...) procede desestimar el recurso contencioso ahora planteado, sin perjuicio de cuantas acciones correspondieren en otro orden jurisdiccional respecto de la pretensión aducida* (19).

Pero un análisis de la verdadera naturaleza de las sociedades mercantiles públicas no puede centrarse exclusivamente en el dato de su nacimiento. Ni siquiera en su aspecto jurídico-formal, como instituciones privadas participadas total o parcialmente por entes públicos, puesto que estas circunstancias no dejan de ser meros datos. Importa mucho más al análisis, a mi juicio, el contenido de sus actuaciones, puesto que son éstas las que finalmente se proyectan sobre el ciudadano, sin que en ningún momento pueda dudarse de su origen público, fruto de decisiones tomadas en el seno de sus Administraciones públicas matrices.

(17) Quizá con el adverbio «exclusivamente» pretenda el legislador aragonés evitar una posible confusión con las entidades públicas empresariales de la LOFAGE.

(18) La regulación de las sociedades mercantiles locales se contiene principalmente en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y en el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes de régimen local. En el ámbito autonómico aragonés, por la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón.

(19) Véase Ar. JUR 2001/295866, SAN (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 8ª), 19 de junio de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Alberto Fernández Rodera.

Esta circunstancia la apreció mi tempranamente nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de septiembre de 1978 que, por su clarividencia, merecía citarse textualmente: *la unidad de la Administración se comunica en cierta medida al conjunto de empresas públicas, desde el momento en que es aquella quien las fiscaliza y decide por y sobre tales empresas (...) aun cuando unas veces las normas a que se someten sean (...) de Derecho privado (...), porque lo trascendental es la organización montada para desarrollar una actividad económica que entra en los fines previstos por el Estado (...); así, la Administración participa en concepto de socio, y además comparte también la dirección y gestión empresarial (20).*

Sirva la anterior sentencia, en comparación con la citada dos párrafos más arriba, como primer ejemplo de la inseguridad jurídica que preside la cuestión de las sociedades mercantiles de la Administración en sede judicial; pero a su vez, y en sentido positivo, como muestra de la perspicacia con que, en determinadas ocasiones, los jueces han «levantado el velo» de la personalidad instrumental más haya de la cual se contenían las actuaciones de la Administración *in veste* privada.

Todo ello nos lleva, necesariamente, a concluir en un punto en el cual la doctrina administrativista es prácticamente unánime; en efecto, ante la imposibilidad de encajar la cuestión de la actividad material de las sociedades mercantiles públicas en el concepto clásico de Administración, resulta necesario acuñar un nuevo concepto comprensivo de las mismas: este concepto no es otro que el de poderes públicos.

La noción de poderes públicos tiene hoy su base en la Constitución española de 1978, y su sustrato no es otro que los grandes principios que deben regir el actuar de las Administraciones públicas; principios a cuya aplicación debe ser indiferente el actuar en Derecho público o en Derecho privado, pues su existencia no se ve alterada por la aplicación de uno u otro.

Señala ORTEGA MARTÍN como el Tribunal Constitucional ha sido quien con más frecuencia ha aplicado el criterio material de poder público (21). A este órgano debemos una de las primeras definiciones de poder público bajo la perspectiva que importa a esta investigación. Nos la facilita la STC de 11 de mayo de 1983 (22), que dice así:

(20) Citada por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, «Las empresas públicas: reflexiones en el momento presente», en RAP, n.º 126, septiembre-diciembre de 1991.

(21) ORTEGA MARTÍN, Eduardo, «El control judicial de la actividad de la Administración pública», en *Seminario sobre Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración pública*, Barcelona, 7 de mayo de 1997 ed. Marcial Pons e Institut d'Estudis Autònoms, Generalitat de Catalunya, p. 109.

(22) Recurso de amparo n.º 142/1982. Ponente: D. Francisco Rubio Llorente.

La noción de «poderes públicos» que emplea nuestra Constitución (arts. 9 (...) 53 y otros) sirve como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo. (...) La necesidad de hacer más flexible el funcionamiento de estos entes interpuestos, puede aconsejar el que se dé a su estructura una forma propia del Derecho privado y que se sometan a éste los actos empresariales que debe llevar a cabo para el ejercicio de su función, pero ésta, en cuanto dirigida directamente al público como tal, ha de entenderse vinculada al respeto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, según dispone el art. 53.1 de ésta, y, en consecuencia, los ciudadanos protegidos también frente a ella con los instrumentos que el ordenamiento les ofrece para salvaguardarla de sus derechos fundamentales frente a los actos de poder.

Pero el asunto que quizá haya sido objeto de un mayor número de comentarios por parte de la doctrina sea el famoso «caso Inicatives». Versaba este acerca de la impugnación solicitada contra el acuerdo de constitución de una sociedad mercantil local adoptado por el Ayuntamiento de Barcelona. Pues bien, el Tribunal Supremo, dejando de lado la amplia potestad de autoorganización conferida por la Ley a las Administraciones públicas para la constitución de sociedades mercantiles, apreció que el objeto social de la mercantil adolecía de una generalidad que conculcaba diversos principios constitucionales; señaladamente, el interés general, la libre competencia y la equitativa asignación de los recursos públicos prescrita ex arts. 103, 38 y 31 CE (23).

Es evidente en el «caso Inicatives» la apreciación, una vez más, por parte del Tribunal, de la existencia de un concepto material de Administración, ya que el órgano judicial no pone en cuestión en ningún momento la facultad de constituir la sociedad como persona jurídica independiente del Ayuntamiento, sino que pone el acento en sus actividades y fines, los cuales deben inspirarse en idénticos principios que si los actuara la propia Corporación municipal.

La doctrina administrativista ha analizado profusamente este concepto material de poderes públicos acuñado a partir de nuestra Constitución, si bien, con anterioridad a ésta, el problema ya se había planteado en relación con la actuación de la Administración en Derecho privado. Basta para ello acudir, por ejemplo, a un artículo de GARRIDO FALLA. Ya en los años cincuenta,

(23) Véase Ar. RJ 1989/7352, STS de 10 de octubre de 1989. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Bruguera Manté.

este autor, a la hora de dilucidar cuando aquélla podía someterse al Derecho privado y cuando debía hacerlo al público, llegaba a la conclusión de que la Administración se regiría por éste último cuando actuara en su calidad de Poder público, y añadía: *Pero entonces otra vez hacemos entrar al problema en un callejón sin salida, ya que precisamente el criterio para saber cuando el Estado interviene o no como Poder público es el que nos está haciendo falta para diferenciar el Derecho público del privado* (24).

Desde una perspectiva actual, la solución de este aparente círculo vicioso la aportan distintos autores. Así, TRONCOSO REIGADA, citando a MARTÍN RETORTILLO BAQUER, afirma que la prestación de un servicio público, con carácter instrumental, a través de una empresa pública con forma mercantil, puede permitir configurar a ésta como auténtico poder público en los términos mismos y con las consecuencias que de tal calificativo cabe derivar de la propia Constitución (25).

Pero el primero de los dos autores va más allá en sus planteamientos, afirmando que no es necesario estar en presencia de un servicio público en sentido estricto, sino que esta conclusión debe extenderse a toda la actividad instrumental y empresarial de la Administración, puesto que, como sentencia MARTÍN REBOLLO, es un hecho la cada vez mayor utilización de técnicas privatísticas por parte de la Administración potencialmente generadoras de lesiones a los Derechos y libertades de los ciudadanos, y ante esto, cabe concluir que los poderes públicos no dejan de ser tales cuando actúan en régimen jurídico privado, ya que —según este autor—, ostentan casi siempre una posición dominante en el mercado (26).

¿Cuál es el criterio que permite deslindar cuándo la acción privada administrativa queda subsumida en el concepto de «poder público»?, se pregunta BARNÉS VÁZQUEZ; y acudiendo a la doctrina alemana sobre el particular —que estudiaremos en el siguiente epígrafe—, se responde: *el criterio no puede ser otro que el del cumplimiento directo de competencias públicas, esto es, la satisfacción inmediata del interés general*; principio éste que, si no el más importante, sí es, tal vez, el más propio y específico de cuantos vinculan a las Administraciones públicas según nuestra carta magna; constituyendo una prueba más de la construcción «material» y no «formal» del concepto de *poderes públicos* acuñado por la doctrina científica.

(24) GARRIDO FALLA, F., «Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales», RAP n.º 7 enero-abril de 1952.

(25) Troncoso Reigada, A., *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, 1997, Pag. 189; citando a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho administrativo económico*, Madrid, La Ley, 1988, p. 264.

(26) Obra citada en el punto anterior, p. 206; citando a MARTÍN REBOLLO, L., *La vía judicial previa...*

Llegados a este punto, podemos concluir que, de acuerdo con nuestra legislación y con la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias, las sociedades mercantiles creadas o participadas por las Administraciones públicas no forman parte de éstas sino que son propiedad de las mismas.

Del mismo modo, podemos concluir con igual quórum doctrinal, pero con mayor división de opiniones en nuestra jurisprudencia —como expondremos más adelante— que, junto al concepto formal de Administraciones públicas, basado en el dato de hallarse constituidas en forma jurídico-pública (27), existe el concepto material de poderes públicos, constituido principalmente por un conjunto de principios y mandatos constitucionales dirigidos expresamente a las Administraciones públicas, inspiradores del Ordenamiento jurídico-administrativo, que prevalecen aun cuando la Administración actúe sometida al Derecho mercantil mediante la creación o participación en el capital de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.

Es en este campo jurídico-material, y no en el jurídico-formal, donde se libra la batalla entre el Derecho público y el privado; donde están en juego, en definitiva, las garantías de los ciudadanos frente al poder. Y como son precisamente estas garantías la esencia del debate acerca de las sociedades mercantiles en mano pública, en el punto siguiente, el cometido de esta investigación será delimitar ese ámbito jurídico-material. A continuación, en el punto cuarto, una vez delimitado el marco jurídico a aplicar, abordaremos cual sea el óptimo jurisdiccional para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 24 CE (la tutela judicial efectiva) atendiendo por igual a los ideales de justicia y de seguridad jurídica.

III. HACIA UN DERECHO HÍBRIDO, PÚBLICO-PRIVADO, PARA REGULAR EL FUNCIONAMIENTO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN MANO PÚBLICA

No puedo evitar comenzar este punto citando al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA. Según el maestro de administrativistas, *un empresario o persona privada puede dilapidar, si quiere, su patrimonio, favorecer con él a sus amigos, asumir los riesgos que desee, (...) elegir como quiera a sus empleados o sus contratistas, etc. Un «poder público» (concepto material que utiliza la Constitución (...)), no puede hacer nada de eso, porque tiene expresamente proscrita la actuación arbitraria (art. 9.3 CE), porque tiene la obligación de promover la libertad y la igualdad de los individuos y de los*

(27) SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho administrativo*, volumen II, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 637.

grupos (del grupo de ofertantes posibles de los contratos, por ejemplo) «sean reales y efectivas» (art. 9.2), porque les vinculan todos los derechos y libertades (art. 53.1), porque están sometidos al Derecho presupuestario (art. 134.2) y a la censura del Tribunal de Cuentas (art. 136), porque manejan fondos públicos, además de ajenos, lo que impide toda equiparación con los empresarios o administradores privados, porque están obligados a la objetividad, a la imparcialidad, a servir los intereses generales (art. 103.1), porque han de someterse a ciertos principios del procedimiento administrativo (art. 105) y al control judicial de su actuación y de los fines que la justifican (art. 106.1) (28).

Poco puede añadirse a tan rotundo párrafo respecto del sometimiento a la Constitución española de los poderes públicos y, en concreto, de las Administraciones públicas, si no es, simplemente, para incrementar la nómina de vinculaciones a más principios y obligaciones de actuación provenientes de otros artículos. Con carácter no exhaustivo podrían citarse los siguientes:

- Art. 9.1: Sujeción de los *poderes públicos* a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.
- Art. 23.1: Derecho de los ciudadanos a participar en los *asuntos públicos*.
- Art.23.2: Derecho a acceder en condiciones de igualdad a las *funciones y cargos públicos*.
- Art.31.2: Asignación equitativa de los *recursos públicos*, cuya programación y ejecución responderá a los criterios de eficiencia y economía.
- Art.38: Los *poderes públicos* garantizarán y protegerán el ejercicio del derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (29).

Nótese que en todos los artículos citados, los sujetos responsables de la acción del verbo son los poderes públicos o aspectos de su actuación directamente controlados con éstos (las funciones públicas, los recursos públicos, los asuntos públicos...).

Todo ello llevó a DEL SAZ CORDERO a plantear la existencia en nuestra Constitución de una auténtica *garantía institucional* a favor de la Administra-

(28) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Thomson Civitas, duodécima edición, 2004, p. 410.

(29) Tal como hemos indicado en el punto primero, la intervención pública en actividades económicas no calificadas como monopolio debe respetar la libre competencia, cuyo fundamento se haya precisamente en la mención de este artículo al *marco de la economía de mercado*.

ción pública, y una *reserva de Derecho administrativo* para su regulación que, en todo caso, debía respetarse cuando aquélla actuara en régimen de Derecho privado.

Según DEL SAZ CORDERO, los principios enunciados en esta página han «constitucionalizado» la propia existencia del Derecho administrativo, entendiéndose éste como el conjunto de normas singulares que regulan la actividad administrativa y cuyo cumplimiento se sujeta al pleno control jurisdiccional ex art. 106.1 CE.

Esta *reserva de Derecho administrativo* es la que impide —siempre según esta autora— que la Administración, huyendo del Derecho público, se convierta en una persona de Derecho privado, renunciando a sus prerrogativas para actuar en «aparentes» condiciones de igualdad con los particulares, y hurtando a cambio a éstos, las garantías que frente a la actuación de las Administraciones públicas les confiere aquélla rama del ordenamiento jurídico y su jurisdicción: la contencioso-administrativa (30)

El concepto de la *garantía institucional*, íntimamente ligado a la *reserva de Derecho administrativo*, ha sido tratado más profusamente por TRONCOSO REIGADA que, citando a CRUZ VILLALÓN y éste, a su vez, a la doctrina alemana de CARL SCHMITT (31), la define como una categoría jurídica que alberga aquellos preceptos constitucionales que hacen referencia a organizaciones o instituciones con la finalidad de otorgarles una especial protección, asegurando así su existencia y haciendo imposible su supresión por el legislador ordinario. Para PAREJO ALFONSO, esta finalidad protectora llega a identificar a la Constitución con la garantía, de manera que toda lesión de ésta es un ataque a la Constitución misma. (32)

Así pues, TRONCOSO REIGADA, cercano a la tesis de DEL SAZ CORDERO, entiende igualmente que los artículos de la Constitución antes enunciados garantizan un modelo constitucional de Administración y que, en virtud del carácter directamente aplicable por los jueces y Tribunales de aquélla, son de aplicación en todo caso al actuar de las sociedades mercantiles en mano pública como contenido mínimo y necesario de la susodicha *reserva de Dere-*

(30) DEL SAZ CORDERO, S., «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional», en CHINCHILLA, C.; LOZANO, B.; DEL SAZ, S., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo, Tres estudios*, Madrid, Civitas / UNED, 1992.

(31) TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, 1997, p. 118; citando a CRUZ VILLALÓN, P., «Formación y evolución de los derechos fundamentales», REDC nº 25, 1989, p. 35-62; basándose en SCHMITT, C., *Teoría de la constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1992.

(32) PAREJO ALFONSO, L., *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, IEAL, 1981.

cho administrativo, y como limitación a la aplicación a éstas del Derecho privado.

La postura del primero de los autores citado en el párrafo anterior no es, no obstante, tan maximalista como la de la segunda, o como la de LAGUNA DE PAZ (33), que llegan a sentenciar la inadecuación de las sociedades mercantiles como instrumentos de la Administración, negando una realidad cada día más extendida, cual es la actuación de éstas en régimen de Derecho privado: civil, mercantil y laboral, por razones de eficacia, de agilidad de procedimientos o, simplemente, para dar una respuesta más adecuada a determinadas demandas sociales.

Quien sí se manifestó abiertamente en contra de los postulados de DEL SAZ CORDERO fue BORRAJO INIESTA en un artículo de tanto calado doctrinal como el de la Catedrática de La Laguna (34). Comienza BORRAJO INIESTA su exposición alegando que, aun partiendo de las mismas premisas que aquélla autora (la existencia de principios constitucionales sobre la actuación de los poderes públicos que vinculan a la Administración y al legislador), es preciso llegar a una conclusión diferente en aras de la prudencia y la cautela.

La prudencia se refiere a la amplia potestad de autoorganización que poseen las Administraciones públicas y la legalidad del recurso a constituir sociedades mercantiles y a actuar en régimen de Derecho privado, según hemos enunciado en el punto segundo.

La cautela deriva de la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha negado expresamente que la carta magna pueda ser interpretada a la luz del ordenamiento legal, debiendo hacerse la operación cabalmente a la inversa. Los estudiosos, según el alto Tribunal, deben abstenerse de *esculpir teorías en la Constitución para oponerlas al legislador* (35). Según BORRAJO INIESTA, la lucha del Derecho contra las inmunidades y la arbitrariedad del poder ha de llevarse a cabo en el contexto que ofrecen las leyes y no contra ellas.

Así pues, antes de conservar el Derecho administrativo tal y como existe frente a la «piqueta» del legislador, resulta necesario explotar el nuevo edificio que nuestras leyes están construyendo para la Administración pública, lo que permite a este autor llegar a la conclusión de que la huida de la Admi-

(33) LAGUNA DE PAZ, J.C., «La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades», en *Administración institucional. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, tomo I, 1994, p. 1191; «La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo», en RAP, nº 136, enero abril de 1995.

(34) BORRAJO INIESTA, I., «El intento de huir del Derecho administrativo», en REDA, nº 78, abril-junio de 1993.

(35) Véanse Ar. RTC 76/1983, STC 76/1983, de 5 de agosto y Ar. RTC 150/1991, STC 150/1991, de 4 de julio.

nistración al Derecho privado es, en cierta medida, inútil, ya que aquélla no puede dejar de ser quien es por mucho que se disfrace de sociedad mercantil. En efecto; tanto la Administración como sus sociedades son administradores de caudales ajenos.

Esta circunstancia impide que la sociedades mercantiles en mano pública, por mucho que administren dichos caudales, lo puedan hacer con la libertad de los propietarios. Según este autor, los códigos plantean soluciones apropiadas a este estatuto jurídico especial como, por ejemplo, la regulación de determinados contratos, como el mandato civil o la comisión mercantil, que permitirán actuar a la Administración sobre sus sociedades en términos similares a como lo hacen sobre sus organismos mediante el ejercicio de potestades públicas de control y fiscalización.

Pero además, el Derecho común otorga medios para la protección de los usuarios de las obras y servicios prestados por las sociedades en mano pública, cuales son: el Derecho de consumidores y usuarios, la objetivación de la responsabilidad civil de los fabricantes, la prohibición de cláusulas abusivas o contrarias a la buena fe, la defensa de la libre competencia, la transparencia en las actuaciones...

La situación de imposición de normas de *ius cogens* sobre el principio de autonomía de la voluntad consagrado en nuestro Derecho civil ha llegado a un punto que VILLAR PALASÍ ha comparado al actual Derecho mercantil con el otrora naciente Derecho administrativo en cuanto a las garantías del ciudadano, en tanto que éste último, *parece estar vaciando su ingrediente de garantía ante el postulado de la eficacia* (36).

Así pues, según BORRAJO INIESTA, la llamada huida del Derecho administrativo no equivale a una huida del Derecho, ni tiene por que suponer el incumplimiento por los poderes públicos de los derechos y principios que enuncia nuestra Constitución. Se trata, más bien, de una huida de las grandes leyes administrativas. Al abandonarlas, el legislador confía el Derecho administrativo a su fuente originaria: la jurisprudencia de los Tribunales, que, en los intersticios del Derecho civil, mercantil y laboral, debe crear un Derecho adecuado para las Administraciones públicas *in veste* privada.

Diversos autores han terciado en el debate entre DEL SAZ CORDERO y BORRAJO INIESTA, adoptando la mayoría de ellos una postura intermedia consistente en afirmar —como ya dijimos en el punto anterior— la existencia de unos principios constitucionales que vinculan a todos los poderes públicos, pero negando, a su vez, que constituyan una reserva de Derecho administra-

(36) VILLAR PALASÍ, J.L., «Tipología y derecho estatutario de las entidades instrumentales», en *Administración institucional. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, tomo I, 1994, p. 176.

tivo. Por otra parte, la mayoría tampoco acepta la idea de BORRAJO INIESTA de que el Derecho privado pueda dar respuesta adecuada y suficiente al problema de la salvaguarda de los principios constitucionales (37).

De todos los planteamientos intermedios, merece la pena destacar, por su lucidez expositiva, el del profesor MARTÍN RETORTILLO BAQUER (38). Según este autor, no cabe duda de que la intencionalidad de los arts. 103 y 106 CE, viene referida al Derecho administrativo; de ello, sin embargo, no se deduce que tal situación sea inalterable. Las garantías institucionales que cabe derivar de la Constitución, y que resultarían inmunes al legislador ordinario, no son tanto el sometimiento a un orden jurídico o jurisdiccional concreto, sino al Derecho y al control de la Administración por los Tribunales.

Así pues, más consistente que entender que la Constitución sanciona de modo expreso una reserva de Derecho administrativo, es considerar que existen una serie de principios directamente vinculantes para la actuación administrativa, actúe ésta *in veste* de tal Administración, o conforme a procedimientos jurídico-privados. Para el profesor MARTÍN RETORTILLO, este planteamiento pivota, obviamente, sobre la idea de poder público y, en este sentido, la cuestión no es otra que la de delimitar la dimensión y alcance que debe tener el actuar de éstos en régimen de Derecho privado.

A lo largo de la historia del Derecho administrativo, la doctrina ha intentado dar respuesta a este intrincado problema. Como es sabido, fue el jurista suizo FRITZ FLEINER quien, en 1928, acuñara la expresión *huida del Derecho administrativo* tratando de explicar el fenómeno surgido a finales del siglo XIX, cuando los Ayuntamientos en Inglaterra, Alemania y Suiza municipalizaron los servicios públicos y constituyeron sociedades por acciones, siendo ellos los únicos accionistas o conservando la mayoría de los títulos (39).

Una de las primeras teorías que trató de explicar la dicotomía Derecho público-Derecho privado en la actuación de la Administración es la de los *actos de autoridad* y los *actos de gestión* (40). Según esta teoría, los primeros son aquellos en que la Administración actúa con *imperium*, imponiendo

(37) Se encuentran en línea con esta postura: LEGUINA VILLA, J., «Algunas ideas sobre la Constitución y la huida del Derecho administrativo», *Revista jurídica de Navarra*, nº 19, enero-julio 1995; DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Alternativa, 1999, etc.

(38) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., «Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo», *RAP*, nº 140, mayo-agosto 1996.

(39) Al igual que ocurrió en España con el antes referido Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924.

(40) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Thomson Civitas, duodécima edición, 2004, p. 54 ss.

sus decisiones al administrado de modo coercitivo; los *actos de gestión*, sin embargo, son aquellos en los cuales actúa en condiciones de igualdad con el particular, como un sujeto más en el tráfico jurídico. Mientras estos últimos no hay inconveniente en que se sometan al Derecho privado, los primeros deben someterse al Derecho administrativo.

A pesar de que esta teoría procede del siglo XIX, todavía tiene repercusión en algunas de nuestras principales leyes administrativas; prueba de ello es el art. 2.2 antes aludido de la LAP, o el art. 85.3 LRBRL que, en alusión expresa a las sociedades mercantiles locales, afirma que en ningún caso podrán prestarse por éstas los servicios públicos que impliquen el ejercicio de autoridad.

Tal vez basándose en esta teoría, TRONCOSO REIGADA considera que, de las actividades tradicionales de la Administración, la actividad de policía debe desarrollarse siempre en régimen de Derecho público (41). Dentro de dicha actividad incluye este autor el orden público, las autorizaciones, la concesión de licencias, el establecimiento de sanciones y, paradójicamente, la recaudación de impuestos, la cual, unos años antes, se había encomendado a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sometida al Derecho privado (42).

De todo lo anterior cabe deducir que, si bien legalmente la teoría de los actos de autoridad y los actos de gestión sigue vigente, en la práctica parece haber sido superada por las circunstancias. Algo similar, aunque con distintos matices, le ha sucedido al criterio del *servicio público*.

Esta segunda teoría, obra doctrinal de la Escuela de Burdeos (DUGUIT, JÉZE y BONNARD), nace de la emergencia del concepto material de *servicio público*, que no necesariamente debe implicar uso de autoridad, pero cuya gestión para estos autores sí debe estar sujeta al Derecho administrativo.

Pero resulta que la prestación de servicios públicos hoy en día se ha hecho tan compleja que nos encontramos servicios públicos prestados por entidades de Derecho público o por entidades privadas; sometidas indistintamente al Derecho público o al Derecho privado en función de sus normas de creación.

Por último, debemos enunciar el criterio de la *prerrogativa*, que nace de la polémica mantenida por MAURICE HAURIUO con la Escuela de Burdeos. Según el insigne jurista francés, lo que provoca la actuación del Derecho adminis-

(41) TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, 1997, p. 136 ss.

(42) Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1991, art. 103.

trativo es la actuación dotada de prerrogativa, entendiendo por tal la realizada con medios jurídicos excepcionales o exorbitantes respecto del Derecho común.

Apunta GARRIDO FALLA que en el Derecho administrativo existe un juego dialéctico entre la prerrogativa de la Administración, por un lado, y la garantía del particular por otro. Tan es así, que la prerrogativa sin garantías sería utilizada por los gobernantes en beneficio propio, mientras que la ausencia de prerrogativas pondría en serios apuros la prestación de servicios públicos (43).

El criterio de la prerrogativa viene a recuperar de alguna forma el de los actos de autoridad; no obstante, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ advierten de los graves reparos a que da lugar este criterio. Según estos autores, entre las actividades tradicionales que no deben prestarse nunca a través del Derecho privado, se encuentran igualmente las de fomento; es decir: la concesión de subvenciones que, en todo caso, debe ser resultado de un procedimiento reglado que garantice que se beneficien de las mismas aquéllos que ostentan mejor derecho. Apoya esta tesis ZANOBINI, según el cual, las actividades de policía y fomento son funciones públicas soberanas, esenciales e irrenunciables por el Estado (44). Sin embargo, en las actividades de fomento no hay, en principio, ejercicio de autoridad ni prerrogativa alguna, lo cual quizá haya motivado que también el fomento haya sido asumido por empresas públicas.

Ante la falta de regulación legal de la prestación de estas últimas actividades por empresas públicas, y el detrimento de seguridad jurídica que ello supone, con fina ironía, SANTAMARÍA PASTOR sentencia que *el empleo de la fórmula de la sociedad mercantil (...) como instrumento de organización de la Administración clásica (...) de fomento, no ha hecho más que empezar y, pese a las justificadas voces de alarma acerca de sus riesgos, parece ofrecérsele un futuro prometedor.*

Sin duda estoy de acuerdo en que el desarrollo de la actividad de fomento por sociedades mercantiles públicas supone riesgos, al no existir un procedimiento público reglado que garantice la igualdad de todos los aspirantes a la hora de obtener, por ejemplo, una subvención. Tal vez por ello, la nueva Ley de Contratos del Sector Público incluya la novedosa figura de los contra-

(43) GARRIDO FALLA, F., «Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales», RAP, nº 7, enero-abril de 1952.

(44) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Thomson Civitas, duodécima edición, 2004, p. 55; TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, 1997, p. 136.

(45) Art. 2.2, Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, publicado en el BOE de 31 de octubre de 2007.

tos subvencionados (45), procedente del Derecho comunitario. Son tales los que sin ser celebrados por entes del sector público, se encuentran subvencionados por más del 50% y, a resultas de ello, se someten a las normas de la contratación pública.

Pero más allá de estos criterios tradicionales, interesa también el conocimiento, aunque sea somero, de la doctrina alemana al respecto del sometimiento de los entes privados de la Administración al Derecho administrativo. Esta doctrina ha dado lugar a la creación de un Derecho propio de estos entes denominado: *Derecho privado administrativo*.

La doctrina del *Derecho privado administrativo* surge en los años cincuenta del siglo pasado de la mano de diversos juristas alemanes, entre los que destacan SIEBERT y WOLFF, como necesidad sentida de preservar ciertas garantías cultivadas en el Derecho público que, en todo caso, han de respetarse cuando, por imperativos de eficacia u oportunidad, la Administración satisface fines públicos mediante el ordenamiento jurídico privado. Así, esta doctrina lo que pretende es distinguir entre la actividad privada de la Administración que se somete por completo al ordenamiento privado, de aquella otra que se sujeta a un *Derecho privado administrativo*, por cuya virtud, algunas normas de Derecho público modifican, completan o sustituyen a las reglas del Derecho privado general (46).

La actividad que se someta al *Derecho privado administrativo* será aquella que sirva para satisfacer *finés de carácter prestacional o de dirección* (actividad de fomento). En estos casos, según EHLERS, serán de aplicación un conjunto de normas de Derecho público referentes a: derechos fundamentales, límites competenciales, normas presupuestarias, criterios de publicidad y concurrencia en la contratación de obras públicas, autorización para actos de disposición del patrimonio, etc.

En definitiva, la doctrina del *Derecho privado administrativo* no deja de ser, en esencia, lo mismo que la *garantía institucional* y la *reserva de Derecho administrativo* que predica DEL SAZ CORDERO, solo que mientras en el caso alemán la jurisprudencia reconoce su aplicación con carácter general debido a la gran tradición de actuación de los poderes públicos en régimen de Derecho privado a través de sociedades mercantiles, la jurisprudencia española, al igual que la doctrina, no acaban de aceptar su aplicación debido principalmente a dos causas ya repetidas: la primera es la prevalencia del concepto subjetivo-formal de Administración pública frente al objetivo-material de

(46) BARNÉS VÁZQUEZ, J., «Introducción a la doctrina alemana del Derecho privado administrativo», en *Administración institucional. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, tomo I, 1994, p. 230.

poder público; la segunda, el carácter estatutario del Derecho administrativo como Derecho de la Administración pública.

Procede, por tanto, abordar un punto de vista distinto, siquiera para adquirir una visión adecuada del problema al que nos enfrentamos: el control jurisdiccional de las sociedades mercantiles en mano pública. Este punto de vista no puede ser otro que el del legislador, puesto que por muy fragmentarias e incompletas que sean las normas jurídicas relativas a este tipo de entes mercantiles, como apuntaba BORRAJO INIESTA citando al Tribunal Constitucional: la lucha del Derecho contra las inmunidades y la arbitrariedad del poder ha de llevarse a cabo en el contexto que ofrecen las leyes. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de la aplicación directa de la Constitución española, reconocida hoy, unánimemente, por la doctrina administrativista.

En el punto segundo he tratado parcialmente la cuestión al abordar las normas de creación de sociedades mercantiles por el Estado, la Comunidad Autónoma de Aragón y, en menor medida, por las Administraciones locales. Decíamos en ese apartado que la creación de las *sociedades mercantiles estatales*, en su acepción actual, se debe a la Disp. Ad., 12ª de la LOFAGE, que remite su regulación al Título VII de la LPAP. En los diecisiete artículos que componen este Título (166 a 185), se establecen lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado normas de funcionamiento *ad intra*, es decir: aquellas que atañen a la relaciones de la sociedad con su ente creador; a saber: las competencias de creación y disolución de estas sociedades, su régimen patrimonial, las normas relativas a la tenencia y enajenación de sus acciones, los requisitos para llevar a cabo modificaciones estatutarias, para aplicar los resultados del ejercicio, el régimen de responsabilidades de sus administradores...

Cabe señalar que todas estas facultades y competencias, una vez ejercidas por sus titulares, producen auténticos actos administrativos que preceden a la normativa mercantil que sería de aplicación a la adopción de dichos acuerdos, y se rigen por lo dispuesto en la LAP, en especial en materia de procedimiento y recursos. En cuanto al funcionamiento *ad extra*, será de aplicación en todo caso el Derecho privado, salvo en aquellas materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación.

Esta dicotomía en el régimen jurídico de las sociedades mercantiles públicas queda plasmada con meridiana claridad en una reciente sentencia relativa a una sociedad mercantil propiedad del Ayuntamiento de Granada. Según la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Andalucía, *las fuentes normativas que deben regir el funcionamiento de este tipo de sociedades evidencian una separación entre el funcionamiento de las mismas ad extra, esencial-*

mente mercantil, y algunos aspectos del funcionamiento interno, que el legislador aísla y separa de la Ley mercantil, invocando las normas que rigen la Administración local (47).

En el ámbito autonómico aragonés, como también apunté en el punto segundo, el art. 13 de la LAAr establece que podrán existir *empresas de la comunidad autónoma* que, según aclara el 83, adoptarán exclusivamente la forma de sociedad mercantil (48). Como en el caso estatal, la Ley autonómica reserva un núcleo de Derecho administrativo *ad intra* que, curiosamente, ofrece un mayor margen a la Administración que la Ley estatal al afirmar; en efecto, el art. 85 LAAr estatuye que las empresas de la Comunidad Autónoma se registrarán por el Derecho privado, *sin perjuicio de las reglas específicas que figuran en esta Ley y en la legislación de Hacienda y Patrimonio de la Comunidad Autónoma o las que puedan establecerse en sus normas de creación.*

Este último aserto resulta de extraordinario interés, ya que, unido al hecho de que entre los contenidos del Decreto de creación de la sociedad, regulados en el artículo anterior, están: *la organización y funcionamiento de la Sociedad, o: las funciones que se reserve el Gobierno de Aragón*, podría darse, en función de la voluntad expresada en el mismo por el Ejecutivo, una cierta administrativización del citado régimen jurídico.

Cabe destacar también de esta normativa aragonesa de creación de sociedades mercantiles autonómicas, la mención que hace el art. 87 al régimen de su personal, cuyo *nombramiento (49) (...) irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad (50).*

Este artículo puede calificarse de gran valor, ya que nos sirve para ejemplificar el problema que supone el control jurídico de las sociedades mercantiles públicas. En efecto, el art. 87 deriva sin duda de los principios constitucionales antes aludidos, contenidos en el artículos 23.2 CE (igualdad de acceso

(47) Véase Ar. RJCA 2002/525, STSJ de Andalucía de 25 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1ª. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jerónimo Garvín Ojeda.

(48) Aunque sea una diferencia de matiz, que no de fondo, nótese el diverso tratamiento de las sociedades mercantiles estatales, cuya regulación la LOFAGE remite a la LPAP, como simples «propiedades mobiliarias» del Estado, y de las empresas de la comunidad autónoma de Aragón, a cuya regulación la LAAr dedica un capítulo entero.

(49) La LAAr no puede evitar sus genes públicos, y aunque someta al personal de las empresas de la Comunidad Autónoma al Derecho del trabajo, y no a las normas de la función pública, a continuación habla de «nombramiento», y no de «contratación», lo cual sería lo correcto.

(50) El texto de este precepto se reproduce en idénticos términos en el art. 255 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de la Comunidad Autónoma de Aragón.

a las funciones y cargos públicos) y 103.3 CE (acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad), directamente aplicables al conjunto de las Administraciones públicas.

Pero si a un participante en un proceso de selección a una empresa pública autonómica se le ocurriera impugnar la contratación laboral de otro candidato ante la propia Administración o ante un juez, se encontraría con que éstos, atendiendo al concepto subjetivo de Administraciones públicas, entenderían que una contratación laboral no puede considerarse una función o cargo público. De hecho, la doctrina ha abordado el tema de la contratación laboral por las empresas públicas sin alcanzar conclusiones concluyentes al respecto, más allá de que se rigen por el Derecho laboral. En función de éste, corresponde al empresario libremente seleccionar al trabajador que desee (51) (recuérdese la cita del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA con la que abriremos este punto).

En Alemania, tal vez resultase de aplicación la doctrina del *Derecho privado administrativo* —antes explicada— y el juez pudiera aplicarla, revocando la contratación efectuada directamente, sin proceso selectivo. En España, sin embargo, esta opción no sería posible, por más que desde un punto de vista teleológico-material, en materia de contratación de personal, una empresa pública participe, en esencia, del concepto de poder público.

La positivación del principio constitucional mediante la LAAR, operada por el citado art. 87, supone que exista una Ley que obligue a las empresas de la Comunidad Autónoma a convocar un proceso de selección; Ley que, en todo caso, deberá ser aplicada por los Jueces y Tribunales.

Junto a las sociedades mercantiles estatales y las empresas de la Comunidad Autónoma, las Leyes estatales (LRBRL, arts. 85-86) y autonómicas aragonesas (LALA, Capítulos II y IV del Título VII), regulan la creación de sociedades mercantiles por los entes locales dentro de las opciones de gestión directa o indirecta de los servicios públicos o, simplemente, para la realización de actividades económicas en el marco de las competencias locales.

Más allá de las normas relativas a su creación y a las relaciones con sus entes matrices, la regulación que hace el ordenamiento jurídico administrativo de las sociedades mercantiles en mano pública es más bien exigua, y referida únicamente a aspectos muy concretos de su actividad; concretamente: la gestión de servicios públicos; el control presupuestario, contable, patrimonial y financiero y, por último (pero en primer lugar por orden de importancia): la contratación pública.

(51) GONZÁLEZ BIEDMA, E. «Notas sobre las relaciones de trabajo en las empresas públicas», en *Administración institucional. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, tomo I, 1994.

Respecto al primer aspecto, la regulación es más bien escasa y referida a cada servicio en particular; en efecto, cuando una empresa pública presta un servicio público *uti universi* a un conjunto de ciudadanos, la Administración puede fijar a aquélla unas condiciones del rango normativo que proceda para regular y garantizar su prestación.

En relación con el control económico de las sociedades mercantiles públicas, este se contempla, con carácter general, en las aludidas LGP y LPAP para el ámbito estatal; en la LAAR, la LPAR y la LHAR para el ámbito autonómico aragonés y, por último, en la LALA y en la LHL para las sociedades mercantiles locales. Por último, todas las sociedades mercantiles del sector público estatal, autonómico y local, están sometidas a la fiscalización del Tribunal de Cuentas (LOTIC).

Nótese que, en todo caso, las normas aludidas hasta ahora se refieren, casi con carácter general, al Derecho *ad intra* de estas sociedades; a saber: las normas de Derecho administrativo que regulan las relaciones con sus entes matrices. Sin embargo, el tráfico jurídico *ad extra*, se regirá por lo dispuesto en el Derecho civil, laboral o mercantil, en el que las sociedades mercantiles públicas actuarán en pie de «igualdad» con los ciudadanos en cualquier conflicto que pueda derivarse de su actividad (salvo en los casos de prestación de servicios públicas, antes aludidos).

Tal vez el único ámbito en el cual esto no sea totalmente así sea en materia de contratación pública; es en este aspecto donde, ante la «prerrogativa» de las empresas públicas de contratar utilizando dinero público, la Ley otorga a los ciudadanos la «garantía» de poder exigir que se respeten los principios de publicidad y concurrencia. El contenido jurídico de esta garantía ha oscilado a lo largo de los últimos años, debido, fundamentalmente, a las sentencias condenatorias al reino de España por no incorporar el contenido de las Directivas europeas.

La primera de estas sentencias del TJUE se dicta el 15 de mayo de 2003, Asunto C-214/00. En ella, el órgano jurisdiccional dictamina que *en la medida en que excluye de antemano del ámbito de aplicación personal de la Directiva a las sociedades de Derecho privado, la normativa española de que se trata en el caso de autos (52) no incorpora correctamente el concepto de «poder adjudicador» que figura en el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva, tal como se define en el artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37.*

En efecto; aunque la jurisprudencia TJUE comienza a interpretar el concepto de poder adjudicador tras la adopción de las Directivas 92/50 y 93/36, 37 y 38, será el 15 de mayo de 2003 cuando se produzca la primera sen-

(52) El RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, BOE nº 148, de 21 de junio.

tencia condenatoria al Reino de España por incumplimiento de la dispuesto en ellas. Esta sentencia, junto con la de 16 de octubre del mismo año sobre la sociedad estatal SIEPSA, que reitera los argumentos de la anterior, motivaría la modificación del artículo 2 y la Disposición Adicional 6ª de la LCAP a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas administrativas, fiscales y del orden social. Hasta esa fecha, la normativa de aplicación a los entes privados controlados por la Administración la marcaban los referidos artículos 2 y Disposición Adicional 6ª, conjuntamente con el artículo 1.3 de la LCAP, que marcaba los límites de lo que podía denominarse *entidad de Derecho público* de conformidad con lo establecido en el art. 2.2 de la LAP y los art. 41 y ss. de la LOFAGE.

Pero la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, no soluciona el problema denunciado por el Tribunal de Luxemburgo, ya que continúa aplicando un criterio formal a la hora de definir «organismo público», como se desprende de la literalidad del art. 2.1 modificado: *Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior y las sociedades de derecho privado (...)*. La mera mención por separado de las mismas y por oposición al artículo 1.3 indica que el legislador las está considerando sustancialmente distintas, de conformidad con la ya citada LOFAGE y la LAP y el art. 6 de la LGP 88.

Este incumplimiento da lugar a una nueva sentencia condenatoria por incorrecta transposición del artículo 1 de las Directivas que se produce el 13 de enero de 2005, lo cual se intenta paliar con una segunda modificación del artículo 2.1 y la Disposición Adicional 6ª, mediante Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, cuya novedad consiste, básicamente, en que la mención genérica a *las sociedades de derecho privado* es sustituida por: *las sociedades mercantiles a que se refieren los párrafos c) y d) del apartado 1 del artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y otras sociedades mercantiles equivalentes de las demás Administraciones públicas (...) y las fundaciones del sector público*.

Como conclusión al citado Decreto Ley, podemos afirmar que el legislador español, si bien amplía el ámbito subjetivo de aplicación —incluye a las fundaciones y a las sociedades de la Ley 33/2003—, lo hace únicamente por encima de los límites cuantitativos establecidos por el artículo 7 de la Directiva 2004/18 (53), quedando al margen del contenido de la Ley todos

(53) (...) *los contratos de obras, de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 5.923.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 236.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados*. Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública (los límites cuantitativos han sido objeto de revisión por parte de diversas normas posteriores).

aquellos contratos que se encuentren por debajo de dichos umbrales, los cuales estarán sometidos sólo a los principios generales de publicidad y concurrencia que establece la Disposición Adicional 6ª.

Después de las descripciones anteriores, con las que únicamente he querido trazar un esquema de la situación, sólo falta concluir que el problema del ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas 2004/18 y 2004/17 no quedaba zanjado en el Ordenamiento jurídico del Estado español, dado que las dos modificaciones operadas por la Ley 62/2003 y por el Decreto-Ley 5/2005 no satisfacían por completo al legislador comunitario, cuya posición no había variado desde la adopción de las primeras Directivas de los años noventa.

Pero más allá de la imperiosa necesidad de armonizar nuestra legislación con la comunitaria, debida, lógicamente, a la superioridad del Derecho comunitario sobre el Derecho interno, debemos de reinterpretar el sentido de las reformas citadas en clave de la investigación. En este sentido, no hace falta discurrir mucho para advertir que su aplicación supone un hito en nuestra jurisprudencia.

En efecto; en virtud de estas Directivas y de su interpretación por el TJUE, nuestros jueces comenzaron a aplicar un concepto amplio de Administración pública, superando las barreras jurídico-formales que plantea el art. 1 LJ. Al considerar que el dato esencial para que se apliquen las reglas de la contratación pública no es la personalidad jurídico-pública del ente, sino que éste satisfaga necesidades de interés general y esté controlado por la Administración, se hace depender esa aplicación íntegramente de su carácter de *poder adjudicador* que, en esencia, contribuye a crear por primera vez en nuestro Derecho un verdadero concepto material de Administración, un noción más próxima a la aludida en el punto anterior de poder público.

Corroborar lo anterior el hecho de que en ocasiones los Jueces y Tribunales renunciaran al concepto jurídico-formal de Administración a los efectos de la aplicación íntegra de la ya derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a una sociedad mercantil, al considerar a ésta parte integrantes de aquéllas en base a su caracterización como *Poder adjudicador*.

Tal es el caso de la sentencia de 6 de junio de 2006 en la que el TS casa una sentencia del TSJ de Andalucía declarando nulo el acuerdo del consejo de administración de una empresa municipal relativo a la adjudicación de un contrato de obras. La sociedad mercantil había observado los principios de publicidad y concurrencia que marca la Disp. Ad. 6ª de la LCAP, pero no se había ajustado estrictamente al procedimiento de contratación que marcan los artículos 78 y 135 de la Ley.

Nótese que el TS no sólo trató a la sociedad mercantil como una Administración pública en sentido estricto, sino que consideró un acuerdo de su consejo de administración como una suerte de acto administrativo impropio anulable en sede administrativa (54).

A pesar de ello, el legislador español, al abordar la necesidad de una nueva Ley de la contratación pública al objeto de incorporar el concepto de poder adjudicador, ha preferido no entenderlo así, intentando combinar el cumplimiento de las Directivas con la tradición jurídica española.

En efecto; si uno lee la nueva Ley de Contratos del Sector Público (55), no tarda mucho tiempo en advertir esta circunstancia. Así, en vez de tratar de construir un concepto amplio y material de Administración pública, basado en la satisfacción de necesidades públicas, lo que hace nuestro legislador es utilizar tres conceptos preexistentes a modo de «capas de una cebolla», a las cuales les será de aplicación una parte u otra de la Ley. En la capa interior de la cebolla se encuentran las Administraciones públicas del art. 1 LJ; las Administraciones en sentido formal, que constituyen el núcleo duro de aplicación de la Ley, su mayor nivel de exigencia. Por encima de dicha capa se incorpora al ámbito de aplicación el concepto comunitario de *poder Adjudicador* (art. 3.3), cuya condición la compartirán la predefinida Administración y todos los demás entes de cualquier clase con personalidad jurídica propia, creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil siempre que otros poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de sus directivos o administradores. Para definir la última capa de la cebolla se cita al Sector Público, que aglutina a la Administración territoriales del art. 1 LJ, y a un conjunto de entidades de Derecho público o privado vinculadas a ellas: sociedades mercantiles, fundaciones, consorcios, etc. (cabe destacar, como novedad, la inclusión de las asociaciones constituidas por entes del Sector Público y las Mutuas de Accidentes de Trabajo de la Seguridad Social).

Este ámbito subjetivo determina tres regímenes de contratación distintos, que aparecen diferenciados a lo largo del capitulo de la Ley, creando una norma totalmente nueva en la que parece que cada aplicador potencial, en función del tipo de entidad en la que desempeñe su prestación laboral o funcional, tendrá que emplear un fluorescente para subrayar los artículos que le apliquen.

(54) Véase la reciente Ar. 2006/3434, STS (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª) de 6 de junio de 2006. Ponente: Excmo. Sr.D. Antonio Martí García.

(55) Publicado en el BOCG de 8 de junio de 2007.

A pesar de la confusión inicial que produce este ámbito subjetivo, considero que la Ley da un paso adelante para poner coto a la grave inseguridad jurídica reinante en la materia a la hora de conocer la normativa aplicable a las sociedades mercantiles públicas (56), si bien, la novedad de la misma puede causar ciertos problemas aplicativos iniciales derivados de su complejidad técnica, su carácter fragmentario y sus innumerables remisiones.

Así pues, de todo el contenido de este punto tercero, podemos concluir que la doctrina mayoritaria considera que existen un conjunto de principios básicos del Derecho público administrativo contenidos en nuestra Constitución. Dichos principios, si bien no configuran una *reserva de Derecho administrativo* ni de *Administración pública*, sí son de obligado cumplimiento para todos los poderes públicos, incluidos todos aquellos cuya forma jurídica sea la de sociedad mercantil o cualquiera otra sometida al Derecho privado, siempre que se dé en dichos entes un control efectivo de cualquier clase por parte de dichos poderes públicos o estén mayoritariamente financiados por éstos.

El legislador no ha desarrollado adecuadamente tales principios constitucionales en forma de normas positivas, limitándose a legislar acerca de las normas de creación de sociedades mercantiles por las distintas administraciones y sus relaciones con el ente administrativo creador, sometiendo toda su acción exterior al Derecho privado: civil, mercantil y laboral. El problema surge a la hora de cohonestar la aplicación de éstos y los principios constitucionales que deben regir la actuación de la Administración matriz, que en ningún caso deja de serlo por actuar en Derecho privado.

A pesar de ello, en los últimos años, y debido a la necesidad de armonizar el Derecho español con el Comunitario, nuestra jurisprudencia ha comenzado a aplicar un concepto material de poder público administrativo comprensivo de las sociedades mercantiles de la Administración, obviando, en aras de los principios de publicidad y libre concurrencia, el carácter privado de las sociedades mercantiles e, incluso, su imposibilidad de producir actos administrativos; circunstancia ésta que ha cristalizado en la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público.

Pero más allá de este importante hito en materia de contratación pública, llegados a este punto, resulta necesario afrontar la última parte de la investi-

(56) Esta circunstancia la puse de manifiesto en una investigación anterior: LLADOSA REDONDO, R., *La asunción del concepto de «poder adjudicador» de la contratación pública europea por la Jurisdicción Contencioso Administrativa en España*, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza: trabajo de doctorado del programa de Derecho administrativo.

gación, aquella que da título al trabajo: el control jurisdiccional de las sociedades mercantiles públicas.

En efecto; partiendo de la base de que el Derecho son formas, pero que éstas no constituyen un valor en si mismas, sino que están al servicio de los valores consustanciales del Estado de Derecho (57), trataremos de analizar las posibilidades de nuestra jurisdicción contencioso administrativa, o de otros órdenes, de enjuiciar actuaciones de sociedades mercantiles públicas infractoras de los principios constitucionales (y también legales), que deben regir, en todo caso, el actuar de las Administraciones públicas, aun en régimen de Derecho privado.

IV. SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS Y JURISDICCIÓN: UN DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE JUSTICIA Y SEGURIDAD JURÍDICA

Sobre la idea de la justiciabilidad de las sociedades mercantiles en mano pública proyecta la doctrina científica sus posturas en relación a cómo deba resolverse la dicotomía Derecho público-Derecho privado que afecta a estos entes, configurando su régimen jurídico como un «híbrido» a medio camino entre ambos: *ad intra*, Derecho público; *ad extra*, privado.

Sin embargo, no es la distinción Derecho administrativo versus Derecho civil, mercantil o laboral la primera que se nos plantea, sino la propia condición del orden contencioso administrativo, ya apuntada, como justicia de la Administración. El art. 1 LJ parece claro al señalar que dicho orden conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con las actuaciones de las Administraciones públicas. Hemos concluido en el punto primero que, según la doctrina y la jurisprudencia españolas, éstas no incluyen en ningún caso a entidades jurídico privadas. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA ha llegado a afirmar que *el criterio delimitador utilizado por la LJ es exclusivamente de orden subjetivo formal. Sin la presencia de una Administración pública no puede haber proceso contencioso administrativo* (58).

Otros autores, como por ejemplo SANTAMARÍA PASTOR, matizan esta afirmación advirtiendo que, si bien el criterio básico delimitador de la jurisdicción contencioso administrativa es esencialmente subjetivo, *razones de política legislativa han aconsejado introducir también criterios de delimitación de*

(57) MALARET I GARCÍA, E., «El Derecho de la administración pública: Derecho público y Derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales», en: *Seminario sobre Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración pública*, Barcelona, 7 de mayo de 1997, ed. Marcial Pons e Institut d'Estudis Autònoms, Generalitat de Catalunya, p. 22.

(58) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Thomson Civitas, Novena edición, 2005, p. 599.

carácter objetivo o funcional, que complican sensiblemente la descripción de este ámbito de competencia (59).

También afirma este autor que, *por no ser de Derecho público, no tienen la condición de Administraciones a efectos jurisdiccionales las sociedades mercantiles de propiedad pública.*

Sin embargo, la realidad parece superar a estos dos grandes juristas, ya que hoy en día es común encontrar sentencias en las cuales sociedades mercantiles públicas figuran como partes demandadas ante demandantes particulares. Esto ha sido especialmente común en los últimos años, con carácter previo a la entrada en vigor de la LCSP, en materia de contratación pública (60). Pero no sólo en esta materia, sino también, por ejemplo, en materia de prestación de servicios públicos a través de sociedad instrumental (61).

Así, por ejemplo, el TSJ de Aragón admite la interposición de un recurso contencioso contra la resolución (62) del consejero delegado de una sociedad estatal por la que se adjudica un contrato. Dicha sociedad figura como única demandada, sin el concurso en este caso de la Administración General del Estado. No obstante, esto último no solía ser lo habitual. Normalmente, las sociedades mercantiles públicas suelen figurar como codemandadas junto a sus Administraciones matrices, sean éstas locales, autonómicas o estatales.

Conocidas estas dificultades, procede abordar, desde las distintas posturas doctrinales, las soluciones que se plantean desde el punto de vista jurisdiccional.

Así, DEL SAZ CORDERO (63), en coherencia con su teoría de la *garantía institucional* y la *reserva de Derecho administrativo*, considera que es la jurisdicción contencioso administrativa debe conocer en todo caso de las cuestio-

(59) SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho administrativo*, vol 2 ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 4ª edición, 2002, p. 636 ss.

(60) Véanse: Ar. JUR 2003/274018, STSJ de Aragón de 9 de abril de 2003; Ar. RJ 2005/93702, STSJ de Madrid de 25 de febrero de 2005; Ar. RJ 2006/441, STSJ del País Vasco de 31 de marzo de 2006, etc.

(61) Véase Ar. RJ 2002/525, STSJ de Andalucía, 25 de febrero de 2002.

(62) Según el diccionario de la RAE, vigésimo segunda edición, año 2001, acepción 5ª, una resolución es un decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa o judicial. Nótese que en este caso se está tratando como tal la decisión adoptada por el consejero delegado de una sociedad mercantil.

(63) DEL SAZ CORDERO, S., «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en CHINCHILLA, C.; LOZANO, B.; DEL SAZ, S., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo, Tres estudios*, Madrid, Civitas / UNED, 1992. «La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», en RAP, n. 133, enero-abril 1994.

nes relativas a las sociedades mercantiles, puesto que sólo esta jurisdicción es apta para apreciar la existencia de dicha reserva de Derecho administrativo y aplicar los principios constitucionales ex arts. 106 y 153 CE.

Recurre esta autora al procedimiento llamado de amparo judicial establecido en la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, que es la vía para defender la vigencia de los principios constitucionales cuando la Administración actúe en régimen de Derecho privado a través de un procedimiento preferente y sumario (64).

Este procedimiento ha sido utilizado por nuestra jurisprudencia en alguna ocasión, en relación con actuaciones de sociedades mercantiles; así, por ejemplo, la STS de 9 de junio de 1988 estima en parte el recurso presentado en base a la Ley 62/1978 en relación con la municipalización de los servicios mortuorios por un Ayuntamiento, que se prestarán a partir de ese momento por una sociedad mixta, habiéndose excluido a determinados licitadores que ven vulnerado el principio de igualdad.

Esta solución, sin embargo, sólo aplica cuando existe una vulneración de derechos fundamentales; circunstancia que, obviamente, no se da en todos los casos.

Contrariamente a DEL SAZ CORDERO, MARTÍN RETORTILLO BAQUER (65) considera —como ya introdujimos— que no existe en nuestra Constitución una reserva de Derecho administrativo y de jurisdicción contencioso administrativa; no cabe, pues, la solución global y fácil de atribuir a tal orden jurisdiccional todas las pretensiones que se deduzcan de las actuaciones de las sociedades mercantiles públicas. La solución para este autor consiste en *asumir una perspectiva material del ejercicio de todas las funciones administrativas*, con independencia de que su desempeño lo lleve a cabo una sociedad mercantil, considerando que *son siempre actuaciones de un poder público*. Desde esta óptica, existen una serie de formulas que permitirán al juez de lo contencioso administrativo intervenir. En este sentido, defiende MARTÍN RETORTILLO la técnica de los *actos separables*; doctrina que apoyan igualmente GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (66) y que cuenta con una gran tradición en nuestra jurisprudencia.

(64) Este procedimiento también lo trata TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización, empresa pública y constitución*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 417.

(65) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., «Reflexiones sobre la huida del Derecho Administrativo», en RAP, nº 140, mayo agosto 1996, p. 52-53.

(66) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Thomson Civitas, Duodécima edición, 2005, p. 411.

La técnica de los actos separables la expone brillantemente GARCÍA TREVIJANO FOS razonando que, así como en el ámbito del Derecho privado la formación de la voluntad de los sujetos ofrece un margen de libertad en el ejercicio de los derechos; en el ámbito de la Administración dicha formación de la voluntad está regulada minuciosamente, de suerte que toda decisión o acuerdo obedece a *un conjunto de actuaciones preliminares que debidamente desintegradas, quedan sometidas al Derecho (...)* La aplicación de la técnica de la desintegración a la actuación administrativa (...) permite la admisión en nuestro Derecho de los actos que hemos llamado separables (67).

Así considerados, estos actos administrativos separables pueden impugnarse individualizadamente, lo cual permite someter a la jurisdicción contencioso administrativa el acto de adjudicación de un contrato, o la capacidad de un contratante, por ejemplo, con independencia de que dicho contrato haya sido ya suscrito y producido efectos jurídicos. En esta línea, subraya CARRETERO PÉREZ (68) que la actuación de la Administración debe *ser legal en todos sus elementos, puesto que los actos administrativos pueden descomponerse en ellos y cada elemento ha de ser igualmente legal.*

En esta doctrina temprana, la virtualidad de los actos separables se pone de manifiesto en la práctica de los contratos privados de la Administración, en los cuales su preparación y adjudicación se regía por el Derecho administrativo y su ejecución por el Derecho civil o mercantil; se planteaba, por tanto, una dualidad de regímenes jurídicos que afectaban a un mismo expediente administrativo y que había que superar de algún modo en los casos dudosos.

No obstante, la aplicación de los actos separables no estuvo exenta de polémicas doctrinales y jurisprudenciales. Así, CARRETERO PÉREZ llega a postular que los defensores de la aplicación de los actos separables adoptan una postura «antiformalista» en la aplicación del Derecho administrativo; como tal podría definirse la postulada por GARCÍA TREVIJANO FOS. Frente a los autores que defienden la separabilidad procesal de los actos administrativos, se significan los partidarios de la teoría de los bloques de competencia, según los cuales *en una relación de Derecho privado de la Administración, a la jurisdicción ordinaria le correspondería conocer no sólo del fondo sustantivo de ella, sino de las formalidades administrativas que sean antecedentes de su validez (...)* Por consiguiente, no habría actos separables y la competencia de la jurisdicción ordinaria se extendería también a esta clase de actos, aunque estuviesen regulados por el Derecho administrativo (69).

(67) GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A., «Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del hotel Andalucía Palace de Sevilla», RAP, nº 36, 1961.

(68) CARRETERO PÉREZ, A., «La teoría de los actos separables», RAP, nº 61, 1970.

(69) *Ibidem.*

A pesar de todo este debate, es un hecho, a la vista de nuestra jurisprudencia en materia de contratación pública, que la tesis de la separabilidad procesal triunfó sobre la de los bloques de competencia y hoy en día su aplicación es generalizada.

Hasta tal punto es así, que en el ámbito de la contratación pública la técnica de los actos separables parece haber sido asumida por el legislador con la aprobación de la LCSP. Ha dejado ésta de ser un criterio interpretativo del poder judicial para convertirse en una norma de carácter objetivo a la hora de determinar qué fases de un contrato celebrado por una sociedad mercantil de la Administración quedan sometidas a la Ley (preparación y adjudicación) y cuales al Derecho privada (efectos, cumplimiento y extinción). En realidad, esto ya era así con la derogada LCAP, tras la introducción de modificaciones en el art. 2.1, pero la nueva Ley ha profundizado en esta noción introduciendo novedades de gran calado en los contratos sujetos a regulación armonizada, como por ejemplo la aplicación del procedimiento administrativo a la declaración de invalidez de los mismos según lo dispuesto en la LAP o la creación de recursos administrativos especiales en materia de contratación.

Estos últimos, de naturaleza pública y administrativa, podrán dirigirse contra las decisiones de adjudicación adoptadas por órganos mercantiles, tales como el consejo de administración de una sociedad anónima. No obstante, según lo dispuesto en el art. 37.4 LCSP la potestad para resolver dichos recursos corresponderá *al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela.*

Sin embargo, esta cautela de que la resolución del recurso contra la adjudicación sea administrativa, parece obviarse en el art. 21.1 LCSP, según el cual la jurisdicción contencioso-administrativa será competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a preparación y adjudicación de contratos armonizados; entre ellos, lógicamente, se encuentran los de las sociedades mercantiles públicas.

Pero dejando de lado las importantes novedades de la LCSP en materia jurisdiccional, que deberá interpretar la jurisprudencia, a día de hoy, el problema de la técnica de los actos separables en los contratos celebrados por las sociedades mercantiles públicas, tal y como aprecia MARTÍN-RETORTILLO BAQUER es que ésta resulta insuficiente: *obliga a la búsqueda, caza y captura del acto separable que, con frecuencia, está más o menos perdido; o, incluso, resulta inencontrable. ¿Cómo formalizarlo en las actuaciones que lleva a cabo una sociedad mercantil? (...) ¿Impugnando la resolución administrativa de constitución de la sociedad? (70).*

(70) *Martín-Retortillo Baquer, S.*, «Reflexiones sobre la huida del Derecho Administrativo», en RAP, nº 140, mayo agosto 1996, p. 54 ss.

Considero muy acertada esta crítica del profesor MARTÍN RETORTILLO; en efecto, con frecuencia, la decisión de adjudicar un contrato en una sociedad mercantil pública la adopta su consejo de administración, constituido en órgano de contratación. Como órgano de naturaleza privada que es, sus acuerdos no constituyen actos administrativos separables.

En ocasiones, esta circunstancia ha resultado un problema en sede jurisdiccional, resultando que el juez no ha aplicado los actos separables debido a la naturaleza privada de los mismos. Así, el TS, en sentencia del 4 de diciembre de 1995, considera que a la instancia de la Presidenta de una sociedad anónima estatal dirigida a un empresario, conminándole a integrarse en el capital de la misma para la prestación de un servicio público, *le falta el presupuesto inicial de que quien lo realiza sea una Administración pública y (...) no iba a producir tampoco un acto de voluntad de la Administración (...), ni se prevé una sanción jurídica, que es presupuesto de la existencia del acto administrativo, junto a la utilización de potestades públicas, que tampoco se da* (71).

Casualmente, este conflicto, que se repitió en los mismos términos con otros empresarios afectados (72), fue objeto de análisis por el profesor MARTÍN RETORTILLO, que defendió claramente un concepto material de Administración pública, al considerar que *sin perjuicio de ser la futura Presidenta de la sociedad mercantil en constitución, es ya Presidente de la Junta del Puerto y de la ría de Vigo (ente público) y que, por serlo, lo será también de la sociedad mercantil. Además, su instancia va dirigida precisamente a quienes ya están vinculados con la Administración por una relación jurídico-pública: acto prenegocial (...) perfectamente separable y enjuiciable por la jurisdicción contencioso administrativa*.

¿Es que no son poderes públicos y como tales actúan en muchas ocasiones?, se pregunta MARTÍN RETORTILLO. El problema reside —insiste el autor— en la insuficiencia de asumir de modo exclusivo una concepción puramente legal de las personas jurídicas. Frente a ello, propone una aplicación mayor de la doctrina mercantilista del *levantamiento del velo*, lo cual, *de lege ferenda*, podría conseguirse a través de la inclusión de una cláusula general en la LJ que permitiera a la jurisdicción contencioso administrativa enjuiciar los actos de las sociedades mercantiles de la Administración cuando éstas vulneren principios constitucionales o del Derecho público de obligado cumplimiento para sus entes matrices.

(71) Véase Ar. RJ 1995/9046, STS de 4 de diciembre de 1995 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª). Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Cáncer Lalanne.

(72) Véase Ar. RJ 2001/7661, STS de 21 de julio de 2001 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª). Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Trujillo Mamely.

Considero que no le falta razón a MARTÍN RETORTILLO en relación a la utilidad de la doctrina del levantamiento del velo (a la que ya nos hemos referido en el punto segundo al abordar la definición de poder público por el TC, en su sentencia de 11 de mayo de 1983). No en vano, aunque desde el punto de vista del Derecho administrativo resulte «herético» reconocerlo, las Administraciones públicas españolas están creando auténticos grupo de empresas mercantiles (73).

Sin embargo, la doctrina del levantamiento del velo no ha tenido, en el orden contencioso administrativo, una aceptación tan amplia como la de los actos separables; no se ha sacado de ella, tal vez, el jugo que debiera, debido al formalismo del Derecho administrativo. A pesar de ello, pueden encontrarse ejemplos de su aplicación incluso en el Tribunal Supremo; así, en sentencia de 27 de mayo de 1992 (74) relativa a el desahucio de un inquilino por una sociedad municipal de viviendas, el alto Tribunal rechaza la falta de legitimación pasiva de la sociedad municipal por considerar que *no podemos atender al juego de personificaciones que se produce en el seno de la Administración demandada cuando las mismas se esgrimen como estrategia procesal de defensa, pues con ello permitiríamos bajar un velo que dificultaría al administrado, en forma desproporcionada, el acceso al control jurisdiccional de la actuación administrativa, que es principio clave del Estado social y democrático de Derecho.*

Como vemos, esta sentencia contiene también un concepto material de Administración pública. Personalmente, considero que la doctrina del levantamiento del velo debería aplicarse más por nuestra jurisdicción contencioso-administrativa. Contrariamente a lo que pueda parecer, los resultados de dicha aplicación no quiebran la necesaria presencia de las Administraciones públicas en el procedimiento contencioso administrativo, puesto que «levantar el velo» consiste precisamente en imputar a la Administración matriz de la sociedad los actos de ésta. Desde este punto de vista, la legitimación pasiva corresponde primeramente a la Administración —que indudablemente la tiene— y no a la sociedad mercantil —la cual ofrece dudas—.

Continuando con el razonamiento, e hilvanándolo con las palabras del profesor MARTÍN RETORTILLO, si la Presidenta de una sociedad estatal adopta un acuerdo de naturaleza mercantil, y lo adopta precisamente por ser Presidenta de la Junta del Puerto, o Directora General, o Ministra, lo que le confiere unas determinadas facultades de origen público destinadas a la prestación de una actividad pública de interés social, ¿qué impide que cuando estén en juego

(73) Recuérdense, en este sentido, las conclusiones del Informe de fiscalización del Sector Público Autonómico y Local, ejercicio 2002 del Tribunal de Cuentas antes aludido.

(74) Véase Ar. RJ 1992/4447, STS de 27 de mayo de 1992 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª). Ponente: Excmo. Sr. D. José Rodríguez Zapata Pérez.

las garantías de un administrado quepa entender que ha sido la Administración la que ha actuado?

Insisto, considero que la jurisdicción contencioso administrativa debería explotar más esta vía. Como apunta SANTAMARÍA PASTOR, la LJ, en el apartado II de su exposición de motivos (ámbito y extensión), deja claro que:

No toda la actuación administrativa, como es notorio, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades negociales de diverso tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la Administración, que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la Ley.

Con ello, quiere la Ley crear un ámbito de aplicación extenso, comprensivo de actos administrativos pero también de actuaciones de cualquier tipo achacables a ella desde un punto de vista de justicia material. No en vano, el art. 1 LJ cambia la palabra «actos» de la LJ 56 por «actuaciones».

La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo por nuestros jueces y Tribunales contribuiría, sin duda, a «crear Derecho»; no en vano, apunta ORTEGA MARTÍN (75), no podemos olvidarnos de que el Derecho administrativo es, en gran medida, un producto de creación jurisprudencial. De manera especial, como casi nadie ignora, de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés. Según este autor, la jurisprudencia puede ser un medio de «embridar» hacia el Derecho administrativo o a los principios constitucionales del Derecho público esa actitud de huida —más bien franca desbandada— hacia ámbitos privados del ordenamiento jurídico.

El hecho de que sea la jurisdicción contencioso administrativa quien se encargue de crear este acervo jurisprudencial no es contemplado por la doctrina como una cuestión de carácter necesario; si bien, tanto MARTÍN RETORTILLO como ORTEGA MARTÍN reconocen que existen razones que así lo aconsejan. El primero afirma que la división de asuntos entre órdenes jurisdiccionales es, simplemente, fruto de una tradición histórica; el segundo aduce que aquella jurisdicción está más habituada a lidiar con este tipo de asuntos de naturaleza pública que la jurisdicción civil.

En cualquier caso, por mucho que la materia enjuiciable se amplíe de los «actos administrativos» a las «actuaciones» ex art. 1 LJ, esta Ley, tal como hemos indicado, mantiene fuera de su ámbito de aplicación a las sociedades

(75) ORTEGA MARTÍN, E., «El control judicial de la actividad de la Administración pública», en *Seminario sobre Derecho público y Derecho privado en la actuación de la administración pública*, Barcelona, 7 de mayo de 1997, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, obra coeditada por el Institut d'Estudis Autònoms de la Generalitat de Catalunya.

mercantiles en mano pública por no considerarlas Administración pública. Sin embargo, la *vis atractiva* del orden contencioso administrativo hacia toda clase de asuntos públicos relacionados con aquélla, se ha puesto de manifiesto —como ya apuntábamos en palabras de SANTAMARÍA PASTOR— en la extensión de su jurisdicción a determinadas materias, como la contratación pública o a la actividad de los concesionarios.

Resulta interesante, en este sentido, hacer un seguimiento de lo que fue la tramitación de la actual Ley 29/1998, de 13 de julio, en las diferentes versiones que fueron objeto de publicación en el BOCG para comprobar hasta que punto abortó el Legislador la inclusión de la actividad de las sociedades mercantiles públicas en el ámbito de la Ley.

Comencemos citando el Proyecto de Ley que se publica en el BOCG de 30 de septiembre de 1995 (76), su artículo 2 decía así:

El orden jurisdiccional contencioso administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

(...)

b) 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 obra o de suministros vinculados directamente a un uso o servicio público que celebren (...) las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas (...) Esta regla es también aplicable a los contratos de consultoría y asistencia y de servicios y trabajos específicos y no habituales relacionados con los de las obras. En todos estos casos, el recurso contencioso administrativo se dirigirá contra los acuerdos 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.

Advierte ORTEGA MARTÍN el hito que supone la ampliación indirecta, no ya sólo del ámbito material, sino también del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, a las sociedades mercantiles participadas mayoritariamente, si bien, advierte este autor algunos defectos técnicos como, por ejemplo, la no inclusión de estos entes privados entre los legitimados pasivamente por el art. 20 del Proyecto.

A este defecto cabría añadir que, si con este texto se pretendía ampliar la jurisdicción, la mención de que los contratos deben estar *vinculados a un servicio o uso público*, puede efectuar un recorte de dicha ampliación por la

(76) BOCG de 30 de septiembre de 1995 – Serie A. Num.133-1.

vía interpretativa, si el concepto de servicio público se entiende en sentido estricto como aquellos de titularidad pública (77).

Pero, en cualquier caso, el art. 2.b) del Proyecto de Ley del 30 de septiembre del 95, desapareció en la versión que del mismo se publicó el 18 de junio de 1997, cuyo artículo 2.b) sólo ordena a la jurisdicción contencioso administrativa a conocer: *los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones públicas*; redacción que pasó finalmente a la Ley 29/1998, de 13 de julio.

Curiosamente, en una sentencia muy razonada del TSJ de Canarias, se hace alusión a esta desaparición, dando a entender que, la no incorporación del art. 2.b) según su redacción primigenia justifica la improrrogabilidad de la jurisdicción del art. 5 de la Ley para las adjudicaciones de este tipo de sociedades mercantiles (78).

Otro apartado del citado artículo 2 relacionado con nuestra investigación que luego fue mutilado es el que se incluía en el Proyecto de Ley publicado el 18 de junio de 1997 (79) bajo la letra d):

(...)

d) *Los actos administrativos de supervisión de los dictados por los concesionarios de servicios públicos y entidades que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, de conformidad con la legislación sectorial correspondiente.*

Señala ORTEGA MARTÍN que, a pesar de lo dudoso de la redacción, la alusión a *las entidades que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos* parece hacer referencia indistintamente a entes de naturaleza pública o privada, siempre que ejerzan dichas potestades sobre los concesionarios de forma delegada por la Administración. Si así fuera, según este autor, el artículo iría a favor de la doctrina mayoritaria, que defiende la aplicación del Derecho administrativo cuando un ente privado ejercita prerrogativas exorbitantes (80).

Entre los entidades de base privada, podrían encontrarse las sociedades mercantiles de la Administración; sin embargo, como decía, esta frase desa-

(77) BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo, parte especial*, cuarta edición, 1999, p. 62 ss.

(78) Véase Ar. JUR 2006/198462, STSJ de las Islas Canarias de 31 de mayo de 2006 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª) Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Helmuth Moya Meyer.

(79) BOCG de 18 de junio de 1997 – Serie A. Num.70-1.

(80) Recuérdese el criterio de la prerrogativa, explicado por los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ y GARRIDO FALLA según se apunta en notas anteriores.

pareció igualmente de la LJ. El artículo que sí se mantuvo y que constituye una posibilidad, aunque limitada, de que la jurisdicción contencioso administrativa conozca de las actuaciones de determinadas sociedades mercantiles es el que figuraba en este último proyecto en el art. 8.5.e) y pasó a la LJ del 98 bajo el número 9.c). Señala este último precepto, a la hora de abordar las competencias de los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo, que éstas incluirán los actos emanados de (...) *entidades pertenecientes al sector público estatal*.

Se deba este artículo o no a una mala técnica legislativa —por su aparente contradicción con el ámbito subjetivo marcado en el art. 1 LJ—, prueba la voluntad del Legislador de enjuiciar con carácter amplio la actividad administrativa.. Y es que, como afirma GONZÁLEZ PÉREZ (81) al analizar una sentencia del Supremo, lo que determinó al alto Tribunal a afirmar la jurisdicción del orden contencioso administrativo no fue *la naturaleza municipal de la sociedad anónima, sino la naturaleza del conflicto que había dado lugar a la cuestión litigiosa* (criterio material). No obstante, este autor se manifiesta contrario a dicho criterio material, llegando a afirmar en relación con esta sentencia que *se trata de una decisión aislada y confusa, de la que en modo alguno puede partirse para construir una doctrina general sobre los supuestos en que procede la admisibilidad de recurso contencioso administrativo contra actos de una persona jurídico-privada*.

Y esta es, precisamente, la problemática que suscita el control jurisdiccional de las sociedades mercantiles públicas: no es que no existan fallos de Tribunales contencioso administrativos en los cuales figuren incluso como demandados sociedades mercantiles pertenecientes al Estado, o a la Administración Autónoma o Local; de hecho, estas son cada vez más frecuentes (al menos en materia de contratación). El problema es que no existe una jurisprudencia unidireccional, con criterios coherentes y unitarios de enjuiciamiento en base a unos principios generalmente aplicables, de Derecho constitucional o administrativo que, al igual que el Derecho privado administrativo en Alemania, nos permitan alcanzar justicia y seguridad jurídica de modo simultáneo.

Así, por ejemplo, el TS, en una sentencia de 5 de diciembre de 1990 acerca de una sociedad municipal de recogida de basuras, llega a afirmar que los actos de ésta tienen naturaleza administrativa, si bien no aclara la naturaleza del ente. Otra sentencia, de 28 de mayo de 1984, no duda en levantar el velo de una sociedad también municipal afirmando que una recla-

(81) GONZÁLEZ PÉREZ, J., «Empresa pública y proceso», en PÉREZ MORENO, A. (coord.), *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Madrid, Civitas, 1994, citando la sentencia de 15 de marzo de 1973 (Ar. 1195, Ponente: Ponce de León).

mación previa ante el Ayuntamiento interrumpa la prescripción de las acciones contra la mercantil.

Pero sin embargo existen otras sentencias que aplican de forma férrea el carácter subjetivo de la jurisdicción contencioso administrativa y deniegan la condición de Administración a una sociedad, o del carácter administrativo a sus actuaciones. En alguna ocasión lo hacen incluso reconociendo que, *por más que los principios a aplicar sean de naturaleza jurídica pública y pueda entenderse que la solución idónea sea atribuirlos a este orden jurisdiccional, nuestra jurisdicción es improrrogable y debemos apreciar, incluso de oficio, nuestra falta de jurisdicción* (82).

Analizando esta cuestión, el profesor MARTÍN RETORTILLO ha llegado a ironizar diciendo que, hoy en día, a la hora de decidir si acudir al Derecho público o al Derecho privado para la resolución de un conflicto con una sociedad mercantil de la Administración, a uno no le queda otro remedio que «echar una moneda al aire».

V. UNA CONCLUSIÓN NECESARIAMENTE ABIERTA

Considero que la solución a la cuestión de la justiciabilidad de las sociedades mercantiles públicas no está en hacer grandes propuestas de *lege ferenda*. Las leyes son el fruto de nuestra tradición jurídica. En el caso del Derecho administrativo, su carácter estatutario viene, como ya dijimos, de la revolución francesa. Romper el criterio subjetivo de lo que deba entenderse por Administración pública o acto administrativo y hacerlo extensivo a entes de base privada, produciría problemas aplicativos en el Derecho público y, por ende, inseguridad jurídica.

Bastaría, tal vez, incluir una habilitación general en el art. 2 LJ que permitiera, con carácter abierto, conocer al orden contencioso administrativo de los asuntos relacionados con las sociedades mercantiles públicas siempre y cuando se detectara la presencia de principios, contenidos en normas vinculantes para las Administraciones públicas que las crearon, y que pudieran verse comprometidos por las actuaciones de éstas.

En tales situaciones, los Jueces y Tribunales deberían entrar a conocer el fondo del asunto y entender vulnerados o no dichos principios desde un punto de vista material que permitiera, eventualmente, modificar el sentido de dichas actuaciones a través de los mandatos contenidos en las sentencias. Para sal-

(82) Véase Ar. JUR 2006/198462, STSJ de las Islas Canarias de 31 de mayo de 2006 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª) Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Helmuth Moya Meyer.

var dificultades formales, podría ser de utilidad explorar más las posibilidades de la técnica del levantamiento del velo.

Nada obsta, por otra parte, a que sea otro orden jurisdiccional quien aprecie que una sociedad mercantil de la Administración ha actuado de forma arbitraria, inicua, en contra del interés general, de forma poco transparente... Sin duda estos principios no son patrimonio del contencioso administrativo, aunque coincido con la doctrina en que, por tradición, es el orden más capacitado para conocer acerca de los mismos. No obstante, la aplicación del art. 21.2 LCSP servirá de «laboratorio» para evaluar esta cuestión.

El Derecho administrativo es, en gran medida, una creación jurisprudencial. Por ello considero que si deseamos unas leyes más justas, que regulen la actuación de la Administración en el ámbito del Derecho privado con un mínimo de seguridad jurídica, los jueces deben de ir siquiera un paso por delante del Legislador. La jurisprudencia constituiría, en este sentido, el paso previo a la producción legislativa —como ha ocurrido en los últimos años con la jurisprudencia comunitaria y LCSP citada en el párrafo anterior.

Una vez se dispusiese de una jurisprudencia que, utilizando el concepto material de Administración, entrase a conocer el fondo de los asuntos citados, la solución, a juicio del investigador, consistiría en regular legalmente unos «estándares» mínimos de actuación de las empresas públicas que salvaguardasen los principios básicos que deben regir la actuación de las Administraciones de acuerdo con la Constitución y las Leyes administrativas, estrechando así el margen de actuación del Derecho privado, pero sin constreñirlo hasta el punto de que su aplicación —autorizada por el legislador—, se vea comprometida.

Pero como vengo diciendo, estos «estándares» no pueden crearse por ley *ex novo*, sino que deben estar amparados en la práctica del Derecho; concretamente, y en gran medida, en las decisiones adoptadas previamente por los Tribunales de Justicia en base al Derecho preexistente. De ahí el título de este artículo: *es necesaria una nueva jurisprudencia* que tienda a unificar criterios, asentarlos y producir una seguridad jurídica previa a la creación legislativa.

ABREVIATURAS

- AN Audiencia Nacional.
- BOA Boletín Oficial de Aragón.
- BOCG Boletín Oficial de las Cortes Generales.
- BOE Boletín Oficial del Estado.
- CE Constitución Española de 1978.
- IEAL Instituto de Estudios de la Administración Local.
- LAAr Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.
- LALA Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón.
- LAP Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativa común.
- LCAP Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de contratos de la AA PP.
- LCSP Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- LGP Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria.
- LGP 88 Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 septiembre Aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria.
- LHAr Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón.
- LHL Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
- LJ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa.
- LJ 56 Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa.
- LOFAGE Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización y Funcionamiento de la Administración general del Estado.
- LOTIC Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.
- LPAr Decreto Legislativo 2/2000, de 29 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón.

- LPAP Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- LRBRL Ley 7/1985, de 2 de abril. Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- RAP Revista de Administración Pública.
- RD Real Decreto.
- RDL Real Decreto Legislativo.
- REDA Revista española de Derecho administrativo.
- REDC Revista española de Derecho constitucional.
- STC Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STS Sentencia del Tribunal Supremo.
- STSJ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
- TRRL Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.
- TC Tribunal Constitucional.
- TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TS Tribunal Supremo.
- TSJ Tribunal Superior de Justicia.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- BAÑO LEÓN, J.M., «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas», en RAP, nº 151, 2000.
- BELADIEZ ROJO, M., *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, prólogo de Jesús Leguina Villa, Madrid, Tecnos, D.L. 1997, 1ª. ed.
- BERMEJO VERA, J., «Derecho Administrativo básico, parte general», sexta edición, 2005.
- *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de RENFE*, prólogo de MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, Editorial Tecnos, 1975.
- BORRAJO INIESTA, I., «El intento de huir del Derecho Administrativo», en REDA, nº 78, abril-junio de 1993.

- CANALS I AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, Granada, Comares, 2003.
- CARRETERO PÉREZ, A., «La teoría de los actos separables», RAP nº 61, 1970.
- CHITI, M.P., *El organismo de Derecho público y el concepto comunitario de Administración Pública*.
- CLAVERO ARÉVALO, M.F., «El estado actual de la doctrina de los actos separables», *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 164, 1969.
- COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho administrativo*, vol. 1, 16ª ed., Civitas, 2005.
- DEL SAZ CORDERO, S., «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en CHINCHILLA, C.; LOZANO, B.; DEL SAZ, S., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo, Tres estudios*, Madrid, Civitas / UNED, 1992.
- DEL SAZ CORDERO, S., «La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», en RAP, nº 133, enero-abril 1994.
- DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, 1999.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., «Empresa pública y servicio público: el final de una época», en REDA, nº 89, enero-marzo 1996.
- «Las transformaciones del Derecho Administrativo a resultas de las privatizaciones», en RAAP, nº 39, julio septiembre 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Prólogo», en CHINCHILLA, C.; LOZANO, B.; DEL SAZ, S., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo, Tres estudios*, Madrid, Civitas / UNED, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo I y II*, Madrid, Civitas, 2002.
- GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A., «Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del hotel Andalucía Palace de Sevilla», RAP nº 36, 1961
- GARRIDO FALLA, F., «Privatización y reprivatización», en RAP, nº 126, septiembre diciembre 1991.
- «Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales», RAP, nº 7, enero-abril de 1952.
- GIMENO FELIU, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, en Thomson Civitas, Monografías 2006.

- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., «Derecho administrativo privado», ed. Montecorvo. 1996.
- *Sociedades mercantiles de la Administración y Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, ed. Fundación Manuel Giménez Abad.
- LAGUNA DE PAZ, J.C., «La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo», en RAP, nº 136, enero abril de 1995.
- LEGUINA VILLA, J., «Algunas ideas sobre la constitución y la huida del Derecho Administrativo», en RJN, nº 19, enero junio 1995.
- LÓPEZ RAMÓN, F., «Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas», en RAP, nº 130, enero abril 1993.
- MACERA, B.F., «La sujeción a control contencioso administrativo del fieri de los contratos celebrados por ciertas sociedades mercantiles públicas: un remedio improcedente a una tendencia privatizadora ilegítima», RAP, nº 155, mayo-agosto 2001.
- MALARET I GARCÍA, E., *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Madrid, Civitas, 1993.
- MALARET I GARCÍA, E. (Directora), *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 1997, 1º. ed.
- MALARET I GARCÍA, E. (obra col.), *Seminario sobre Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración pública*, Barcelona, 7 de mayo de 1997, Marcial Pons, 1999.
- MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente», en RAP, nº 126, septiembre-diciembre de 1991.
- «Reflexiones sobre la huida del Derecho Administrativo», en RAP, nº 140, mayo agosto 1996.
- «Sentido y formas de la privatización de la Administración Pública», en RAAP, nº 39, julio septiembre 2000.
- MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2004.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio Público y mercado. I. Los fundamentos*, Madrid, Civitas, 1998.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho administrativo*, vol. 1, 15ª ed., Madrid, 2004.
- PAREJO ALFONSO, L., «El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la «crisis» de las prestaciones y los servicios públicos», en RAP, nº 153, septiembre-diciembre de 2000.

- PÉREZ MORENO, A. (coord.), *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Madrid, Civitas, 1994.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., «Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España», REDA, nº 84, octubre-diciembre de 1994.
- RIVERO ORTEGA, R., *Administraciones Públicas y Derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- SAINZ MORENO, F., «Ejercicio privado de funciones públicas», en RAP, nº 100-102, vol II, enero-diciembre de 1983.
- SALA ARQUER, J.M., «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», en REDA, nº 75, julio septiembre 1992.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho administrativo*, vol. 1 y 2, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 4ª edición, 2002.
- TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización, empresa pública y constitución*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

JURISPRUDENCIA UTILIZADA POR ORDEN CRONOLÓGICO

- (Referencias procedentes del repertorio jurisprudencial Westlaw-Aranzadi)
- RTC 1983/35, Sentencia del Tribunal Constitucional nº 35/1983 (Sala Segunda), de 11 de mayo.
 - RJ 1985/4492, Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 1985.
 - RTC 1986/14, Sentencia del Tribunal Constitucional nº 14/1986 (Pleno), de 31 de enero.
 - RJ 1988/4555, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 9 de junio de 1988.
 - RJ 1989/7352, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 10 de octubre de 1989.
 - RJ 1989/9507 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 29 de diciembre de 1989.
 - RTC 1991/161, Sentencia del Tribunal Constitucional nº 161/1991 (Sala Primera), de 18 de julio.
 - RJ 1992/3239, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 31 de marzo de 1992.

- RJ 1992/4447, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 27 de mayo de 1992.
- RJ 1992/6596, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 31 de julio de 1992.
- RJ 1995/1652, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 17 de enero de 1995.
- RJ 1995/9046, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 4 de diciembre de 1995.
- RJ 1995/9962, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 13 de diciembre de 1995.
- RJCA 1999/1586, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia nº 557/1999 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 23 de junio.
- RJ 1999/9021, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 24 de septiembre de 1999.
- RJ 2000/8853, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 2 de octubre de 2000.
- JUR 2001/227799, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias nº 542/2001 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 6 de junio de 2001.
- JUR 2001/295866, Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 19 de junio de 2001.
- JUR 2002/143695, Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 20 de julio de 2001.
- RJ 2001/7661, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 23 de julio de 2001.
- RJCA 2002/64, Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 300/2001, de 20 de noviembre.
- JUR 2002/93433, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 1222/2001 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 22 de noviembre.
- JUR 2003/118747, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 31 de enero de 2002.
- RJCA 2002/526, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 25 de febrero.
- JUR 2002/151659, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

- nº 290/2002 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 18 de marzo.
- RJCA 2002/918, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 381/2002 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 29 de mayo.
- JUR 2003/102210, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias nº 818/2002 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 29 julio.
- RJCA 2002/769, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia nº 760/2002 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 31 de julio.
- JUR 2003/153451, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 1510/2002 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 21 de noviembre.
- JUR 2003/274018, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón nº 384/2003 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 9 de abril.
- RJ 2003/4377, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 4 de julio de 2003.
- RJCA 2004/272, Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 16 de octubre de 2003.
- JUR 2004/26394, Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 23 de octubre de 2003.
- RJ 2004/1740, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 18 de febrero de 2004.
- JUR 2005/231278, Auto del Tribunal Supremo nº 61/2004, de 18 de octubre.
- JUR 2005/3751, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León nº 538/2004 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 19 de noviembre.
- JUR 2005/93702 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 296/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 25 de febrero.
- JUR 2005/116562, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 204/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 8 de marzo.
- RJ 2005/4593, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 21 de abril de 2005.
- RJ 2005/4716, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 22 de abril de 2005.
- RJ 2005/4557, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 27 de abril de 2005.

- JUR 2005/173243, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 748/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 26 de mayo.
- JUR 2005/237597, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 19 de julio.
- RJ 2005/8579, Sentencia del Tribunal Supremo nº 776/2005 (Sala de lo Civil), de 11 de octubre.
- RJ 2005/8145, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 25 de octubre de 2005.
- JUR 2006/107297, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana nº 2085/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 10 de noviembre.
- JUR 2006/129544, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 1514/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 9 de diciembre.
- JUR 2006/162809, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 1385/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 16 de diciembre.
- JUR 2006/168584, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares nº 113/2006 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 7 de febrero.
- JUR 2006/103802, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 14 de febrero de 2006.
- RJ 2006/2069, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 1 de marzo de 2006.
- RJ 2006/5528, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 13 de marzo de 2006.
- JUR 2006/131976, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria nº 132/2006 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 24 de marzo.
- RJCA 2006/441, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco nº 249/2006 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 31 de marzo.
- JUR 2006/198462, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias nº 168/2006 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 31 de mayo.
- JUR 2007/19411, Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 132/2006, de 2 de junio.
- RJ 2006/3434, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 6 de junio de 2006.

- JUR 2006/268209, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha nº 394/2006 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 3 de octubre.
- JUR 2007/59684, Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 31 de enero de 2007.