

Sociedades mercantiles de la Administración y Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (con referencias a la nueva Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local)

Santiago González-Varas Ibáñez

Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Alicante

Sumario: 1. EL FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA CONTRACTUAL ADMINISTRATIVO EN «TERRENOS FRONTERIZOS» CON EL DERECHO PRIVADO. 2. LOS LITIGIOS RELATIVOS A LA RELACIÓN ENTRE ADMINISTRACIÓN Y SOCIEDAD MERCANTIL DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. 3. EL PLANTEAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE INTERÉS TRAS EL NUEVO TR DE LCAP APROBADO POR RD-LEGISLATIVO 2/2000, DE 16 DE JUNIO. 4. LA ENAJENACIÓN DE CAPITAL PARA CONSTITUIR UNA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA. 5. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LA FORMA DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO. 6. ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS PROPIAS SOCIEDADES MERCANTILES. 7. LA NUEVA LEY 57/2003, DE 16 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL.

1. EL FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA CONTRACTUAL ADMINISTRATIVO EN «TERRENOS FRONTERIZOS» CON EL DERECHO PRIVADO

El Derecho administrativo español ha ido consolidando un sistema jurídico de contratos administrativos que abarca prácticamente toda la contratación de la Administración, tanto desde un punto de vista subjetivo (la Administración territorial queda en todo caso afectada por dicha legislación) como desde un punto de vista material u objetivo, ya que la mayor parte de los contratos (cuando menos los de obras, suministros, incluso servicios públicos, sin perjuicio de otros) también quedan a cubierto, sin olvidar tampoco el concepto amplio de contrato administrativo frente al concepto estricto de contrato civil de la Administración.

Tan sólo los espacios lejanos a este núcleo del sistema contractual administrativo han quedado en un lugar algo más difuso o indeterminado en cuanto a la aplicación de la legislación contractual administrativa. Dichos «espacios» son aquellos más próximos al Derecho privado, princi-

palmente aquellos que se presentan cuando la Administración emplea entidades interpuestas de carácter privado para la realización de sus fines.

Lo principal está afirmado en nuestro Derecho, gracias a una herencia histórica legislativa digna de elogios. Tan solo faltaba perfeccionar mínimamente el sistema y aclarar la aplicación de la legislación administrativa de contratos respecto de esas zonas más fronterizas que quedaron más vagamente cubiertas por dicha legislación. «Faltaba» corregir fórmulas tales como aquella que coloquialmente ha dado en denominarse «régimen de la disposición adicional sexta».

El Derecho comunitario europeo, de reciente aparición histórica, ha venido a confirmar nuestro sistema legislativo contractual público, seguramente el más avanzado en toda Europa hasta la década de los ochenta (en nuestro Derecho, la adjudicación del contrato de gestión de servicios públicos sigue tradicionalmente las reglas generales de concurrencia y publicidad, a diferencia incluso de Francia donde este tipo de garantías sólo venían aplicándose a los *marchés publics*, esto es, contratos de obras y suministros), pero la Comisión Europea y la jurisprudencia comunitaria del Tribunal de Justicia de las CCEE llaman reciente y reiteradamente la atención al Reino de España por no contemplar unos criterios funcionales de definición del poder adjudicador que, en el fondo, vienen a significar (y de ahí su trascendencia en el tema del presente trabajo) una aplicación de la Ley de Contratos y de sus garantías de adjudicación respecto de los contratos de entidades de Derecho privado que venían acostumbrando a contratar al margen de la referida legislación contractual, o lo que es lo mismo, conforme a la mentada disposición adicional sexta.

En este contexto, es preciso recordar la reciente sentencia del TJCE de 15 de mayo de 2003 (asunto 214/00) que afirma que la aplicación del régimen público de contratos no alcanza sólo a los organismos de Derecho público regidos por dicho Derecho público sino también a todo organismo público con tal de que cumpla una función que se corresponda con la satisfacción de necesidades de interés general y no mercantil (y con tal de que exista una adscripción del organismo a una Administración), ya que de ello dependerá la definición misma de la entidad como «organismo público» y no de la forma jurídica (pública o privada) que éste adopte.

En el Derecho español sólo faltaba perfeccionar mínimamente la concepción subjetivista de la Administración y del Derecho administrativo (con escaso o nulo eco, ciertamente, en el Derecho comunitario) añadiendo los criterios funcionales, que completan aquélla, los cuales aportan una solución efectiva a la hora de deslindar los límites del contrato adminis-

trativo por referencia a aquello que es hoy más importante, es decir el ámbito mismo de aplicación de su modelo de garantías de adjudicación.

Faltaba poco por hacer, pero no se hizo. Podría traerse aquí a colación a Joaquín Costa cuando calificaba al pueblo español como el «pueblo de las grandes iniciativas» *que después quedan inacabadas* por falta de tesón y de continuidad, por anemia, sumisión e inconstancia (la frase entrecuillada es precisamente el título de su discurso en el Congreso Español de Geografía Colonial, de 4 de noviembre de 1883) y antes ya Larra (en «Ventajas de las cosas a medio hacer») se lamentaba de que el español lo deja todo a medio terminar: «si la hubiésemos de comparar con algo (a España) la compararíamos con la comparsa del célebre Robinson que andaba dos pasos adelante y uno atrás, o con la casta Penélope, que deshacía de noche la tela que tramaba por el día».

Todas estas reflexiones se refieren, como puede observarse, por otra parte, en lo jurídico, a la fase de adjudicación (y no a la de ejecución) del contrato administrativo. La problemática jurídica de mayor interés (en cuanto a novedad de planteamientos o actualidad y repercusión práctica) ha cambiado. Hemos pasado de un discurso inicial relativo a las prerrogativas (concerniente, por tanto, a la fase de ejecución del contrato) a otro que pone su acento en las garantías que deben cumplirse a la hora de adjudicar un contrato por parte de la Administración. El contrato administrativo ha sufrido un cambio de paradigma ¹.

Pues bien, es fácil comprender, por cuanto se ha dicho, que uno de esos espacios complejos donde nunca ha llegado diáfana la luz de la legislación de contratos administrativos haya sido el relativo a la contratación de las sociedades mercantiles de la Administración que, como tales, se hacen regir en principio legítimamente por el Derecho privado.

En particular, el caso de las sociedades mercantiles de la Administración aporta dos momentos importantes de discusión por lo que se refiere a la aplicación o no de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su Reglamento. El primero se refiere a la constitución misma de la sociedad, esto es, a la relación entre Administración creadora de la sociedad y ésta.

El segundo concierne a la contratación misma de la sociedad mercantil en sus relaciones jurídicas con terceros.

¹ Tal como expliqué en mi reciente libro *El contrato administrativo*, Editorial Civitas, Madrid 2003.

En todo caso, el tema de la aplicación o no de la legislación pública de contratos en torno a las sociedades mercantiles es un "tema" principal hoy día en materia de sociedades mercantiles, cuando menos considerando la copiosa jurisprudencia, y por tanto litigiosidad, existente.

2. LOS LITIGIOS RELATIVOS A LA RELACIÓN ENTRE ADMINISTRACIÓN Y SOCIEDAD MERCANTIL DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

En un plano legislativo, buena muestra de la complejidad para determinar cuándo debe aplicar la Administración el contrato administrativo (y respetar, por tanto, las garantías de adjudicación inherentes al mismo, de publicidad, concurrencia y vinculación a la mejor oferta) es considerando los cambios que ha venido experimentando la regulación de esta cuestión. La LCAP de 1995 afirmó (en su artículo 155.2) la inaplicación del sistema mentado de garantías en caso de que la Administración optara por una sociedad de capital mayoritariamente público, junto al caso, pacífico éste, de la inaplicación en supuestos de creación de sociedades de capital íntegramente público.

Este nuevo planteamiento, insatisfactorio evidentemente, hace ver el sentido de loables ensayos doctrinales que intentaron recomponer el sistema de garantías afirmando que, aun así, debían respetarse las garantías de la LCAP ².

En la jurisprudencia, en cambio, no faltan ejemplos de decidida aplicación del sistema previsto en el citado artículo 155.2. Así por ejemplo la sentencia del TSJ de Andalucía, Granada, de 25 de febrero de 2002 (RJCA 2002\525) parte de que la constitución de una sociedad de capital mayoritariamente público (en puridad la *transformación* de una sociedad de capital íntegramente público en sociedad de capital mayoritariamente público) no requiere (y no permite) aplicar la LCAP en lo referente a la adjudicación mediante concurso, ya que el artículo 155.2 de la LCAP de 1995 es inequívoco a su juicio en este sentido, a diferencia, por cierto, de la nueva Ley de contratos de 2000, dice también la sentencia ³.

² Véase F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Madrid 1997, p.189.

³ A pesar de que en este supuesto la Administración local había considerado (erróneamente a juicio de la Sala) que procedía el régimen de gestión indirecta (y por tanto el concurso previsto en la LCAP) la Sala examinó si, no obstante, la aplicación del régimen jurídico propio de las sociedades de capital íntegramente público (en definitiva, el Derecho privado con interferencia de Dere-

Igualmente, pueden citarse las sentencias (dos) de la Sala de contencioso-administrativo del TSJ de Murcia de 23 de junio de 1999 (núm. 557/1999, recurso contencioso-administrativo núm. 2246/1997) y de 31 de julio de 1999 (sentencia núm. 760/2002, recurso contencioso-administrativo núm. 1413/1999).

En la primera de las dos sentencias mencionadas se impugnaba un Acuerdo (del Ayuntamiento de Lorca) por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares para la selección mediante concurso público de un socio privado para la constitución de una Sociedad de Economía Mixta destinada a la gestión de los servicios municipales del ciclo integral del agua (abastecimiento de agua potable, alcantarillado y depuración de aguas residuales).

En esencia, según la Sala, «no puede entenderse aplicable al presente caso el art. 155.2 LCAP en cuanto establece que no serán aplicables las disposiciones del Título II del Libro II (contratos de gestión de servicios públicos) a la gestión del servicio público que se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin, **ni aquellas en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración** o de un Ente público de la misma (...). De la conjunción de los artículos 155.2 y 157 LCAP 13/1995 (donde se enumeran los modos de gestión indirecta de los servicios públicos), *se extrae la consecuencia de que la prestación de un servicio público mediante una sociedad de derecho privado en la que la entidad local sea mayoritariamente propietaria de las acciones, es un modo de gestión directa*, de forma que solamente cabría hablar de gestión indirecta cuando el Ayuntamiento participara de forma minoritaria en la sociedad de economía mixta constituida que no es el supuesto de autos».

De esta forma, entendió la Sala que «debe considerarse modificado el art. 85.3 c) y 4 de la Ley 7/1985 cuando, respectivamente, establece como fórmula de gestión directa de los servicios municipales la efectuada mediante una “sociedad mercantil cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad local” y como fórmula de gestión indirecta la efectuada mediante una **“sociedad mercantil y cooperativa... cuyo capital social sólo**

cho administrativo en cuanto al procedimiento y adopción de decisiones de la Junta General) permitía mantener la legalidad de los actos impugnados; «en consecuencia, la impugnación de estos últimos se sujetaba al Derecho administrativo y es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues no pueden olvidarse las reglas de colegialidad del órgano y las reglas de funcionamiento que le son intrínsecas, que hace que sus actos constituyan un acto separable de naturaleza administrativa».

parcialmente pertenezca a la entidad local”, así como los arts. 104 y 105 del TRRL 781/1986)».

La Sala no comparte el criterio de la parte codemandada («Aquagest») cuando dice que estos preceptos no están derogados ni afectados por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al no incluirse como tales en su disposición derogatoria, ni cuando afirma que «deben considerarse aplicables como integrantes de una legislación local en materia de contratación local más especial que la Ley de Contratos que afecta a todas las Administraciones Públicas».

A tenor de esta sentencia, «olvida la parte codemandada que la Ley 13/1995, de 18 de marzo, contiene una regulación general de los contratos administrativos con carácter de legislación básica a tenor del artículo 149.1.18 de la Constitución (con las exclusiones que señala la disposición final primera) y por tanto que, si bien es cierto que la disposición derogatoria solamente deroga expresamente el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, el resto de la legislación local y en concreto los preceptos que se refieren a la contratación local, contenidos en la Ley de Bases de Régimen Local y en el Texto Refundido de Régimen Local, así como en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, deben considerarse afectados por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y en tal sentido solamente aplicables en cuanto no se opongan a la misma (art. 1 LCAE 13/1995)».

Dicho lo anterior cabe concluir afirmando que no existen inconvenientes legales para que el Ayuntamiento de Lorca decidiera prestar el servicio público referido constituyendo una sociedad de economía mixta en la que tuviera una participación mayoritaria (*aunque se equivocara al entender después de entrar en vigor la Ley 13/1995 que con ello gestionaba indirectamente y no directamente un servicio público*). Y ello porque para constituir una «sociedad de economía mixta» no es imprescindible que la Corporación local sea propietaria única del capital social como se desprende de lo expresamente señalado en el artículo 155.2 LCAP al incluir como modo de gestión directa excluido de su ámbito de aplicación la realizada por una sociedad de derecho privado en la que el capital pertenezca mayoritariamente a la Administración, supuesto en el que su constitución y estructura debe regirse por las normas de derecho mercantil que sean aplicables según el tipo de sociedad que se constituya, siendo perfectamente admisibles tanto la forma de sociedad anónima, como la de responsabilidad limitada expresamente admitidas por el artículo 130 del Texto Refundido de Régimen Local.

Esta doctrina es confirmada y seguida por otra sentencia de la misma Sala, de 31 de julio de 1999 (sentencia núm. 760/2002, recurso contencioso-administrativo núm. 1413/1999).

3. EL PLANTEAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE INTERÉS TRAS EL NUEVO TR DE LCAP APROBADO POR RD-LEGISLATIVO 2/2000, DE 16 DE JUNIO

La jurisprudencia que acaba de estudiarse debe considerarse superada por el nuevo artículo 154.2 del vigente TR de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en tanto en cuanto, logrando de nuevo la debida coherencia con la legislación local, se considera sólo como gestión directa la gestión mediante sociedad de capital íntegramente público (igualmente, puede verse el artículo 182 del Reglamento de la citada Ley).

De hecho, tradicionalmente, con el paréntesis de la LCAP de 1995, venía aplicándose la forma de concurso para constituir una sociedad de capital mayoritariamente público (STS de 4 de julio de 2003, RJ 2003\4592).

De esta forma, actualmente, los litigios podrán referirse a la corrección o no de los concursos realizados por la Administración. Lo característico en estos casos, tal como ilustra la sentencia citada, es examinar si la Administración hace uso correcto de sus potestades discrecionales o, por el contrario, incurre en arbitrariedad.

En este sentido, no es irregular el pliego de condiciones (para la constitución de una empresa mixta para la gestión de los servicios municipales del ciclo integral del agua) por el hecho de mantener la imposibilidad de que se presenten al concurso las denominadas Uniones Temporales de Empresas, ya que habiéndose previsto la duración de la sociedad en 50 años, esto supone «que el Ayuntamiento ha querido adoptar todas las garantías necesarias para la adecuada prestación del servicio constituyendo la sociedad de Economía Mixta con un socio mercantil que disponga de experiencia (...) y *sin que incidan en dicha gestión los posibles avatares que puedan surgir en las relaciones entre las empresas que pudieran formar la UTE, la cual además de carecer de personalidad jurídica (artículo 7.2 de la Ley 18/1982...)* tiene vocación de temporalidad más inmediata como se desprende de lo dispuesto en el art.8.b y c de la referida Ley 18/1982 (...) (STSJ de Murcia de 30 de junio de 1999, RJCA 1999\1965)».

Junto a este tipo de conflictos, pueden destacarse las siguientes reglas jurídicas de interés tras la nueva Ley de Contratos:

1. Cuando deben aplicarse las garantías de publicidad y concurrencia, por proceder una forma de gestión indirecta (v.gr. una sociedad de economía mixta), no es de recibo apoyarse en la celebración de un convenio interadministrativo entre dos Ayuntamientos (mediante el cual se regula la cooperación para la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado) para afirmar que, en uso de las facultades de autoorganización que confiere dicho convenio, puedan eludirse las mencionadas garantías (STSJ de la CA Valenciana de 18 de septiembre de 2002, RJCA 2003\597).
2. Es posible acudir al «concurso de iniciativas» para seleccionar uno o dos socios privados que habrán de suscribir un porcentaje del capital social de la empresa de economía mixta que gestionará los servicios de limpieza, alumbrado público y otros, «siempre que se asegure la libre concurrencia y la igualdad de oportunidades del capital privado» (STSJ de Cataluña de 29 de mayo de 2002, RJCA 2002\918)
3. A las sociedades de economía mixta no se les puede atribuir «facultades exorbitantes derivadas de potestades públicas» (STS de 24 de marzo de 1987, RJ 1987\3802).
4. Una «empresa mixta no puede imponer sanciones disciplinarias», por ser «competencia irrenunciable de la Administración» (STS de 29 de diciembre de 1987, RJ 1987\9855)
5. Es exigible (y procede interponer una acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa) la constitución de una empresa mixta (que gestione el servicio de Mercados Centrales Mayoristas de Frutas y Hortalizas y el Matadero) en cumplimiento de un Convenio de Cooperación entre una Empresa (Nacional de Mercados Centrales de Abastecimiento) y la Administración local (STS de 2 de enero de 1987, RJ 1987\1702) o, igualmente, en cumplimiento de un convenio entre dos Administraciones cuyo objetivo es la constitución de una empresa mixta en forma de sociedad anónima para la gestión de Mercados Centrales Mayoristas, Mataderos y otros servicios complementarios (STS de 20 de abril de 1987, RJ 1987\4456).
6. «El Ayuntamiento carece de potestad para disolver, por sí mismo y por su propia autoridad, una sociedad anónima en la que participa

como socio, aunque se trate de una empresa mixta, porque para ello ha de acudir al acuerdo de la Junta General o a una resolución judicial, según establece el artículo 152 de la Ley de Sociedades Anónimas» (STS de 24 de marzo de 1987, RJ 1987\3802).

7. Interesa también la STSJ de Murcia (STSJ de Murcia de 30 de junio de 1999, RJCA 1999\1965): «no puede considerarse ilegal el pliego en cuanto permite que el Ayuntamiento abone el valor de las acciones *aportando un derecho valorable económicamente como sin duda lo es una **concesión demanial***, que tiene sustantividad jurídica propia con independencia de los bienes sobre los que recae, como lo demuestra el hecho de que tenga un valor de rescate conforme al art. 127 RSCL que se determina por las reglas de la expropiación forzosa, y el hecho de que sea transmisible previa autorización de la Administración concedente e incluso inscribible en el Registro de la Propiedad (art. 31 RH/1947). Al folio 248 del expediente administrativo los Servicios Municipales informan y clarifican *que lo que el Ayuntamiento aporta no es la titularidad de los bienes de dominio público, sino la concesión de un derecho sobre los mismos*, esto es, la competencia exclusiva para utilizar dichos bienes en aras de la consecución de una finalidad de servicio público, siendo en todo caso dicha titularidad del Ayuntamiento (...) y ello porque es evidente que la única aportación relativa a bienes de dominio público que resulta factible es la de derechos reales sobre los mismos, sin que sea transmisible su titularidad (arts. 104.3 TRRL y 109 RSCL, en relación con el art. 32 LSA). Por consiguiente con tal proceder no se infringe el criterio manifestado por la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando en su Resolución de 12 de septiembre de 1985 señala la imposibilidad legal de hacer aportaciones a la sociedad con bienes de dominio público».

Comentario aparte merecerían los litigios relativos a la aplicación del levantamiento del velo y de los actos separables, a las sociedades mercantiles⁴. Los actos separables consiguen, por ejemplo, afirmar la revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa de la actuación de la sociedad «en lo relativo al procedimiento y adopción de acuerdos *ex art.92 RS*», ya que «no se olvide que aquí la Administración, Mancomunidad de Municipios, interviene en cuanto tal como Junta General, y el principio de cole-

⁴ Con mayor profundidad, sobre estas cuestiones, puede verse mi libro *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Editorial Tecnos, 1999, capítulo tercero.

gialidad del órgano y las reglas de funcionamiento que le son intrínsecas deben mantenerse, y constituyen un aspecto separable. Además, las fuentes normativas que deben regir el funcionamiento de la sociedad, tal y como hemos visto, evidencian una separación entre el funcionamiento de la misma “ad extra”, esencialmente mercantil, y algunos aspectos de funcionamiento interno, que el legislador “separa” de la Ley mercantil e invoca las normas que rigen la administración local. Si a esto añadimos que el interés público está fuertemente representado en la gestión de la sociedad, pues satisface un servicio público esencial con reserva en favor de las Entidades locales (ex art. 86.3 de la Ley 7/1985), y que para los supuestos de contratación por este tipo de sociedades, también se acude a la doctrina de los actos separables para el enjuiciamiento en sede jurisdiccional contencioso-administrativa, el resultado será, en principio, la posibilidad de revisar la actuación de esta sociedad en lo relativo al procedimiento y adopción de acuerdos (ex art. 92 del RS)».

De esta forma, se anula la denegación de la convocatoria de una Junta General Extraordinaria «solicitada por un número de concejales o miembros de la Comisión Gestora de la Mancomunidad de Municipios de que tratamos», lo que «supondría una lesión en el contenido natural del derecho de aquéllos, miembros natos de la Junta General de Acosol, por incidir dicha actuación societaria en merma de sus facultades de control del funcionamiento de la sociedad mercantil cuya finalidad es satisfacer un servicio público esencial de la Comunidad» (STSJ de Andalucía, Málaga, de 18 de febrero de 2000, RJCA 2000\766).

En general, conviene insistir (siguiendo ahora la STSJ de Andalucía, Málaga, de 30 de octubre de 2000 (JT 2001\208) que «en materia de procedimiento y adopción de acuerdos de la sociedad anónima municipal constituida en Junta General de empresa no es aplicable la LSA sino la LRL».

4. LA ENAJENACIÓN DE CAPITAL PARA CONSTITUIR UNA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA

En la jurisprudencia se ha distinguido el supuesto de creación de una sociedad mercantil, para la gestión de un servicio público, del supuesto relativo a la venta de acciones, por parte del Ayuntamiento, dando entrada de esta forma al capital privado y, con ello, a un nuevo socio respecto de una sociedad ya constituida (sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de enero de 2003, RJCA 2003\244, y del TSJ de Madrid de 23 de enero de 2003, RJCA 2003\244).

La cuestión litigiosa consiste en determinar si procede, en tales casos, el concurso o, por el contrario, es necesaria la subasta. En ambas sentencias vence el particular recurrente y se razona que la enajenación de capital público o acciones (del 49% de las acciones) representa un caso de venta de bienes patrimoniales y, por tanto, ha de proceder obligatoriamente la subasta.

La STSJ de la CA Valenciana se basa en la jurisprudencia del TS. Primero en la STS de 5 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1661) que recuerda la obligatoriedad de aplicar dichos preceptos en la enajenación de bienes patrimoniales, aun cuando puedan concurrir circunstancias o especialidades que aconsejen acudir a otros sistemas:

«A la vista de estos hechos ha de entenderse que era obligado para la Diputación Provincial estar a lo dispuesto en el artículo 80 del Texto Refundido de las Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, que impone la celebración de subasta. Debe añadirse por otra parte que desde luego la normativa vigente no exime del trámite de la subasta cuando la enajenación se hace a entes públicos y que eventualmente la celebración de aquella subasta hubiera podido ser de más interés para la Diputación Provincial que la venta a un ente público por precio inferior al de tasación. *Por todo ello no puede compartirse el juicio de la representación letrada del ente local sobre la rigidez excesiva de la Sentencia del Tribunal de instancia en la aplicación de la vinculación positiva al ordenamiento jurídico. Ciertamente la Administración se encuentra vinculada a los mandatos positivos del ordenamiento vigente* y de ellos provienen sus potestades públicas, aunque esto no es obstáculo para que las Administraciones, a falta de norma puntual expresa, puedan actuar en defensa del interés público siempre que lo hagan en el contexto del ordenamiento jurídico y de acuerdo con la normatividad immanente en la naturaleza de las instituciones. Pero esta última posibilidad es cuestión muy distinta de que por las Administraciones públicas se prescindiera de trámites esenciales que el legislador ha establecido en garantía del interés que los entes locales gestionan y defienden. Todo ello conduce a que deba desestimarse el presente recurso de apelación y confirmarse la Sentencia apelada...»

De este modo, el TSJ afirma que «no podemos calificar el negocio jurídico como contrato administrativo para la gestión del servicio público, pues no adopta la naturaleza propia de tales contratos, ya que ni se concede el servicio para su gestión indirecta por el adjudicatario, ni se formula netamente la constitución de una fórmula de gestión mixta por gestión interesada o sociedad mixta. Sin embargo, y ello es el principal problema de este litigio, el resultado de la transmisión de las acciones va a ser —en

la intención manifestada por la Administración provincial en el expediente— la existencia final de una sociedad mixta, para lo que se previene, incluso, la aprobación posterior por los órganos societarios de unos nuevos estatutos sociales».

Así pues, «esta calificación de enajenación de bienes patrimoniales conlleva, como alega la parte actora y no es desconocido por la propia Administración, que trata de ello en la documentación del expediente administrativo— el utilizar el cauce de la subasta para la misma. El artículo 80 del 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, expresa: “Las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta pública. Se exceptúa el caso de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario”».

Para dejarlo zanjado, *«esta norma tiene carácter imperativo para la Administración local, en el sentido de que no cabe obviar esta necesidad de subasta, pues la misma se establece por el legislador como garantía de integridad del patrimonio y suficiencia de la hacienda local; por esta misma razón, dichas enajenaciones se someten, cuando se refieren a ciertos bienes o de determinado valor —por sí o en relación con los recursos de la Corporación— a otras garantías cuales son atribución al Pleno, la exigencia de una mayoría reforzada y el informe o autorización de la Comunidad Autónoma (22, 47 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y 79 y siguientes del 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).*

El TSJ no ignora que en estos casos concurre no obstante una circunstancia especial —sobre la que la Administración demandada y la mercantil codemandada fundan la validez de los acuerdos— y es la de que mediante *la enajenación de acciones se está estableciendo una forma de gestión de los servicios públicos afectados.*

Sin embargo, este hecho no va a ser tan determinante, para el TSJ, como para llevar a afirmar la posibilidad de excepcionar la garantía de subasta: «entiende la Sala que la fórmula de gestión de los servicios públicos de forma indirecta o de cogestión (en los términos legales de gestión interesada o sociedad de economía mixta) debe de ser establecida en la forma prevista normativamente y de manera expresa, por lo que la forma de enajenación parcial de las acciones no es admisible legalmente como procedimiento de otorgamiento de la cualidad de concesionario o de gestor

compartido, para lo que tendría que haberse dispuesto una de las expresadas fórmulas y ello mediante la adopción formal de los acuerdos plenarios en ese orden y tramitación de los expedientes de contratación conforme a las normas que regulan su establecimiento».

Por tanto, *«no se aprecia que pueda admitirse el que por la similitud con la fórmula de la gestión indirecta o compartida se proceda a obviar el mandato legal de acudir a la subasta»*. Un argumento clave sería aquel a cuyo tenor, «en manos de la Administración ha estado el optar por la adopción de la fórmula indirecta o de la enajenación de acciones y si se ha decidido —por las razones que sean— el proceder a la enajenación de acciones, no es admisible el que deje de aplicarse la previsión legal en ese sentido; máxime cuando con ello —como alega la parte actora— se disminuyen los ingresos de la Corporación, pues al limitarse a un máximo la puntuación en concurso por el precio de las acciones, nadie puja por encima de ese máximo y se frustra la obtención del mayor precio posible (lo cual no quiere decir —por otra parte— que el adquirente tenga que carecer de solvencia técnica, pues ésta se podía haber exigido como requisito para acceder a la subasta al mejor postor)».

Nuevamente, el TSJ se apoya en el TS: «en este orden, debemos recordar la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la cual en sentencia de 28 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1300), recuerda la obligatoriedad de seguir los trámites de la legislación local —con los requisitos de procedimiento, acuerdos plenarios, autorizaciones y subasta— para la enajenación de bienes patrimoniales, sin que la utilización de los principios esenciales de la legislación de contratos releve de ello (“... Ciertamente la enajenación de bienes de las Entidades Locales está sujeta al régimen jurídico previsto en la Ley de Bases de Régimen Local, Texto Refundido de las disposiciones legales de Régimen Local y Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, siendo de resaltar que las transmisiones a título oneroso sólo pueden acordarse por el Ayuntamiento en pleno [art. 22.2.1 de la Ley de Bases] por mayoría simple si su cuantía no excede del 10% de los recursos ordinarios del presupuesto, en cuyo caso se exige la mayoría que establece el art. 47.3.k), debiendo comunicarse al órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma, salvo que su valor exceda del 25% de los recursos ordinarios del presupuesto, en cuyo caso se exige autorización según el art. 79.1 del Texto Refundido y el art. 109.1 del Reglamento de Bienes y todo ello mediante subasta [art. 80 del Texto Refundido y art. 112 del Reglamento de Bienes]... Frente a lo anterior no cabe alegar que se han seguido los principios esenciales que rigen en la contratación administrativa de publicidad, igualdad y concurrencia, pues con independen-

cia de éstos cuando la Ley exige un determinado procedimiento de adjudicación no cabe prescindir del mismo, debiendo significarse que las razones aducidas para justificar el incumplimiento denunciado no son decisivas, pues los objetivos municipales pueden conseguirse también a través de la subasta y prueba de ello...»⁵.

En definitiva, acaba primando la aplicación de la legislación reguladora de enajenación de bienes patrimoniales, que termina yuxtaponiéndose sobre (y desplazando a) la legislación contractual pública⁶.

⁵ Véase F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, 5ª edición, Madrid 2002, p. 277.

⁶ Dice la Sala: «respecto de la expresa invocación del artículo 207 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento General de Contratación del Estado (“Las Sociedades de derecho privado cuyo capital pertenezca íntegramente al Estado o a un ente público estatal y que gestionen servicios públicos del Estado, no podrán enajenar títulos representativos de capital o, en modo alguno, otorgar participación en favor de personas naturales o jurídicas, sin sujeción a las normas que regulan la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos”) que hacen las demandadas, en el sentido de que el mismo sería supletoriamente aplicable a las Corporaciones Locales y que, conforme a él, procedería el concurso para la enajenación de las acciones, entiende la Sala que —efectivamente— dicho precepto implicaría un serio escollo a la aplicación del artículo 80 del Texto Refundido de Régimen Local, pues supondría la prevalencia del sistema concursal sobre la subasta al tratarse del propio del contrato de gestión de servicios públicos y debiendo entender que prima la norma sobre contratación (a pesar de su menor rango jerárquico) en virtud del principio de especialidad».

Sin embargo, entiende la Sala que «el referido precepto del Reglamento General de Contratación del Estado no se encuentra en vigor en virtud de la Disposición Derogatoria Única 1 b) Ley 13/1995 de 18 mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas deroga este Reglamento en cuanto se oponga a lo establecido en ella: Disposición Derogatoria Única de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (“1. Quedan derogadas las siguientes disposiciones:... b) El Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, las disposiciones modificativas del mismo, en cuanto se opongan a lo establecido en esta Ley y el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953...”)

—en criterio de la Sala— con la previsión normativa del artículo 155.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (actual artículo 154.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), que dice: “No serán aplicables las disposiciones de este título (Título II del Libro II, Del contrato de gestión de servicios públicos) a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma”».

Por consiguiente «no se aprecia la concurrencia de norma alguna que obste la aplicación del artículo 80 del Texto Refundido antes citado y, siendo así, que dicha norma es imperativa para la enajenación de los bienes patrimoniales —cual las acciones—, según la doctrina que se ha recogido en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de esta sentencia, no ha lugar a plantearse la compleja búsqueda de una regulación analógica para la enajenación de las acciones en la legislación de contratos administrativos, pues —como queda dicho anteriormente— hay norma expresa sobre ello y si se trataba del establecimiento de una de las fórmulas del artículo 157 de la Ley 13/1995,

Por su parte, en la sentencia del TSJ de Madrid se afirma: «la cuestión no es baladí, la mera enajenación de acciones, supone que el mecanismo a seleccionar no podría ser otro que la subasta conforme al artículo 80 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local».

Añadiéndose: «debe señalarse que la aplicación del artículo 104 del texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que establece como mecanismo el concurso *presupone que se trate de constituir una sociedad* para la gestión del servicio público, *mas en el caso presente la sociedad estaba constituida, y además al menos formalmente mas no materialmente la citada sociedad adoptó la forma de sociedad de economía mixta*».

Esta sentencia tiene, no obstante, un voto particular, donde se sostiene que es procedente el concurso, apoyándose en que en estos casos lo esencial viene a ser «integrar un socio privado para cambiar el sistema de gestión de un servicio público». Estaríamos en el terreno de la gestión de servicios públicos pudiendo el Ayuntamiento optar por la subasta o por el concurso, ya que tiene discrecionalidad para ello. Nos moveríamos dentro de la órbita contractual y no tanto patrimonial.

A mi juicio, en el tema que nos ocupa es importante el dato de la enajenación de acciones (que motiva la aplicación de la subasta y no el concurso) pero tampoco puede olvidarse que, en definitiva, terminaría primando el dato de la gestión del servicio público, en torno al cual existe una discrecionalidad administrativa organizativa. Es discutible que deba darse el mismo tratamiento a la enajenación de un bien patrimonial que a la enajenación de acciones *como forma de gestionar mejor un servicio público*, es decir de buscar la forma más idónea de gestión. Más que negar *la esencia contractual*, habría que afirmarla, aunque esto no impide razonar que la subasta ha de respetarse *como pauta de legalidad que limita la discrecionalidad excesiva con que cuentan las Administraciones a la hora de organizar los servicios públicos*. La conclusión sería en principio la misma (que en la jurisprudencia dominante), pero el razonamiento diferente. *No obstante, dicha jurisprudencia tiene hoy un valor histórico desde*

de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (actual artículo 156 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) debía de haberse procedido a la constitución de la fórmula de gestión indirecta de acuerdo con las normas procedimentales de adopción de los acuerdos pertinentes de la legislación local y tramitar el expediente de contratación conforme a las normas del Título II, del Libro II de la Ley de Contratos».

el momento en que la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las AAPP establece como sistema ordinario para la enajenación de inmuebles el concurso y no la subasta, conforme a las tendencias dominantes, por otra parte, en el Derecho comparado y en el Derecho comunitario europeos (artículo 137.2)

La entrada de un particular, en la gestión de un servicio, puede verse motivada por la necesidad de solventar una situación deficitaria de la empresa municipal (que puede incluso situarse en situación próxima a la quiebra) y por supuesto por la conveniencia de contar con un socio que, preocupado por la obtención de un beneficio económico, consiga una gestión más ágil y eficaz del servicio público.

Desde una perspectiva general, sobre las garantías aplicables en la fase de adjudicación de un contrato de servicios públicos, es significativo cómo el Derecho comunitario se sitúa al margen de estos planteamientos contractuales entre Administración y sociedad mercantil. Al jurista español podrá sorprenderle, con razón, esta pasividad del Derecho comunitario en este ámbito de las relaciones entre Administración y empresas gestoras de servicios públicos, que contrasta con el empeño que muestran la Comisión y el Tribunal de Justicia de Luxemburgo a la hora de afirmar en general (es decir, en cualquier otro ámbito contractual público) la aplicación del régimen jurídico de contratos públicos. Una explicación puede encontrarse en que, en los contratos de gestión de servicios públicos, el Derecho comunitario viene mostrando abiertamente sus limitaciones, seguramente como consecuencia de que en el Derecho francés, que sirve de inspiración al legislador comunitario, no está muy avanzado el régimen jurídico de garantías de contratos administrativos por lo que respecta a la adjudicación del contrato de concesión de servicios públicos.

5. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LA FORMA DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

La jurisprudencia parte del principio de libertad de elección de las formas de gestión del servicio público y, por tanto, de elección de la forma societaria en el contexto de otras posibles formas de gestión (sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 23 de junio de 1999, RJCA 1999\1586): «asimismo es de recordar que en esta materia rige el *principio de libertad de elección de la Administración*, a la que la Ley de Bases de Régimen Local (art. 85.2) y la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 156.1 referido

a todas las Administraciones), conceden un amplio margen de discrecionalidad en la determinación del modo de gestión de los servicios locales como ha señalado asimismo la jurisprudencia (STS de 29 de junio de 1987 [RJ 1987\7139]), *sin perjuicio de establecer algunos límites para la elección de los modos de gestión indirecta* (que tengan por objeto servicios públicos en sentido propio y que los mismos tengan carácter económico por ser susceptibles de explotación por empresarios particulares), y que además deba exigirse que la elección resulte racionalmente justificada en la Memoria; justificación que debe estar presente en todas las actuaciones administrativas y con mayor motivo cuando se trata de actuaciones discrecionales (art. 54. 1 f) de la Ley 30/1992).

En efecto, no podemos olvidar, en favor de la Administración, el principio de elección de la forma de gestión del servicio público e, igualmente y por tanto, la libertad de elección de la forma jurídica pública o privada, a pesar de que esta libertad tiene sus límites y es susceptible de control judicial. También el cambio en la forma de gestión del servicio público (por ejemplo de sociedades de capital íntegramente público en sociedades de capital mayoritariamente público) es controlable de igual manera ⁷.

De este modo, si la jurisdicción contencioso-administrativa llega a la conclusión de que la elección no es válida se anulará el Acuerdo de la Corporación local con la consecuencia de impedir la actividad económica o prestacional que se pretendía ⁸.

⁷ De estas cuestiones por ejemplo da cuenta la sentencia del TSJ de Andalucía, Granada, de 25 de febrero de 2002 (RJCA 2002\525): «en este sentido, el Tribunal Supremo ha destacado la libertad de que goza la Administración para la elección del modo de prestación de los servicios públicos (STS de 29 de junio de 1987, RJ 1987, 6592) y así se consagra en el artículo 85.2 (...); “lógicamente, la libertad de elección tiene una serie de limitaciones, que se derivan de la racionalidad y justificación de la elección, que habrán de plasmarse razonadamente en la memoria de asunción del servicio o actividad, prevista en el artículo 97.1.b) del TRRL (...); por contrapartida, “el cambio de gestión no ha de implicar necesariamente, en principio, una vulneración de los derechos adquiridos, cuyo carácter intangible, frente a las modificaciones que puedan operarse, ofrece muy serias dudas”».

⁸ A veces el control sobre la decisión administrativa *que opta por una forma de Derecho privado* podrá estar relacionado con el control sobre la decisión misma que opta por crear una entidad que permita a la Administración *intervenir en el mercado*, ya que esta decisión queda sujeta a límites jurídicos tal como recuerda la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 8 de febrero de 2001 en la que se afirma que toda opción de intervención en la dotación de infraestructuras de telecomunicaciones, creando una sociedad municipal, debe estar condicionada a una publicidad suficiente para que puedan participar en su constitución todos los posibles interesados.

6. ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS PROPIAS SOCIEDADES MERCANTILES

Junto al problema jurídico de la aplicación de la legislación pública contractual en el plano Administración-Sociedad, queda por comentar el régimen jurídico de la contratación de las propias sociedades mercantiles, es decir el plano de la relación entre la sociedad y posibles terceros contratistas.

Ésta ha sido una cuestión jurídica tradicionalmente poco clara. Sin embargo, es importante establecer criterios jurídicos en este complejo mundo de las entidades de la Administración que se hacen regir por el Derecho privado. Parece admitirse que la Administración puede libremente optar por una forma de Derecho público o por una forma de Derecho privado. Siempre ha sido esto así en nuestro ordenamiento jurídico. Pero esta libertad que se otorga a la Administración está significando, nada menos, que la posibilidad de aquélla de decidir si va a aplicarse el Derecho administrativo y sus garantías, o, en cambio, la posibilidad de aquélla de eludir el Derecho público con tal de aprobar un simple acuerdo corporativo. Y todo ello respecto de una misma actuación o servicio.

Ya en trabajos precedentes he acusado la necesidad de establecer límites jurídicos y de elaborar criterios aplicables en tales situaciones. Es cierto que la jurisprudencia afirma también el respeto de ciertos límites jurídicos con los que se enfrenta el principio de libertad de elección de la forma de gestión del servicio público, generalmente no más allá del concreto ámbito de la libertad (de la Administración) de elegir una forma de gestión directa o una forma de gestión indirecta (imponiendo, así, que no se deleguen funciones de autoridad).

No obstante, siguen sin aplicarse criterios claros y concretos, en especial en torno a la situación principal o donde el problema jurídico es más patente, es decir en torno a aquellos casos en los que la Administración opta por el Derecho privado para realizar sus actividades o servicios. La Administración no puede tener el poder de determinar o decidir el régimen jurídico aplicable, de una forma tan visceral además: ora el Derecho público (con todas sus garantías) ora el Derecho privado.

El régimen jurídico debería ser muy próximo en uno y otro caso, es decir, tanto si se acude al Derecho público como si se opta por una forma de derecho privado.

Deberíamos consolidar unos criterios funcionales. Importante sería:

Primero, empezar a considerar el criterio a cuyo tenor, dependiendo del tipo de actuación, podrá legítimamente optarse por una forma de Derecho público o por una forma de Derecho privado. En este sentido, las sociedades mercantiles habrán de crearse cuando la actividad en cuestión sea una actividad mercantil o de carácter análogo. Si la función es pública, habrá que distinguir a su vez entre el caso de la función simplemente prestacional y el caso de la función de autoridad. En este último caso, no procedería una forma privada de gestión y ni siquiera una forma indirecta de gestión. En el supuesto de las actuaciones prestacionales o de servicio público si se opta por una forma privada de gestión, *el régimen jurídico no podrá diferir esencialmente del régimen jurídico de las formas de Derecho público, ya que la actuación es pública.*

Los déficit o carencias que, en torno a este tipo de planteamientos, viene acusando el Derecho administrativo español (ante unas corrientes o posiciones subjetivistas que, resolviendo lo fundamental, no consiguen evolucionar incorporando estos matices o criterios complementarios de carácter funcional) se están resolviendo por la vía del Derecho comunitario europeo.

Tradicionalmente, tanto en un plano estatal como en un plano local, las sociedades o entidades en general de Derecho privado quedaban en una privilegiada situación jurídica, ya que, insisto, un simple acuerdo administrativo podía llevar a dejar al margen de estas entidades todo el Derecho público. El subdesarrollo jurídico parece claro en estos casos que se sitúan al margen de todo criterio, incluso doctrinal, aceptable. Una solución, puramente aparente, era remitir estos casos (pensando en la contratación, como supuesto este más relevante que otros de actuación ad extra de estas entidades) a la famosa «disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», ya que su articulado inicial, siguiendo una concepción subjetivista o formalista para definir el ámbito de aplicación de la Ley de contratos, no abarcaba las entidades de forma privada, a pesar de que cumplieran la más pública de las actuaciones posibles de la Administración. Frente a este absurdo, he comentado antes, ha reaccionado la reciente sentencia del TJCE de 15 de mayo de 2003 (asunto 214/00) y ha venido a reaccionar, de nuevo, más recientemente aún la STJCE de 16 de octubre de 2003 (asunto C-283).

En esta sentencia de octubre de 2003, otra vez el Gobierno español pretende apoyarse en que la aplicación del régimen público de contratación (previsto en la LCAP y en las directivas comunitarias) no alcanza a las entidades de Derecho privado, además de entender también que la función de la sociedad mercantil estatal de capital íntegramente público (SIEPSA)

es la ejecución de un plan de amortización y de creación de centros penitenciarios que, como tal, tiene carácter mercantil o, en todo caso, no se encuadra dentro de las funciones de satisfacción de interés general.

No voy a extenderme en el comentario de esta sentencia. Baste afirmar que, para la Comisión y para el TJCE de Luxemburgo, lo decisivo es si la actuación o función del sujeto actuante (tenga éste personificación privada o pública) puede entenderse o no como satisfacción de interés general, toda vez que consta la adscripción o dependencia de la entidad con respecto a la Administración. Siempre interesante es, en estos casos, una atenta lectura de los razonamientos que sirven al Tribunal (en la sentencia citada los principales se presentan en los apartados 78 a 92) para llegar a la conclusión de que la actividad en cuestión se corresponde con la satisfacción de necesidades que no tienen un simple carácter mercantil o industrial, en este supuesto considerando la vinculación de esa actividad con la política penitenciaria del Estado español (en especial con la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario) y otros índices de interpretación tales como la falta de competencia en el mercado en torno a esta actividad, la falta de ánimo de lucro, la no asunción de riesgos, la participación de capital público (como criterios de interpretación o presunciones o índices ninguno de ellos determinante, por serlo en cambio el criterio funcional de la satisfacción de necesidades generales).

El Derecho comunitario consigue que hoy el Derecho español cuente materialmente con criterios funcionales y no sólo subjetivistas o personalistas para definir el ámbito de aplicación del Derecho administrativo (contractual). En este sentido, recientemente, se dicta la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, 31 diciembre 2003). En especial, interesa su art. 67 («*Modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*»), precepto que da una nueva redacción a varios artículos del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

En primer lugar, se modifica el apartado 1 del artículo 2 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, dejando claro que las «sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil (...) quedarán sujetas a las prescripciones de esta ley»⁹.

⁹ Concretamente: «1. Las entidades de Derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior y las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que, además,

Asimismo, se da nueva redacción a la Disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas («*Principios de contratación en el sector público*»), quedando con la redacción siguiente:

«Las sociedades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en el mismo, ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios».

En tercer lugar, se adiciona un nuevo artículo 60 bis a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con el título «*Medidas provisionales*». De su extensa regulación, el contenido principal se contendría en el primer párrafo:

«1. Los interesados en concurrir a un procedimiento de adjudicación y, en todo caso, los licitadores, podrán solicitar la adopción de medidas provisionales para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión, o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación¹⁰.

Igualmente, la Ley 62 /2003 introduce una nueva disposición adicional decimosexta con el título «*Recursos en materia de contratos de las sociedades sujetas a esta ley*» y el siguiente contenido:

«A efectos de reclamaciones y recursos en relación con los contratos a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de esta ley se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones,

concurra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 derechos especiales de giro), si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros (equivalentes a 200.000 derechos especiales de giro), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados».

¹⁰ Se dispone además: «esta solicitud podrá formularse con independencia de que se interponga el recurso correspondiente. 2. Serán órganos competentes para adoptar, en su caso, tales medidas provisionales los que lo sean para conocer de los correspondientes recursos, cualquiera que sea su clase. 3. El plazo para solicitar la adopción de las medidas citadas será de cinco días a contar desde la fecha de la infracción alegada, debiendo resolverse, de forma motivada, en un plazo de 10 días, entendiéndose denegada en el supuesto de no recaer resolución expresa. Contra dicha resolución no cabrá recurso, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal. 4. Cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida.»

por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/1 3/CEE».

Así pues, interesa concluir, primero, que las sociedades mercantiles de la Administración deberán aplicar la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas siempre que se les otorgue el ejercicio de una función de satisfacción del interés general, una vez conste la adscripción de la sociedad a una Administración Pública. Segundo, es interesante la reforma de contenido procesal del nuevo artículo 60 bis, en especial en lo relativo a un modelo (que se sigue o propugna) de carácter preventivo (innovador en nuestro país) cuya finalidad es evitar que se consumen irregularidades o «evitar que se causen otros perjuicios». Esta regulación, por referencia a los contratos, puede tener repercusión en el futuro por servir de posible modelo para desarrollar una justicia administrativa preventiva en otros ámbitos diferentes.

7. LA NUEVA LEY 57/2003, DE 16 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL

Nada sustancial parece haber cambiado, por lo que respecta a las sociedades de economía mixta, tras la citada Ley de medidas para la modernización del gobierno local. Según explica su propia Exposición de Motivos, dicha Ley pretende incorporar «a la ley la regulación sustancial necesaria de los organismos autónomos y de las sociedades mercantiles con capital social público, hasta ahora sólo reguladas parcialmente en normas reglamentarias».

Desde el punto de vista de la contratación administrativa, primeramente interesa destacar que, como no podía ser de otra forma, en el contexto de las sociedades municipales el artículo 85 de la LBRL (como su antecesora) sigue ciñendo la forma de gestión directa a la sociedad mercantil local cuyo capital social pertenezca *íntegramente* a la entidad local («o a un ente público de la misma», añade la nueva redacción del citado artículo). Por otra parte, es destacable la nueva inclusión de las «entidades públicas empresariales locales» como formas de gestión directa, en el artículo 85.2.A.c.

Por su parte, la gestión indirecta se remite, para su concreción, por el citado artículo 85.2.B de la LBRL al Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, concretamente al artículo 156. Esta remisión es, en principio, oportuna y coherente, ya que en dicho ar-

título 156 se prevén las modalidades de contratación, es decir, los casos que caen bajo la órbita de los contratos, entre ellos las sociedades de economía mixta. Así pues, la definición de las formas de gestión indirecta se hace desde un punto de vista contractual a todos los efectos. No obstante, la remisión del artículo 85.2.B ha de completarse con el artículo 154.2 del citado TR de la LCAP, por ser en este último donde se precisa el tipo de sociedades a las que, en particular, se aplica el régimen público de adjudicación contractual (las sociedades de capital parcialmente público, como ya nos consta).

El artículo 85.3 de la LBRL contiene la regla histórica, a la que se ha hecho referencia supra, a cuyo tenor no pueden prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad. Es ésta una de esas regulaciones que actúa como límite del principio de libertad de elección de las formas de gestión de servicios públicos y que el citado artículo 85.3 extiende a las «sociedades mercantiles de capital social exclusivamente local» a pesar de ser formas de gestión directa, debido a su carácter societario.

El nuevo artículo 85ter de la LBRL confirma que el ordenamiento jurídico de las sociedades mercantiles es el Derecho privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y *contratación*.

En general, importa destacar que, a pesar de la aplicación inicial del Derecho privado, tanto el citado artículo 85ter como la disposición adicional duodécima de la Ley de medidas para la modernización del Gobierno local reconocen la continua repercusión o interferencia de regulaciones públicas que se imponen a veces sobre el régimen jurídico mercantil propio de estas sociedades¹¹, confirmándose la inevitable presencia del Derecho administrativo en todos aquellos casos en que se opte por el Derecho privado.

Pero la propia Ley reconoce las limitaciones de la reforma emprendida cuando dice que «el objetivo último debe ser la elaboración de una nueva Ley de Bases de Régimen Local». En especial, nada cambia respecto de los amplios márgenes de discrecionalidad de que dispone tradicionalmen-

¹¹ «La sociedad deberá adoptar una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma. Continúa el artículo 85ter.3 de la LBRL precisando que los Estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas. Y en la citada disposición adicional duodécima se excepcionan continuamente regulaciones societarias y tributarias.»

te la Administración local para optar por el Derecho privado (a salvo de las regulaciones de Derecho comunitario que han conseguido poner algún coto en este terreno).