

ENTE LOCAL Y S.A. PREVALENTE: EXPERIENCIA ITALIANA (Comentario a la Sentencia de la Corte di Cassazione Sezioni Unite núm. 4992/1995)

Por

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA
Profesora Titular interina de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Planteamiento. Síntesis de la Sentencia 4992/1995.—2. Gestión a través de Sociedad Anónima local prevalente: artículo 22.3.e) L. 142/1990.—3. Consideraciones críticas.—4. Addenda. Sentencia Corte Suprema di Cassazione Sezioni Unite Civili núm. 4992/1995.

1. PLANTEAMIENTO. SÍNTESIS DE LA SENTENCIA 4992/1995

La Sentencia de la Casación italiana, objeto de comentario, se refiere al supuesto concreto de creación por parte del Municipio de Siena de una sociedad anónima con capital mayoritario de propiedad municipal («Siena Parcheggi, S.A.») al amparo del artículo 22.3.e) L. 142/1990 sobre el ordenamiento de las autonomías locales, con el objeto de gestionar a través de ella el servicio de aparcamiento y parada de turismos en ese ámbito territorial.

A tal efecto, el Consejo Municipal aprobó un convenio marco para la concesión de la gestión del mencionado servicio a «Siena Parcheggi». El cual contenía los siguientes extremos:

En primer lugar, la sociedad anónima en cuestión asumía los gastos de todo aquello que fuera preciso para la proyección, competencia, dirección, asistencia al examen pericial de las obras que fueran necesarias para la organización y desarrollo del servicio de aparcamientos, entregando en contrato las citadas obras.

En segundo lugar, se establecía que el Municipio se desvinculaba en todo caso de las relaciones de la Siena Parcheggi con sus eventuales contratistas, suministradores, constructores y terceros en general.

En tercer lugar, se otorgaba a la sociedad anónima por parte del Ayuntamiento de Siena el derecho de superficie sobre las áreas demaniales y de propiedad municipal inherentes a los aparcamientos previstos en el programa urbano por una duración de veinte años.

En cuarto lugar, se atribuía a la exclusiva competencia de la sociedad las rentas derivadas de la gestión del servicio, constituidas por la recaudación de tarifas.

Y en quinto lugar, de un parte, se reservaba al Municipio la facultad de vigilancia y control de las actividades desarrolladas por la Siena Parcheggi y, de otra, las transferencias a título gratuito a favor de aquél de todas las obras realizadas por la mencionada sociedad anónima para la prestación del servicio, al vencimiento de los convenios de actuación, de acuerdo con lo previsto por el artículo 4.2.c) de los Estatutos de la Sociedad.

Posteriormente, y una vez obtenido el encargo expreso por parte de la Siena Parcheggi, S.A. de gestionar por su cuenta el servicio de aparcamientos y de las áreas de parada de los turismos, ésta convocó un concurso público, en aplicación del Decreto Leges. 406/1991 —art. 29.b), pto. 1— que traspone la Directiva 89/440, de obras, adjudicando a una tercera empresa (BELARDI, s.r.l.), a la vista de la oferta económica más ventajosa, la construcción de las obras e infraestructuras necesarias, cuya obligación de dotarse había asumido la Siena Parcheggi.

El procedimiento de adjudicación fue impugnado por otras empresas también participantes en la licitación, ante el Tribunal Administrativo Regional de la Toscana, a fin de obtener la anulación.

Finalmente, en el juicio pendiente ante el TAR toscano, la Siena Parcheggi promovió instancia ante las Secciones Conjuntas de la Corte de Casación, solicitando a ésta la declaración de jurisdicción del juez ordinario en función de la controversia promovida por la empresa actuante.

En suma, por tanto, nos encontramos ante un supuesto encajable en una de esas zonas polémicas en que se produce la fricción entre el Derecho administrativo y el Derecho privado, y que se refiere al Derecho de la Organización (1), donde concretamente se observa cómo la Administración Pública utiliza, en ocasiones, formas organizativas que son propias del Derecho privado, obviamente con carácter instrumental (2).

Efectivamente, también la Administración italiana crea con normalidad entes institucionales bajo formas privadas de personificación (especialmente bajo la forma de sociedades anónimas) (3), habida cuenta la utilidad que presenta para aquéllas adoptar veste mercantil para gestionar servicios públicos que tengan por objeto la producción de bienes y actuaciones encaminadas a promover el desarrollo económico y civil de las comunidades locales, si bien la realidad que subyace a este ropaje obliga a

(1) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Edit. Civitas, Madrid, 1995, pág. 50.

(2) V. CERULLI-IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli editore, Torino, 1994, págs. 325-326, y G. MORBIDELLI, *Servizio energetico e pubblicizzazione delle procedure contrattuali*, en «Riv. Trimestrali degli Appalti», 2-3-4 (1993), pág. 467.

(3) La Corte dei Conti, *Referto Speciale sulle società per azioni a capitale pubblico locale*, publicado en «Riv. Corte Conti», 1992, fasc 2, II, págs. 216 y ss., y fasc. 3, II, págs. 210 y ss., destaca que las sociedades censadas han sido 281, de las cuales 258 son sociedades anónimas y 23 sociedades de responsabilidad limitada. Además, se señala que la mayoría de las sociedades de participación local operan en el sector de los transportes públicos, ferrocarril, teleférico (43 por 100), y en los sectores tradicionales de la distribución del gas, de los servicios de cloacas y limpieza urbana, de aparcamientos, etc. (22 por 100), e incluso en el campo de la tutela ambiental (17 por 100).

hablar de una necesaria regulación de aspectos de la misma por el Derecho público, que de todo punto debe tenerse presente (4).

Pues bien, a la vista de las consideraciones vertidas en la Sentencia, las cuestiones que nos suscita su lectura y que pueden ser de interés para el Derecho español son la constitución de la sociedad anónima; la relación existente entre ésta y el ente local que la crea; así como y en conexión con ello la relación de la sociedad con terceros y el sometimiento a la jurisdicción ordinaria o a la contencioso-administrativa. Puntos todos ellos que abordaremos de forma conjunta en las páginas siguientes.

2. GESTIÓN A TRAVÉS DE SOCIEDAD ANÓNIMA LOCAL PREVALENTE: ARTÍCULO 22.3.e) L. 142/1990

El debate sobre los servicios públicos, y por consiguiente sobre sus formas de gestión, ha recibido en Italia un nuevo impulso tras la promulgación de la L. 142/1990, de 8 de junio, de «ordenamiento de la autonomía local», con lo cual el legislador, en el ámbito de un intento de revalorización del papel de la Administración Pública, ha querido introducir formas de gestión que, por su naturaleza, pudiesen expresar y conseguir los criterios empresariales privados asumidos por aquélla (5). Aún más, ha querido poner en marcha la realización de una Administración al servicio del público, transformada en su dimensión total al objeto de disminuir el peso de la intervención pública, y consentir una mejora de la calidad de los servicios que antes venían mal suministrados. Bajo esta lectura, por tanto, se interpreta la introducción de las sociedades anónimas con participación local, entre los instrumentos de gestión de los servicios públicos locales contemplados en la L. 142/1990.

Así, el artículo 22.3.e) del mencionado texto legal dispone: «Los Municipios y las Provincias pueden gestionar los servicios públicos en las siguientes formas: (...) e) a modo de sociedad anónima con capital público local prevalente, cuando se considere oportuno, en relación con la naturaleza del servicio a prestar, la participación de otros sujetos públicos o privados» (6).

(4) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, op. cit., págs. 50, 54, 57, y C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, «Diritto Pubblico, 2» (1995), págs. 424 a 428, donde se refiere a las sociedades anónimas en mano pública, y a las que considera que en la sustancia son sujeto público pero formalmente privado, añadiendo que la existencia de un espacio que puede ser ocupado con formas privadas no es incompatible con el hecho de que haya una disciplina en parte pública.

(5) E. MARENGHI, «Sottosistema dei servizi e sistema delle autonomie locali nel quadro della riforma», *Cons. Stato*, 1992, II, págs. 1271 y 1281; Id., *Scritti di diritto degli enti locali*, Salerno, 1994, pág. 335, y P. PIRAS, *Sulla compatibilità delle società per azioni a partecipazione comunale con l'ordinamento comunitario*, «Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario», núm. 6 (1994), pág. 1217.

(6) Este precepto establece que: «Los Municipios y las Provincias pueden gestionar los servicios públicos en las siguientes formas: a) en economía, cuando por las modestas dimensiones y por las características del servicio no se considere oportuno constituir una institución o empresa; b) en concesiones a terceros, cuando subsistan razones técnicas, económicas o de oportunidad social; c) a modo de empresa especial, incluso para la gestión de

Por consiguiente, vemos cómo a esta forma jurídica (S.A.) se recurre normalmente para gestionar servicios públicos con carácter empresarial, que requieren ser prestados en régimen de mercado con la aportación de otros sujetos públicos y privados, que comparten el riesgo de empresa (7). Si bien esta modalidad de gestión, que estaba difundida desde hace tiempo en la práctica (8) y cuya legitimidad había sido afirmada en sede judicial y doctrinal, por primera vez ha estado reconocida formalmente en el ámbito legislativo (L. 142/1990).

Con anterioridad a ella, la utilidad de este instituto había estado reconocida por la misma jurisprudencia administrativa y de la Corte dei Conti (9), la cual, sin embargo, había individualizado una serie de límites, condicionando la concreta posibilidad de recurrir a tal forma (10).

En este sentido, el juez administrativo vino a precisar una serie de límites encaminados a prevenir la violación o elusión de las reglas de los procedimientos administrativos o de los vínculos generales establecidos como garantía de la imparcialidad y de la transparencia de la actividad administrativa, que, entre otros, son los siguientes:

1. La participación accionaria debe suceder dentro del ámbito de las finalidades institucionales del ente, debiéndose excluir en particular cada actividad empresarial con finalidad de lucro.

más servicios de relevancia económica y empresarial; d) a modo de institución, para el ejercicio de servicios sociales sin relevancia empresarial, y e) a modo de sociedad anónima con capital público local prevalente cuando se considere oportuno, en relación con la naturaleza del servicio a prestar, la participación de otros sujetos públicos o privados.»

R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nelle gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993, págs. 101-102; F. CAVAZZUTI, «Società a partecipazione locale. Saggio di diritto provvisorio», *Giur. Comm. le*, 22-5 settembre-ottobre 1995, pág. 685, y L. VANDELLI, *L'ordinamento delle autonomie locali. Commento alla L. 8 giugno 1990, n. 142*, Rimini, 1990, pág. 129.

(7) P. PIRAS, *ob. ult. cit.*, pág. 1218, advierte la estrecha relación entre la noción de servicio público esencial y la noción de empresa, de la cual debe deducirse que todos los servicios públicos esenciales deben ser organizados y gestionados en forma de empresa, o sea, con criterios de economicidad. En nuestro país, y sin ánimo de exhaustividad, han tratado el tema: R. ENTRENA CUESTA, «El modelo económico de la Constitución Española de 1978», en AA.VV., *La empresa en la Constitución Española*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1989, págs. 11 a 36; M. BASSOLS COMA, *Servicio Público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales*, núm. 84 de esta REVISTA; T. R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, «Reflexiones sobre la empresa pública española», en *La Empresa Pública Española*, Ed. IEF, Madrid, 1980; J. TORNOS MAS, «Comercio exterior, comercio interior y empresa», en AA.VV., *La empresa en la Constitución Española*, Aranzadi, Pamplona, 1989, págs. 233-260; T. FONT I LLOVET, «Empresas públicas», en AA.VV., *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, IEA, Barcelona, 1990, vol. III, págs. 793 y ss.; Id., «La Administración plural. Caracteres generales del régimen de las Administraciones públicas», en AA.VV., *Administración Pública y Procedimiento Administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 73-78, y S. MARTÍN-RETORTILLO, *Las empresas públicas: reflexiones del momento presente*, núm. 126 de esta REVISTA (1991).

(8) F. D'IPPOLITO, R. MASTRANTUONO y S. AEDO VIOLANTE, *Ordinamento delle autonomie locali*, Napoli, 1990, pág. 53.

(9) M. CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica. Comuni, province, regioni*, Rimini, 1989, pág. 15.

(10) G. ROLLA, T. GROPPI y L. LUATTI, *L'ordinamento dei Comuni e delle Province*, Giuffrè, Milano, 1993, págs. 413-415.

2. El recurso a la forma societaria no debe ser impuesto como un mero fin elusivo de normas imperativas (11).
3. A las sociedades anónimas no se les puede delegar el ejercicio de funciones públicas (12).
4. La actividad desarrollada por la sociedad anónima no puede exceder los límites territoriales del ámbito de competencia del ente (13).
5. Además, los entes locales no pueden recurrir al empleo de sociedades anónimas unipersonales para la gestión de un servicio público; principio éste que la Ley 142/1990 viene a reafirmar indirectamente en su artículo 22.3.e) al referirse a que la utilización de la sociedad anónima de prevalente capital local puede darse cuando se considere oportuna, en relación a la naturaleza del servicio a prestar, con la participación de otros sujetos públicos o privados. Así pues, no cabe que los entes locales *constituyan, creen* sociedades anónimas unipersonales *inicialmente* (14), y tampoco le está permitido al ente local *devenir posteriormente* único accionista, adquiriendo las acciones de los socios terceros, pues tal evento, en efecto, podría ser entendido como manifestación del incumplimiento de la «oportunidad de la participación de otros sujetos», y, por consiguiente, de un requisito fundamental para justificar la utilización de la sociedad anónima; además, la sociedad no sería ya de «prevalente» (como requerido normativamente) sino de «exclusivo» capital público local, lo cual, en virtud de una interpretación rigurosamente formalista, podría suscitar algunas dudas sobre la legitimidad de la utilización de aquélla cuando hay otras formas legislativamente previstas.
6. Otra regla jurisprudencial es la relativa a la elección de los socios privados, que debe hacerse a través de un procedimiento de concurso como garantía de la imparcialidad y buen funcionamiento de las Administraciones. Principio que la normativa de la Ley 142/1990 no recoge, pero al

(11) La afirmación de este principio surge de una opinión del Consejo de Estado de 6 de marzo de 1956, núm. 376, *Riv. anim.*, 1957, II, pág. 284. Igualmente, «È legittima la partecipazione di un comune ad una s.p.a: Così Cass., 6 noviembre 1976, n. 4038», *Giur. Comm.*, 1978, II, 220, con nota de A. Rossi, «Questioni in tema di partecipazione di un comune ad una s.p.a.», pág. 231, donde se afirma que con tal parecer se ha querido excluir que un ente público puede confiar la gestión de propias atribuciones a una sociedad participada, cuando tal articulación se resuelve en un fraude a la Ley. Asimismo, Sentencia de Corte dei Conti 22 julio 1986, con nota de F. BONELLI, «Partecipazione a s.p.a. de parte di enti pubblici: il caso del consorzio autonomo del porto di Genova», *Giur. Comm.le*, 15.1 (1988), págs. 29 a 41.

(12) En esta línea, Corte dei Conti, 16 junio 1981, núm. 1616, en relación al ente autónomo del Puerto de Trieste.

(13) G. ALPA y M. C. CAPPONI, *S.p.a. a prevalente capitale pubblico locale e gestione dei servizi pubblici —art. 22 comma 3, let. e) L. 142/1990—*, en «Regione e Governo Locale», 1992, pág. 173. No obstante, respecto de este límite cabe señalar que hoy lo que adquiere mayor relieve para la fijación de los confines de legitimación de la posesión de participaciones accionariales en sociedades de gestión de servicios públicos es la esfera de intereses de la colectividad local, y con toda probabilidad donde se verificarán casos de concurso de intereses de comunidades distintas. Por ejemplo, gestión de unas líneas de transporte entre dos municipios limítrofes.

(14) F. GALGANO, «La società per azioni», en *Tratt. dir. comm.*, vol. VII, Padova, 1988, págs. 121-122.

que sí se refiere la Ley 498/1992, de 23 de diciembre de 1992, de «Intervenciones urgentes en materia de finanzas públicas», al reconocer a Provincias y Municipios la facultad de constituir para el ejercicio de servicios públicos y para la realización de las obras necesarias al correcto desarrollo de los mismos sociedades anónimas, sin el vínculo de la propiedad mayoritaria pública —art. 22.3.e) L. 142/1990—, subordinando solamente la elección de los socios privados y la colocación de los títulos accionarios a procedimientos de evidencia pública (art. 12.1 L. 498/1992) (15). En consecuencia, a la vista de esta disposición, entendemos que la misma constituye una garantía de las reglas de publicidad establecidas por la normativa comunitaria y del principio de la *par condicio* entre empresarios italianos y comunitarios interesados en la gestión del servicio (16), y sobre este tema de capital importancia nada se dice en la Sentencia comentada.

7. Finalmente, otro de los principios jurisprudenciales, que en este caso la Ley 142/1990 no ha incorporado, era el relativo al sometimiento de las sociedades con participación local a las reglas del procedimiento concesorio. Al respecto, y en coherencia con la Ley, la Corte Suprema de Casación, en la Sentencia 4992/1995, pone de relieve cómo una vez decidida —obviamente mediante procedimientos de Derecho público— la constitución de una sociedad anónima para la gestión de un determinado servicio público local, no es necesario un ulterior procedimiento de concesión; por cuanto la opción del ente por aquel modelo (S.A.) comporta la adjudicación directa del servicio a la sociedad constituida al efecto; y, por consiguiente, recoge así el sentir mayoritario de la doctrina que excluye la necesidad del recurso a la concesión en el caso de sociedades anónimas con participación local mayoritaria —art. 22.3.e) L. 142/1990— (17) y también minoritaria (art. 12.1 L. 498/1992).

(15) Además, se añade en ese precepto que: «El acto constitutivo de la sociedad debe prever la obligación del ente público de nombrar uno o más administradores e interventores. En el caso de servicios públicos locales una cuota de las acciones puede ser destinada al accionariado difuso y quedar de todos modos en el mercado.»

Ese precepto prevé, asimismo, la emanación de un decreto legislativo (que todavía no se ha promulgado) que contemple: la medida mínima de la participación del ente local al capital y los criterios de elección de los posibles socios, discipline la naturaleza de la relación existente entre el ente local y el privado; establecimiento de formas adecuadas de control de la eficiencia y economicidad del servicio.

En tales términos también, V. CERULLI, *Corso...*, op. cit., pág. 326.

(16) G. VESSERINI, «Le società a partecipazione pubblica locale speranti nel settore dei servizi pubblici», en *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, a cargo de G. SANVITI, Il Mulino, Bologna, 1995, pág. 326; M. MAZZARELLI, *Note sull'utilizzazione di società per azioni controllate da parte degli enti locali territoriali per la gestione dei pubblici servizi: l'art. 22 lett. e) della legge 142/1990 e la normativa comunitaria*, en «Riv. it. Diritto Pubbl. Comm.», 1991, pág. 759, y P. PIRAS, *ob ult. cit.*, págs. 1224 a 1233, donde afirma que la tutela del principio de la *par condicio* entre empresarios italianos y comunitarios podrá ser realizada a través de un régimen de garantías que tenga por objeto: a) el control de la motivación sobre la cual se funda la elección de recurrir a la sociedad anónima para la gestión del servicio; b) la individualización de los *partners* privados en la S.A., y c) el orden de las relaciones financieras entre el ente local y la sociedad.

(17) M. CAMMELLI, «Quadro di riferimento normativo in ordine alle modalità di gestione dei servizi pubblici: La legge n. 142 del 1990 ad un anno dalla sua emanazione», en *Atti del Convegno Nazionale «La Legge n. 142 del 1990 e le forme di gestione dei servizi pub-*

3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

En primer término, resulta de interés subrayar uno de los argumentos vertidos por la Corte Suprema al entender que la Siena Parcheggi, S.A., sociedad de Derecho privado, aplicó en la convocatoria del concurso de adjudicación la disciplina inherente al Decreto Legislativo núm. 406, de 19 de diciembre de 1991, dictado para dar entrada a la Directiva 89/440/CEE en materia de procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas, *por elección propia*, no estaba obligada a su observancia: «... porque entre otros motivos, bajo el aspecto subjetivo, la sociedad no entra en la categoría de las “administraciones adjudicadoras” señalada en el artículo 1.º de la citada Directiva, no pudiendo ser considerada “ente público”, según la definición del artículo 2.º, sea sólo a los fines de la aplicación de la normativa comunitaria, por defecto de una de las condiciones previstas (es decir, que “el organismo dotado de personalidad jurídica” haya sido “instituido para satisfacer específicamente necesidades de interés general *no revistiendo carácter industrial o comercial*”)».

Al respecto, a nuestro juicio, hemos de señalar los siguientes puntos:

a) De una parte, y a la luz del Derecho comunitario, debemos tener presente la noción tan amplia que aquél tiene de «poder público», noción de carácter funcional o material, por sectores de actividad (18), de manera que con el objetivo de garantizar plenamente la apertura de la contratación pública, todos los entes públicos, incluso los entes privados, están obligados a adjudicar los contratos de obras, suministros y servicios a través de unos procedimientos públicos de selección que garanticen la igualdad y favorezcan la concurrencia; obviamente, siempre que nos movamos por encima del umbral comunitario.

En consecuencia, la Siena Parcheggi, S.A. ciertamente ha aplicado voluntariamente la disciplina inherente al Decreto Legislativo núm. 406, de

blici», Reggio Emilia, diciembre 1991, págs. 15 ss.; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, pág. 181; G. CAIA, «Ente locale e spa: profili istituzionali», en *La s.p.a. per la gestione dei servizi pubblici locali*, Maggioli editore, Rimini, 1995, pág. 30, y P. PIRAS, *ob. ult. cit.*, pág. 1225.

(18) Entre otros, A. MASSERA, «Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione», en *El desenvolupament del dret administratiu europeu*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1993, pág. 61; M. M.ª RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho Comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 229; S. DEL SAZ, *La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*, núm. 133 de esta REVISTA (1994), págs. 89-90; Id., «Los contratos de la Administración y el derecho comunitario», en *El desenvolupament del dret...*, op. cit., pág. 236; D. SORACE, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, «Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario», 1992, págs. 376-381; J. L. RIVERO YSERN, «Los principales problemas de la contratación pública», en *Estudis sobre la nova Llei de Contractes de les Administracions Públiques, Seminari de Dret Local (Curs 94-95)*, Ajuntament de Barcelona, Barcelona, 1995, págs. 26-29; J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *El efecto directo de las directivas comunitarias: El papel de la Administración y de los Jueces en su aplicación*, núm. 125 de esta REVISTA (1991), pág. 252; M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Los poderes adjudicatarios en el Derecho comunitario y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, en «Noticias de la Unión Europea», núm. 135 (1996), págs. 51-55.

19 de diciembre de 1991, promulgado para dar entrada a la Directiva 89/440/CEE en materia de procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas, por cuanto el contrato de obras no es ni igual ni superior a 5 millones de euros.

Si bien hoy, tras la entrada en vigor de la Ley núm. 109, de 11 de febrero de 1994 (Ley «Merloni»), en materia de trabajos públicos, modificada por Decreto-Ley de 3 de abril de 1995, núm. 101, coordinado con la Ley de 2 de junio de 1995, núm. 216, hemos de tener presente que se ha variado profundamente el cuadro normativo vigente en el momento en que fue efectuado el concurso que ha dado origen al recurso en casación. Así, «en ejecución del artículo 97 de la Constitución italiana, la actividad administrativa en materia de obras y trabajos públicos debe garantizar la calidad y debe uniformarse a criterios de eficiencia y de eficacia, según procedimientos caracterizados por oportunidad, transparencia y corrección, en el respeto del Derecho comunitario y de la libre competencia entre los operadores» (art. 1.1 L. 109/1994); extendiéndose la aplicación de la Ley a las «sociedades con capital público» (como es el supuesto de la sentencia 4992/1995), «incluso también no prevalente, que tengan por objeto la producción de bienes o servicios no destinados a ser colocados en el mercado en régimen de libre competencia, así como cuando operen en virtud de derechos especiales o exclusivos...» —art. 2.b) L. 109, 1994— (19).

(19) Vemos, pues, cómo el Derecho italiano ha efectuado una regulación acorde con el Derecho comunitario, es fiel a sus previsiones. Por el contrario, respecto de la incorporación reciente al Derecho español (Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas) del régimen comunitario en materia de contratación no podemos afirmar lo mismo con tal profundidad, por lo que se refiere al ámbito subjetivo y a recursos (Directivas 89/665 y 92/13). En relación a la transposición de las directivas comunitarias en los ordenamientos jurídicos nacionales, vid., entre otros, M.^a J. MONTORO CHINER, *Integración europea y creación del derecho*, núm. 128 de esta REVISTA (1992), págs. 158 a 170; J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *El efecto directo...*, op. cit., pág. 234; S. MUÑOZ MACHADO, «Los principios de articulación de las relaciones entre el Derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva», en *Tratado de Derecho Comunitario (estudio sistemático desde el Derecho español)*, vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 503 y ss.; J. L. PIÑAR MAÑAS, «El derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva Ley», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (AA.VV.), director: R. GÓMEZ-FERRER MORANT, Civitas, Madrid, 1996, págs. 21-25, y en «El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria», en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 773 y ss.; F. SAINZ MORENO, «Los temas objeto de debate en la nueva Ley», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (AA.VV.), director: R. GÓMEZ-FERRER MORANT, Civitas, Madrid, 1996, págs. 58-60; X. PADROS y J. FORTUNY, *Legislació bàsica sobre contractes: La Llei de contractes de les Administracions Públiques*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1995, pág. 23; R. SILVA DE LAPUERTA y G. CALVO DÍAZ, «El Derecho Comunitario europeo y la LCAP», en *Derecho de los Contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas* (AA.VV.), coordinación: B. PENDÁS, Edit. Praxis, Barcelona, 1995, págs. 103-125; J. A. SANTÍAS VIADA, V. SANTAMARÍA DE PAREDES y C. LÓPEZ BLANCO, *El derecho comunitario de la contratación pública*, Escuela de la Hacienda Pública, Madrid, 1991, pág. 20; A. MATTERA, *El Mercado Unico Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 385; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Ámbito de aplicación de la ley (arts. 1 a 9 inclusive)», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 108; F. DIEZ MORENO y V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, *La contratación administrativa en la UE y el ordenamiento español*, «Rev. Política Exterior», núm. 43

b) Por otra parte y respecto a la cuestión de que la Siena, S.A. incumple uno de los indicios de reconocibilidad, puesto que la Corte estima, sin decirlo expresamente, que aquélla ejercita una actividad industrial o comercial, y que por consiguiente no entra en la categoría de las administraciones adjudicatarias (art. 1 DL 406/1991), es necesario perfilarla.

Ciertamente, la Directiva 89/440 habla de «cualquier organismo, dotado de personalidad jurídica, instituido para satisfacer específicamente necesidades de interés general no revistiendo carácter industrial o comercial», debiéndose hacer su lectura teniendo presente que tal dicción prescinde del aspecto formal con el que el organismo se pueda presentar (así, S.A.) y, además, que sólo la impronta *exclusivamente* industrial o comercial (no relacionada con las necesidades de interés general) de la actividad desarrollada puede sustraer a ésta de la aplicación de la directiva europea. Dato éste que, en nuestra opinión, no se produce en el caso de la sentencia que comentamos (20).

Y es más, y en esa línea de la nueva normativa comunitaria de alargar el área de los sujetos llamados a observarla, cabe tener presente en relación a las sociedades de capital público local, y concretamente las del artículo 22.3.e) L. 142/1990, que la necesidad de que en las mismas el ente local conserve la mayoría del paquete accionario debe considerarse un indicio de la existencia de un interés público y, justamente, el financiamiento mayoritario las hace considerar como administraciones adjudicatarias, con el concurso de los otros elementos señalados en el artículo 2 del Decreto. No olvidando que cabe perfectamente que la necesidad de interés general se persiga o ejercite en clave industrial o comercial (21).

Asimismo, y ahora ya respecto a la relación existente entre el ente local y la sociedad anónima creada por aquél, debemos tener presente previamente lo que se dice en la sentencia. A este respecto, se afirma: «la Siena Parcheggi, s.p.a., opera como persona jurídica privada, en el ejercicio de su propia autonomía, sin ninguna conexión con el ente público respecto al cual ha asumido la obligación de gestionar el servicio de aparcamiento (...) —Una vez constituida la sociedad, a los fines específicos de confiarle el servicio, y alcanzado el correspondiente acuerdo— no hay ya posibilidad alguna de interferencia entre el sujeto público y el privado, los cuales operan en esferas diversas, para fines diversos». Y añade: «La relación entre ente local y persona jurídica privada es de absoluta autonomía y, por lo tanto, no se le permite al Municipio incidir unilateralmente en el desarrollo de la relación misma y en la actividad de la sociedad anónima mediante

(1995), págs. 147-149, y R. ENTRENA CUESTA, *Aspectos generales de la nueva Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, conferencia pronunciada en Jornadas sobre Contratación en Valladolid, 25-26 enero 1996, págs. 7 y ss. del texto original; J. M. GIMENO FELIÚ, *El control de la contratación pública (Las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 129.

(20) G. TORREGROSSA, «I principi fondamentali dell'appalto comunitario», en *Gli appalti nel settore energetico*, Giuffrè editore, Milano, 1994, págs. 14 a 17.

(21) En tal dirección es el ejemplo de la RAI, que mantiene la casi totalidad del paquete accionario el Estado, aunque la actividad en abstracto puede ser considerada industrial o/y comercial.

el ejercicio de poderes de autoridad...»; «todo ello induce a excluir que la actividad negocial creada por la Siena Parcheggi, s.p.a., a pesar de ir destinada a la adquisición de obras y estructuras necesarias para la realización de un servicio público, sea reconducible al ente local...».

Al hilo de esto, debemos destacar en primer lugar que el acto deliberativo municipal de autorización para la constitución de una sociedad anónima debe caracterizarse por una motivación de la cual emerja una adecuada ponderación de todos los intereses implicados en la elección, en la cual se evidencie la conveniencia económica de tal solución por el ente local (22). Además, antes de llegar a la estipulación del acto constitutivo de la sociedad con participación municipal, se instaura un típico procedimiento administrativo, consistente en la adopción por parte del Consejo Municipal del oportuno acto deliberativo, sometido al examen del órgano de control (23).

En suma, y a la vista de la letra del artículo 22.3.e) L. 142/1990, la «naturaleza del servicio a prestar» se pone como requisito que delimita y objetiva la esfera de oportunidad del recurso a la forma societaria, eliminando la posibilidad de motivar genéricamente la elección remitiéndose a la mayor agilidad de la utilización de los instrumentos jurídico-privados (24). La decisión municipal deberá ser adoptada sobre la base de una relación en la cual se comparen los resultados económicos posibles por las diversas formas de gestión (25). Luego la afirmación que se hace en la sentencia de que «la elección está sujeta a valoraciones ampliamente discrecionales» no nos parece adecuada.

Pues bien, en opinión de la Corte Suprema, únicamente hasta este momento, es decir, hasta que se constituye la sociedad, nos movemos en el terreno de procedimientos de Derecho público; después, «la sociedad anónima opera como persona jurídica privada, en el ejercicio de su propia autonomía, sin ninguna conexión con el ente público respecto al cual ha asumido la obligación de gestionar el servicio de aparcamiento».

En definitiva, tales conclusiones son a nuestro juicio matizables, por cuanto aun cuando se pueda afirmar que la Siena Parcheggi se trata de una sociedad de Derecho privado (26), se dan en ella una serie de connotaciones, unos indicios de reconocibilidad que demuestran su *substractum* público, a saber: capital mayoritario de propiedad pública, en concreto capital local prevalente; persecución de una finalidad de interés general público en la prestación del servicio público de aparcamiento para la que fue creada; y órganos de administración, dirección o vigilancia compuestos por miembros más de la mitad de los cuales nombrados por el ente local (27). Así

(22) P. PIRAS, *ob. ult. cit.*, pág. 1226.

(23) E. MAGGIORA, «La gestione comunale dei pubblici servizi», en *Trib. amm. reg.*, 1986, V, 113, pág. 127.

(24) M. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, pág. 242.

(25) Sentencia Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 marzo de 1990, núm. 374, en *Cons. Stato*, 1990, I, pág. 455.

(26) C. MARZUOLLI, *ob. ult. lit.*, pág. 424, afirma en relación a las sociedades anónimas que son en la sustancia un sujeto público pero formalmente privado.

(27) Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Aguas y Alcantarillado, S.A., de 28 mayo de 1984, que recoge un supuesto de «levantamiento del velo de la perso-

pues, manteniéndose tras esa vestimenta (de sociedad anónima) múltiples perfiles públicos, la Siena Parcheggi no podrá pretender actuar como una normal sociedad de Derecho privado, de forma que de acuerdo con el Derecho comunitario y el Derecho viviente representado por la jurisprudencia de la Casación y de los jueces administrativos, se trata de romper el velo formal de la persona jurídica para sacar la publicidad real que se esconde bajo formas diversas y que emerge por segmentos de actividad (28); lo cual determina que la actividad contractual que una sociedad anónima lleve a cabo —en este caso la Siena Parcheggi— deba sujetarse a unos procedimientos reglados de selección de contratistas (29) que son los que permiten el control judicial posterior a través de la aplicación de la doctrina de los actos separables (30).

nalidad jurídica». R. DE ANGEL YAGÜEZ, *La doctrina del levantamiento del velo*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 331-348.

(28) G. MORBIDELLI, *Servizio energetico e pubblicizzazione delle procedure contrattuali*, en «Rivista Trimestrale degli Appalti», 2-3-4 (1993), pág. 473; V. CERULLI, «Ente pubblico: problemi di identificazione e disciplina applicabile», en *Ente pubblico ed Enti pubblici*, a cura de V. CERULLI e G. MORBIDELLI, Giappichelli, Torino, 1994, pág. 96.

(29) A este respecto compartimos las manifestaciones hechas por S. DEL SAZ, *ob. ult. cit.*, pág. 93, en relación a la Disposición Adicional sexta del entonces Anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hoy Ley 13/1995, de 18 de mayo: «de nada sirve afirmar los principios de publicidad y concurrencia, si a la vez la actividad contractual de las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos Autónomos o entidades de derecho público no se sujeta a unos procedimientos reglados de selección de contratistas».

Nuestra doctrina opina que la publicidad y concurrencia es aplicable a todos los entes públicos. Otra cosa es si a todos ellos les debe ser de aplicación la Legislación de contratos del Estado. Entre las últimas aportaciones: J. M. BAÑO LEÓN, «Proyecto de Ley de contratos de las Administraciones Públicas», *Anuario del Gobierno Local*, Marcial Pons, 1995, pág. 67; I. BORRAJO INIESTA, *El intento de huir del Derecho Administrativo*, «REDA», núm. 78 (1993); E. MALARET GARCÍA, *Público y privado en los Juegos Olímpicos de Barcelona*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1993, págs. 99-114; S. MARTÍN-RETORTILLO, *Las empresas públicas: reflexiones sobre el momento presente*, núm. 126 de esta REVISTA (1991), págs. 63 y ss.; J. L. VILLAR PALASI, «Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas», en *Administración institucional. Libro Homenaje a M. F. CLAVERO ARÉVALO*, I, Madrid, 1994, págs. 151 y ss. y 159-166; J. BARNÉS, «Introducción a la Doctrina alemana del Derecho Privado Administrativo», en el *Libro Homenaje a M. F. CLAVERO ARÉVALO*, cit., vol. I, págs. 229 y ss.; S. DEL SAZ, *La huida...*, op. cit., núm. 133 de esta REVISTA (1994); T. FONT I LLOVET, *La empresa pública agraria*, núms. 100/102 de esta REVISTA (1983), vol. III, págs. 2817 y ss.; Id., «Empresas públicas», en AA.VV., *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomías de Cataluña*, IEA, Barcelona, 1990, vol. III, págs. 793 y ss.; Id., «La Administración plural. Caracteres generales del régimen de las Administraciones públicas», en AA.VV., *Administración Pública y Procedimiento Administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 73-78; J. L. RIVERO YSERN, *op. cit.*, pág. 32; G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Ambito subjetivo y objetivo de la LCAP», en AA.VV., *Derecho de los Contratos Públicos*, coordinación: B. PENDÁS, Praxis, Barcelona, 1993, pág. 237.

(30) Se refieren a la doctrina de los actos separables, entre otros: E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso*, cit., págs. 55-57; J. M.^o BAÑO LEÓN, *ob. ult. cit.*, pág. 67; R. RIVERO ORTEGA, *Actos separables en la contratación de los entes instrumentales*, núm. 21 de esta REVISTA (1995), págs. 129-134, y E. RIVERO YSERN, «¿Actos separables en los contratos de los entes públicos sometidos al Derecho Privado?», en *Administración instrumental*, tomo I, Ed. Univ. de Sevilla y Civitas, Madrid, 1994, págs. 699-708; E. MONTOYA

4. ADDENDA. SENTENCIA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONI UNITE CIVILI NÚM. 4992/1995

Desarrollo del proceso

La Siena Parcheggi, S.A., con recurso notificado el 30 de diciembre de 1992, promovió instancia ante las Secciones Conjuntas de esta Corte por el reglamento preventivo de jurisdicción en el juicio pendiente ante el Tribunal Administrativo Regional de la Toscana, promovido por la Ripa Costruzioni, s.p.a., a fin de obtener la anulación, previa suspensión de la ejecutividad:

- a) «de las actas de la Comisión de concurso de fechas 13-5-1992, 18-5-1992, 19-5-1992, 22-5-1992, 25-5-1992, 26-5-1992, 1-6-1992, a partir de las cuales se ha identificado como mejor, la oferta de la Belardi Mario, s.r.l. para la adjudicación del contrato de obras de construcción de un aparcamiento integrado de varias plantas para turismos en Siena, a través de la licitación determinada con el sistema inherente al artículo 29.b), punto 1, del D. Lgs. de 19 de diciembre de 1991 núm. 406»;
- b) «de la disposición de adjudicación del contrato publicado en el Boletín de la CEE de 24-7-92»;
- c) «de cualquier otro acto o procedimiento anterior o posterior asimismo conocido».

La recurrente demandaba que se reconociese la jurisdicción del juez ordinario de acuerdo con la citada controversia entre sujetos privados, debiendo desestimarse que una sociedad anónima, constituida al amparo del artículo 22 de la Ley núm. 142, de 8 de junio de 1990, para la realización del programa urbano de aparcamientos del Municipio de Siena y la gestión del correspondiente servicio, pueda desarrollar, en el ejercicio de su actividad comercial propia, actos equiparables, a los efectos de la impugnación ante el juez administrativo, a aquellos de la Administración Pública.

Se constituyó en contrarrecurso la Ripa Costruzioni, s.p.a., sosteniendo la jurisdicción del juez administrativo, habida cuenta de la naturaleza sustancialmente administrativa de los actos puestos en esencia por la Siena Parcheggi, S.A., en el ejercicio de las funciones y potestades públicas transferidas a aquella por el Municipio, a los efectos de la realización del interés público en el funcionamiento del servicio de aparcamientos.

MARTÍN, *Las Empresas Públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 468-479.

En el Derecho italiano se refiere a la existencia de dos partes o momentos en toda actividad contractual, la primera hasta la estipulación del contrato, que es administrativa; la segunda, de efectos y extinción que es privada. V. CERULLI-IRELLI, *op. cit.*, págs. 667-668; E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazione*, Giuffrè editore, Milano, 1993, págs. 19-20 y 315.

La otra inculpada (Empresa Belardi) no interpuso defensa ante esta instancia.

Las partes constituidas depositaron sendas memorias ilustrativas, que a continuación exponemos.

Motivos de la decisión

I. Es necesario declarar previamente que el Municipio de Siena, en deliberación conciliar núm. 778, de 24 de octubre de 1989, adoptó el programa urbano de aparcamientos, en el sentido y por los efectos inherentes al artículo 3 de la Ley núm. 122, de 24 de marzo de 1989, habiendo la Región Toscana previamente elegido a aquel Municipio entre aquellos interesados en la formación y aprobación del propio programa.

Aprobada la Ley núm. 142, de 8 de junio de 1990 (sobre el ordenamiento de las autonomías locales), el Municipio, en deliberación núm. 9, de 15 de enero de 1991, decidió, amparándose en las disposiciones del artículo 22 de la Ley anteriormente mencionada («servicios públicos locales»), gestionar el servicio de aparcamiento y parada de turismos a través de la futura «Siena Parcheggi», sociedad «de Derecho privado con capital mayoritario de propiedad pública», posteriormente constituida por acta del notario Nardini de 13 de junio de 1991, y teniendo como *objeto la realización, ampliación y reestructuración en el Municipio de Siena de estructuras inmobiliarias destinadas a aparcamientos y parkings, áreas de aparcamiento al aire libre debidamente equipadas y cualquier otra infraestructura relacionada*, incluida la «gestión de los servicios directa o indirectamente relacionados con el funcionamiento y el disfrute de todas las estructuras indicadas» (v. estatuto de la S.A.) (la cursiva es nuestra).

En deliberación núm. 7, de 3 de marzo de 1993, el Consejo Municipal aprobó un convenio marco para la concesión de la gestión del servicio de aparcamiento a la sociedad anónima constituida al amparo del artículo 22, tercer epígrafe, letra e), de la Ley núm. 142, de 8-6-1990 (sociedad identificada, en la premisa del convenio, como la «Siena Parcheggi»), la cual habría dispuesto «corriendo con cuidados y gastos de todo aquello cuanto conviniera para la proyección, competencia, dirección y asistencia al examen pericial de las obras que fueran necesarias para la organización y el desarrollo del servicio de aparcamientos», entregando en contrato las citadas obras, en parte o totalidad, en el respeto de las disposiciones de ley (art. 8 del convenio marco).

Precisando, además, el propio artículo 8 que «el Municipio queda en todo caso desvinculado de las relaciones de la Siena Parcheggi con sus eventuales contratistas, suministradores, constructores y terceros en general».

Del mencionado convenio resultaba, además:

— Que, para facilitar el desempeño del servicio de aparcamientos por parte de la S.A., el Municipio habría concedido o constituido con los «convenios de actuación», a estipular en el momento de la entrega de los apar-

camientos individuales indicados en el artículo 2, «el derecho de superficie sobre las áreas demaniales y de propiedad municipal inherentes a los aparcamientos previstos en el programa urbano», por una duración igual a aquella de la «concesión de la gestión del servicio» (generalmente noventa años), mientras quedarían a total cargo de la sociedad los gastos de «la eventual adquisición de las áreas de propiedad que fueran menester para la realización de los aparcamientos», incluyendo el abono de la «parte proporcional de los derechos de superficie y los gastos de mantenimiento ordinario y extraordinario de las obras que se realizaran» (art. 4.4 y 9).

— Que serían de «exclusiva competencia» de la sociedad las «rentas derivadas de la gestión» del servicio, constituidas por la «recaudación de tarifas», cuyos importes y la «modalidad de eventuales y sucesivas variaciones» habrían sido establecidos dentro de los «convenios de actuación» (art. 4).

— Que el Municipio se reservaba la «facultad de vigilancia y control de las actividades desarrolladas por la Siena Parcheggi» (art. 5), incluyendo la de declarar la «exclusión» de la sociedad de «la concesión de la gestión» en caso de quiebra, de la «cesión del servicio», de cualesquiera graves incumplimientos y de disolución de la sociedad (art. 14).

— Que «al vencimiento de cada uno de los convenios de actuación, todas las obras realizadas por la Siena Parcheggi para la prestación del servicio» serían «transferidas al Municipio a título gratuito (art. 11), en cumplimiento con el artículo 4, 2.º epígrafe, letra e), de los estatutos de la sociedad».

Por tanto, los estatutos de la Siena Parcheggi, además de reproducir algunas cláusulas del «acuerdo tipo», quedaban en sustancia establecidos en base a la disciplina *codicística* de la sociedad anónima por cuanto se refiere al capital social, a las juntas, a los administradores, al consejo de administración, a la elaboración y aprobación de balances, y a la disolución de la sociedad. Sin embargo, y en consideración a la prevalencia del «capital público local», prescrito en el artículo 22 de la Ley núm. 142 de 1990 sobre «sociedades anónimas encargadas de la gestión de servicios públicos locales», los estatutos contienen algunas previsiones adicionales, encaminadas a tutelar la posición del organismo público —socio mayoritario—, entre las cuales: la subdivisión de las acciones en las categorías A, B y C (las primeras correspondientes al 60 por 100 del capital social, reservadas a los entes públicos locales; las segundas a empresas e instituciones de crédito; las últimas a entes, consorcios y sociedades de Derecho privado); la designación y nombramiento, «en cumplimiento con el artículo 2458 del Código Civil», de siete (de entre los once) miembros del consejo de administración por parte del Municipio de Siena, de entre los cuales deberán elegirse el presidente y (eventualmente) el vicepresidente; la designación, por parte de los accionistas de la «categoría A», de uno de los tres vocales efectivos y de los dos vocales suplentes.

II. Una vez obtenido, en virtud de convenio expreso, el encargo del servicio de aparcamiento a realizar en Siena, Via di Fontanella, la Socie-

dad Anónima Siena Parcheggi convocó concurso público, para la construcción de un conjunto funcional de un aparcamiento de varios pisos por un importe global de 13.105.466.270 liras, IVA aparte, con bando publicado en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas», núm. 554/27, de 17 de marzo de 1992, estableciendo proceder a la concesión de la ejecución de las obras con el criterio de oferta económica más ventajosa (al amparo del artículo 29, letra *b*, del D. Lgs. núm. 406, de 13 de diciembre de 1991).

La empresa ALOSA, invitada a participar en la licitación, habiendo entrevisto, bajo varios aspectos, vicios de legitimidad en los actos inherentes al procedimiento de adjudicación posteriormente mencionados, lo impugnó, con recurso ante el TAR de Toscana, solicitando la anulación.

Como ya se ha indicado en la parte narrativa precedente, en el juicio instaurado en base al mencionado recurso, la S.A. Siena Parcheggi propuso instancia por reglamento preventivo de jurisdicción, solicitando a esta Corte la declaración de jurisdicción del juez ordinario en función de la controversia promovida por la empresa actuante.

III. La recurrente (*Siena Parcheggi*) sostenía, en síntesis, que la constitución de una sociedad anónima con capital público local prevalente —como es el caso de la Siena Parcheggi—, según prevé el artículo 22, párrafo 3.º, letra *e*), de la Ley 142, de 8 de junio de 1990, determina la constitución de un sujeto de Derecho privado, de manera totalmente separado de la Administración Pública (la cual «dispone del control sobre los órganos societarios») y, por lo tanto, desvinculado de los mecanismos de gestión propios del Derecho público, incluidas las normas dictadas para los contratos públicos; así que los actos de la sociedad son, sin ninguna distinción («y estando todos ellos funcionalizados en su mediatez a la salvaguarda del interés público»), actos de naturaleza comercial privada, «como tales cognoscitivos, en caso de controversia, de la autoridad judicial ordinaria», aun en el caso de que la sociedad misma decidiera hacer uso, por elección del contratante, de procedimientos previstos en las normas de Derecho público, que bien pueden ser libremente utilizados incluso por parte de sujetos privados.

Resultaría por lo tanto «mal entendida», según la recurrente, la noción de «procedimiento administrativo», si así fuera considerado, a los efectos de su impugnación ante el juez administrativo, el acto de una sociedad privada que actúa con instrumentos y en base a normativas de carácter privado, no ya con la veste de «sustituto» o «subrogado temporal» de la Administración Pública (como en el caso del concesionario de obra pública), sino en su calidad de «sujeto alternativo a la misma».

No aparecen, en consecuencia, aplicables a este supuesto —concluye la parte recurrente— los principios afirmados por estas Secciones conjuntas en tema de controversia contra los actos de los concesionarios de la sola construcción de obras públicas (sent. núm. 12221 de 1990), *careciendo de influencia, a los efectos de reparto de jurisdicción, la circunstancia de que el artículo 2 del D. Lgs. núm. 406/1991 «introduzca una noción bastante amplia de "organismo público", como tal sujeto a disciplina comunitaria»* (a

cuya observancia, por otra parte, la Siena Parcheggi no estaba obligada): cualquiera que fuera, de hecho, «la eventual calificación comunitaria de la Siena Parcheggi», se debe en todo caso excluir que el juez administrativo pueda «juzgar actos de las sociedades anónimas», puesto que «la ley procesal limita su cognición ... sólo a los actos del Estado y de los entes públicos».

Contra estas argumentaciones replica la *sociedad contraria* sosteniendo que la Siena Parcheggi, al convocar el concurso de adjudicación por el que se le encausa, ha actuado como «sustituta de la administración municipal de Siena», en el ejercicio de actividades sólo a aquélla reservadas, y por lo tanto «como concesionaria» y «órgano indirecto de la misma».

«En cuanto a sociedad mixta concesionaria», aquélla participa, en opinión de la contraria, «del mismo poder público atribuido a la Administración otorgante» y «está obligada a aplicar la normativa del Derecho público», por cuanto no es menos cierto que «ha hecho uso de procedimiento de elección del contratante» en virtud de la disciplina dictada por el D. Lgs. 406/1991, la cual vincula «cualquier organismo instituido para satisfacer ... necesidades de interés general teniendo carácter no industrial ni comercial». Y «tratándose del ejercicio de idéntico poder», la posición subjetiva del tercero, que tuviera naturaleza de interés legítimo frente a la A.P. (tanto en el tema de concesión de obras públicas reguladas —como en el procedimiento de concurso— por normas de actuación), «conserva tal naturaleza incluso por cuanto respecta al concesionario y encuentra por lo tanto, también en tales hipótesis, tutela ante el juez administrativo», tal como se ha afirmado por las Secciones Conjuntas del Tribunal de Casación y por el Consejo de Estado.

IV. El *Colegio* consideró sustancialmente fundadas las consideraciones volcadas en el recurso de la S.A. Siena Parcheggi y comparte sus conclusiones, *afirmando*:

«el artículo 22 de la Ley núm. 142, de 8 de junio de 1990, sobre el ordenamiento de las autonomías locales, bajo el apartado “servicios públicos locales”, dispone en su tercer epígrafe que los Municipios y las Provincias pueden gestionar los servicios públicos (entendiéndose como tales aquellos que “tuvieran por objeto la producción de bienes y actividades encaminados a la realización de fines sociales y a promover el desarrollo económico y civil de las comunidades locales”) “en las siguientes formas: a) en economía, cuando por las modestas dimensiones y por las características del servicio no se considere oportuno constituir una institución o una empresa; b) en concesiones a terceros, cuando subsistan razones técnicas, económicas o de oportunidad social; c) a modo de empresa especial, incluso para la gestión de más servicios de relevancia económica y empresarial; d) a modo de institución, para el ejercicio de servicios sociales

sin relevancia empresarial; e) a modo de sociedad anónima con capital público local predominante, en la medida en que se considerara oportuna, en relación al servicio a suministrar, la participación de otros sujetos públicos o privados”.

La elección, por parte del ente público, de la forma de gestión está en relación con la naturaleza del servicio y está sujeta a valoraciones ampliamente discrecionales, que deben sin embargo guardar relación con los objetivos programáticos y con el modo más apropiado de cumplir el interés público para el que se ha propuesto. En particular, y donde el servicio a gestionar consista en actividades de relevancia empresarial, es decir, actividades económicas destinadas a la producción o intercambio de bienes o servicios, el ente público tiene la facultad de confiarlo en concesión a terceros o bien gestionarlo a manera de “empresa especial”, o de “sociedad anónima con capital público local prevalente” (requisito que ya no se solicita a raíz de la entrada en vigor de la Ley núm. 498, de 23 de diciembre de 1992, cuyo artículo 12 ha aportado relevantes enmiendas al artículo 22 de la Ley núm. 142/1990)» (31).

Tal y como ha señalado la doctrina en el comentario de la ley sobre autonomías locales, continúa la sentencia, la elección del modelo organizativo de la gestión en forma de sociedad anónima participada por un ente público está determinada generalmente, por una parte, por la oportunidad de promover la colaboración entre organismos locales y otros sujetos aportadores de capital, de tecnología, de organización y de competencias empresariales específicas, en la perspectiva de una prestación más eficiente del servicio mediante una más ágil estructura de tipo privatístico, y asimismo la autofinanciación del servicio mismo; por otra parte, por la determinación del ente público de no desvincularse totalmente de la actividad de gestión (como sucede en caso de concesión), sino de estar presente en el conjunto societario con el capital conferido (en medida mayoritaria) y con los administradores y vocales nombrados por cada organismo, para poder dirigir desde dentro la actividad social, en las formas consentidas por la disciplina civil de la sociedad, hacia los objetivos de interés público que la Administración se propone alcanzar, sin perjuicio, por otra parte, de la economía de la gestión y la obtención (cuanto menos eventual) del beneficio, que constituye la finalidad principal de una sociedad de capitales.

Es de singular *communis opinio* que, una vez deliberada (obviamente mediante procedimientos de Derecho público) la constitución de una sociedad anónima para la gestión de un determinado servicio local, no se necesita

(31) Sobre ello, queremos poner de relieve que lo afirmado en este paréntesis no es del todo exacto, por cuanto lo que se prevé en el artículo 12 L. 498/1992 es otra forma de gestión de los servicios públicos que se añade a las previstas en el artículo 22 de la Ley 142/1990.

de un (ulterior) procedimiento de concesión en el sentido técnico (que presupondría un procedimiento de valoración y selección de aspirantes-concesionarios): *la opción del ente por aquel modelo de gestión comporta, de hecho, la adjudicación directa y «privilegiada» del servicio a la sociedad constituida al efecto*, cuyo objeto consiste de hecho en el desempeño de la actividad económica en la que el servicio mismo se concreta. Esta conclusión, aun y habiendo suscitado dudas en cuanto a la compatibilidad de un sistema similar de adjudicación con la normativa comunitaria en materia de tutela de la concurrencia y de la *par conditio* de las empresas operantes en el ámbito de las Comunidades Europeas, no parece eludible a la luz del texto y de la *ratio* de la disposición de ley en examen (art. 22 L. 142/1990 cit.), en la cual el instituto de la «concesión a terceros» del servicio está previsto *alternativamente* a la gestión del servicio mismo a través de sociedades anónimas con participación mayoritaria del ente local.

Se hace, por lo tanto, evidente que la *naturaleza de los actos en examen* —a pesar del uso impropio, en la deliberación del Consejo Municipal de Siena y en el «acuerdo marco» posteriormente mencionado, de los términos «conceder» y «concesión»— *no es reconducible a aquella de concesión de servicio público* y mucho menos a la de hipótesis de concesión de la construcción de obra pública, a la que hace referencia la sentencia núm. 12221 de estas Secciones Conjuntas (que será ilustrada ampliamente a continuación).

La tarea encomendada a la Siena Parcheggi, s.p.a. consiste esencialmente —tal como se ha expresado— en gestionar por su cuenta el servicio de aparcamientos y de las áreas de parada de turismos, según el programa concebido por el Municipio en virtud de la Ley núm. 122 de 1989.

Instrumental al desarrollo de esta actividad, es la construcción o adquisición de las obras e infraestructuras necesarias, de las cuales la sociedad ha asumido contractualmente la obligación de dotarse. Y es importante señalar que, a diferencia de la obra pública ejecutada por el concesionario (que, una vez terminada y entregada, entra a formar parte del demanio o del patrimonio del ente otorgante), las estructuras, obras y áreas equipadas destinadas al servicio de aparcamientos y paradas deben ser construidas (o adquiridas) a cargo de la sociedad adjudicataria, y quedan de la entera propiedad de la misma por el tiempo total de duración de la gestión de los propios aparcamientos, tal como se prevé en los «acuerdos de actuación» («generalmente noventa años»), con la obligación de «transferirlas» al Municipio al vencimiento de cada una de aquéllas.

Por igual duración queda concedido de hecho a la sociedad, previo pago, el derecho de superficie sobre áreas de propiedad municipal (v. arts. 3 y 14 del cit. acuerdo).

De ello resulta que las obras de las que se trata no son propiamente calificables como «obras públicas» (en el sentido anteriormente precisado), sino más bien obras privadas de interés público, por cuanto contractualmente vinculadas al ejercicio del servicio público de aparcamientos y destinadas, sea incluso en el término de un larguísimo período de tiempo, a devenir de propiedad municipal. Aquéllas constituyen bienes instrumentales de desempeño de la actividad productiva de la empresa privada, al igual

que cualquier otro bien o servicio del que el empresario hubiera menester en el marco de la organización empresarial. Y cuando la sociedad emplea sus propios recursos para procurarse tales bienes en las formas consideradas más oportunas y convenientes, recurriendo al mercado y convocando un concurso de adjudicación, no es contemplable en su actividad ninguna connotación pública, que sirva para diferenciarla de aquella de cualquier otro empresario privado dirigida a obtener idéntico resultado; y es menos aún configurable el ejercicio de potestades, funciones o facultades institucionalmente pertenecientes a la A.P., que serían transferidas por ésta a la sociedad anónima, análogamente a cuanto sucede en materia de concesiones administrativas (y, según una orientación de la jurisprudencia no compartida por la totalidad, incluso en el caso de concesión de la sola construcción de obra pública). *La sociedad anónima opera como persona jurídica privada, en el ejercicio de su propia autonomía, sin ninguna conexión con el ente público respecto al cual ha asumido la obligación de gestionar el servicio.* Ni la ley ni el «acuerdo marco» prevén, de hecho, desviación apreciable alguna con relación a la disciplina privatística común de las sociedades de capital, para las sociedades mixtas encargadas de la gestión de servicios públicos instituidos por el ente local. Es necesario considerar, por lo tanto que —*una vez constituida la sociedad, a los fines específicos de confiarle el servicio, y alcanzado el correspondiente acuerdo—, no hay ya posibilidad alguna de interferencia entre el sujeto público y el privado, los cuales operan en esferas diversas, para fines diversos (incluso incompatibles entre ellos) y con diversos instrumentos jurídicos.*

La relación entre ente local y persona jurídica privada es de absoluta autonomía y, por lo tanto, no se le permite al Municipio incidir unilateralmente en el desarrollo de la relación misma y en la actividad de la sociedad anónima mediante el ejercicio de poderes autoritativos y discrecionales, de los cuales —no en vano— no hay ningún rastro en la Ley 142/1990 ni en la deliberación constitutiva de la S.A. Siena Parcheggi y ni en los pactos parasociales estipulados entre los dos sujetos.

La posición del Municipio en el interno de la sociedad es únicamente aquella de socio mayoritario, derivada de la «preponderancia» del capital conferido a tal efecto; y solamente en su virtud podrá el ente público influir en el funcionamiento de la sociedad, ejercitar la «facultad de vigilancia y control» a la que hace referencia el artículo 5 del acuerdo y procurar a la realización de los fines de interés público, no haciendo ya uso de poderes públicos que no le competen, sino —como ya se ha señalado— sólo de los instrumentos previstos en el derecho societario, a ser ejercitados a través de miembros de nombramiento municipal presentes en los órganos de la sociedad (v. art. 2459 Cód. Civ.)

Todo ello induce a excluir que la actividad negocial creada por la Siena Parcheggi, s.p.a. en el ejercicio de la empresa, a pesar de ir destinada a la adquisición de obras y estructuras necesarias para la realización de un servicio público, sea de alguna manera —aunque sólo indirectamente— reconducible al ente local, el cual, habiendo deliberado adjudicar a un sujeto privado la gestión del servicio, ha —por esta misma razón— agotado la

fase publicística de la elección del modelo organizativo a adoptar y de la predisposición del instrumento comercial destinado a regular, en consonancia con la forma privada de gestión previamente elegida, las propias relaciones con la sociedad anónima a constituir.

Aparece, por lo tanto, privada de fundamento la opinión según la cual la Siena Parcheggi, al convocar un concurso de adjudicación para la construcción de un conjunto de obras previstas en el contrato, y en cumplimiento con la obligación asumida, hubiera ejercitado funciones públicas y poderes autorizativos, que le habrían sido transferidos por el Municipio, actuando como «órgano indirecto», sustituto o *longa namus* del ente público; es, por consiguiente, necesario excluir que los actos efectuados y las deliberaciones adoptadas por los órganos de la sociedad en el procedimiento de adjudicación hayan sido objetivamente, e incluso bajo una forma subjetiva, asimilables a los actos de la Administración Pública y produzcan los mismos efectos.

Aparte de la dificultad en el plano conceptual de encontrar las connotaciones típicas de los actos administrativos en iniciativas comerciales de una persona jurídica privada que desempeña su completa actividad en régimen privado y que —bueno es insistir— *no reviste la figura de concesionaria* del Municipio, no es ciertamente suficiente para justificar la pretendida «asimilación» *el hecho de que la obra a adjudicar sea de interés público*, por cuanto destinada al desempeño de un servicio público local. No cabe duda, en efecto, de que el interés público y la utilidad social podrían también ser alcanzados y realizados con instrumentos jurídicos de naturaleza privada, a menudo más dúctiles y eficaces que aquellos previstos en el Derecho público, como se ha demostrado incluso por la Ley 142/1990, que a tal efecto dispone específicamente no sólo en materia de servicios públicos (art. 22) , sino también con respecto a otras actividades y obras en múltiples sectores (económico, productivo, comercial, turístico, social, cultural, deportivo), que pueden ser gestionados «mediante las formas previstas» por los servicios públicos (art. 14, 2.º y 3.º epígrafes).

Por otra parte, no resulta fácil comprender qué «función pública», que represente de algún modo la expresión del poder administrativo, pueda haber «transferido» el Municipio de Siena a la sociedad de la que forma parte, puesto que la gestión del servicio encomendado a la Siena Parcheggi consiste y termina en el cumplimiento de actividades meramente materiales y técnicas, que no involucran el ejercicio de poderes públicos, eventualmente transferibles al gestor privado, y que no recaen institucionalmente en forma reservada y exclusiva en la competencia de la Administración Pública, a pesar de estar destinadas a satisfacer una necesidad social.

Ni siquiera a diferente conclusión puede inducir la revelación que, en la convocatoria del concurso de licitación, la sociedad Siena Parcheggi ha aplicado la disciplina inherente al D. Lgs. núm. 406, de 19 de diciembre de 1991, emitido para dar entrada a la Directiva 89/440/CEE en materia de procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas.

A tal efecto se observa ante todo que la sociedad Siena Parcheggi, s.p.a. recurrente no estaba obligada (al menos hasta la entrada en vigor de la Ley

núm. 498, de 23 de diciembre de 1992, posterior al concurso de licitación por el cual está encausada) a la observancia de las disposiciones del citado decreto: en primer lugar, porque el contrato no se refería a «obras públicas» en sentido estricto (como demuestran las consideraciones precedentes introducidas respecto a la propiedad de las obras y al sujeto sobre el que recaían los gastos de la construcción); y por otra parte porque, bajo el aspecto subjetivo, la sociedad no entraba en la categoría de las «administraciones adjudicadoras» señalada en el artículo 1.º del citado decreto, no pudiendo ser considerada «ente público», según la definición del artículo 2.º, sea sólo a los fines de la aplicación de la normativa comunitaria, por defecto de una de las condiciones previstas (es decir, que «el organismo dotado de personalidad jurídica» haya sido «instituido para satisfacer específicamente necesidades de interés general *no revistiendo carácter industrial o comercial*»). Se debe, por lo tanto, considerar que la Siena Parcheggi ha convocado el concurso en virtud de los procedimientos establecidos en el D. Lgs. 406/1991 por elección propia: lo cual es perfectamente legítimo, pudiendo también el privado bien hacer uso, si así lo considerara oportuno, de los mencionados procedimientos.

En cualquier caso, y aun cuando subsistiera la obligación de alinearse con la disciplina legal de actuación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos, el cumplimiento de semejante obligación por parte de una sociedad privada no podría jamás conferir naturaleza pública a los actos negociales aplicados a los procedimientos prescritos, a otros fines, del referido decreto legislativo, y mucho menos transformar en actos «sustancialmente» administrativos —bajo los aspectos subjetivo y objetivo— las deliberaciones asumidas en relación a terceros por los órganos de la sociedad, las cuales siguen siendo manifestaciones de la autonomía contractual o privada destinadas a la obtención del fin social. En ningún caso, sin embargo, podrán considerarse impugnables ante el juez administrativo (y por esto anulables) actos procedentes de un sujeto privado (no concesionario) que no sean reconducibles a aquellos taxativamente indicados en el artículo 2.º de la Ley núm. 1034, de 6 de diciembre de 1991 (instituida por los Tribunales Administrativos Regionales), y del artículo 26 del RD núm. 1054, de 26 de junio de 1924, los cuales marcan el límite infranqueable de la competencia jurisdiccional del juez administrativo.

V. Las argumentaciones desarrolladas hasta este punto conducen inequívocamente al Tribunal a la conclusión de que la controversia en litigio, entablada entre dos sujetos privados en relación a un contrato de obras, compete a la jurisdicción del juez ordinario.

Habida cuenta de las peculiaridades, ilustradas anteriormente, de la actual naturaleza de los hechos, no aparecen útilmente reclamables los principios afirmados por estas Secciones Conjuntas por *sentencia núm. 12221, de 23 de diciembre de 1990*, con la cual ha quedado atribuida a la cognición del juez administrativo la controversia de un concurrente a un concurso de obras respecto al concesionario privado de una (única) construcción de obra pública.

No es ésta la instancia para someter a verificación —tal como solicitado por la doctrina competente— la exactitud de la solución adoptada por el referido pronunciamiento, bastando señalar la total diversidad de la actual naturaleza de los hechos en relación a la anteriormente decidida; en esta última resultaba de hecho probado que el concurso de licitación había sido introducido por el concesionario de una sola construcción de obra pública, «investido de poderes y facultades propios del organismo otorgante», transferidos a aquél por efecto de la concesión, y que actuaba por lo tanto «en el ejercicio privado de funciones públicas», poniendo en esencia actos que, a juicio del Tribunal, «no habría podido cumplir sin la concesión y que conservan por ello» la naturaleza de actividad administrativa en sentido objetivo; por tanto, en cuanto destinados a «asegurar la protección del interés público..., confiada institucionalmente al organismo otorgante y sólo por el trámite de la concesión transferida del otorgante al concesionario». El paso lógico y sucesivo de la sentencia está en el sentido de que, limitadamente a los actos con los cuales el concesionario pone en práctica los «fines propios de la Administración Pública, como por ejemplo cuando actúa como entidad concesionaria», actúa como «órgano indirecto» de la A.P. y ejerce la misma «función administrativa» propia de esta última, incidiendo sobre «interés de terceros», exactamente como podría incidir un acto procedente del ente público otorgante; de esta manera el acto procedente del concesionario podía ser considerado «incluso subjetivamente como acto administrativo», en cuanto referido «propiamente a la función transferida», y era por ello «impugnable por legitimidad ante el juez administrativo», por parte del tercer interesado, y no respecto a la administración otorgante, sino directamente respecto al concesionario-órgano indirecto.

En función de todo lo expuesto con anterioridad, es del todo evidente que en la presente controversia no subsiste ninguno de los supuestos de hecho ni de derecho que constituyen la *ratio decidendi* del mencionado pronunciamiento.

Por las mismas razones, no es estimable el recurso de la *decisión núm. 1250, de 21 de octubre de 1991*, de la Sección V del Consejo de Estado, que en naturaleza de los hechos análoga a aquella decidida por las Secciones Conjuntas por sentencia 12221/1990 ha llegado a la misma conclusión en cuanto a la jurisdicción (sobre la base, sin embargo, de una motivación notablemente diferente).

Mucho más adecuada al caso en litigio es, por el contrario, la reciente *sentencia núm. 3, de 4 de enero de 1993*, de estas Secciones Conjuntas, pronunciada en una controversia prácticamente idéntica a la que hace objeto del presente reglamento de jurisdicción, con la cual se ha establecido que «las sociedades de capital, constituidas a iniciativa de órganos del CONI, como las Federaciones deportivas, todo y que éstas, que ostentan su control exclusivo y hacen uso de su actividad para la consecución de los fines institucionales propios, no pierden por ello su naturaleza de sujetos privados y separados del citado ente público, de manera que, cuando confieren contratos la concesión para la realización de determinadas obras —salvo en el caso de que revistan la figura de concesionarios de obra pública al

amparo y a los efectos de la Ley núm. 1137, de 24 de junio de 1929, y sucesivas enmiendas— las controversias relacionadas con la ejecución de los correspondientes contratos se atienen a la actividad de naturaleza privada y por lo tanto no se sustraen a la jurisdicción ordinaria».

Es de señalar que —a diferencia de la presente naturaleza de los hechos— la totalidad del capital de la sociedad de responsabilidad limitada «Federalcalcio», constituida por la Federazione Sportiva Federalcalcio (órgano del CONI), había sido conferido por esta última: todo lo cual no ha impedido a este Tribunal excluir que la sociedad pudiera ser calificada de «órgano» del ente que era su único socio, atendiendo a que «sólo la ley puede prever la constitución de un órgano del ente público como sujeto autónomo de derecho (persona jurídica-órgano)».

La sentencia considera, además, irrelevante el hecho de que la sociedad hubiera sido fundada en función instrumental a la construcción de las obras y la realización de los fines institucionales del ente público que la había constituido, por cuanto «el instrumento preseleccionado es exactamente aquel del organismo regulado por el derecho privado (la sociedad de capitales)».

Ha observado el Tribunal a tal efecto que «la palabra “instrumentalidad” es del todo neutra con respecto a la calificación del ente instrumental, si éste reviste la figura de un organismo privado»; y ha recordado a modo de ejemplo el propio artículo 22 de la Ley núm. 122, de junio de 1990, que prevé que los servicios públicos de los entes locales puedan ser gestionados mediante sociedades anónimas, evidentemente reguladas por los artículos 2458 y siguientes del Código Civil.

Señala finalmente la sentencia que «allí donde la ley no prevea la constitución de organismos públicos ..., la creación de un organismo que ajuste su modelo al ámbito del derecho civil podrá dirigirse, indirectamente, al cumplimiento de objetivos particulares del organismo, pero no puede sustraerse a la reglamentación propia de la figura elegida...», y a menos que no se demuestre la existencia de una disposición específica de «concesión de obra pública, al amparo de la Ley núm. 1137, de 24 de junio de 1929, y sucesivas enmiendas», una sociedad de capitales «no puede emitir actos administrativos objetivamente», expresión de un poder administrativo (delegado por el organismo público), sino tan sólo actos de derecho privado, respecto de los cuales la acción de juicio no puede hacerse valer más que ante el juez ordinario, cuya jurisdicción es la «de elección, ex artículo 1 c.p.c., respecto de los sujetos privados».

Estos principios, puntualmente aplicables al caso en litigio, confieren ulterior sostenimiento a la solución que el Colegio considera tener que adoptar, declarando la jurisdicción del juez ordinario sobre las controversias promovidas, respecto de la sociedad anónima constituida al amparo del artículo 22, 3.º epígrafe, letra e), de la Ley núm. 142, de 8 de junio de 1990, de terceros interesados en participar en concurso de adjudicación, convocado por la sociedad para la construcción de obras destinadas al ejercicio del servicio público de aparcamiento, y cuya gestión haya sido confiada por el Municipio a la sociedad misma, con la obligación para

esta última de dotarse, a su cargo, de las estructuras necesarias para tal fin.

Ni a tal conclusión podría oponerse de forma válida la (afirmada) limitación de los poderes del juez ordinario con respecto a los actos en los cuales se articula el procedimiento de concurso de concesión y la consiguiente inadecuación de la tutela de los sujetos que lamentaran la lesión de sus propios intereses.

A tal advertencia dio ya oportuna respuesta el Consejo de Estado en su mencionada decisión núm. 1250 de 1991, en la cual, en reserva de la más competente doctrina, ha observado que, «a los fines de la solución a un conflicto de jurisdicción, el grado de tutela (y su plenitud y efectividad) obtenible en las diversas instancias jurisdiccionales no puede constituir elemento decisivo y ni siquiera de importancia primaria para la elección del juez competente».

Por otra parte, la misma doctrina no ha omitido identificar en el ordenamiento remedios jurídicos eficaces que, junto a la acción de resarcimiento del daño por responsabilidad precontractual, puedan asegurar una tutela eficaz, incluso por obra del juez ordinario, de las situaciones jurídicas subjetivas de aquellos que contraten con la sociedad contratante sobre la base del concurso de licitación y de los actos consecuenciales.

VI. Subsisten justos motivos para disponer la compensación entre las partes de las costas de la reglamentación, además de aquellas del juicio ante el TAR, habida cuenta de la novedad y lo delicado de la cuestión derivada.

P.Q.M.

El Tribunal declara la jurisdicción del juez ordinario; declara compensadas entre las partes las costas del juicio ante el TAR de Toscana además de las costas de la presente reglamentación.

Así se decide en Roma el 25 de enero de 1995.