

DEBATES

REFLEXIÓN SOBRE LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS Y LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN

DIEGO CÓRDOBA CASTROVERDE
Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

Cómo citar/Citation

Córdoba Castroverde, D. (2025).
Reflexión sobre las sociedades mercantiles públicas
y los convenios de colaboración.
Revista de Administración Pública, 226, 13-31.
doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.226.01>

Resumen

La proliferación en los últimos años de sociedades mercantiles públicas anónimas y los convenios de colaboración ha generado dudas sobre si la Administración utiliza estas figuras para eludir los controles y garantías públicas.

Para afrontar estos peligros se han adoptado reformas legales para reforzar las garantías, propiciando un retorno al derecho público, pero la regulación sigue siendo problemática en la actualidad.

En este artículo trataré de analizar esta situación, en particular en relación con las empresas mercantiles públicas, y trataré de identificar algunos de los problemas actuales existentes.

No hay muchas sentencias judiciales al respecto, pero recientemente se han dictado algunas sentencias que es necesario destacar.

Palabras clave

Sociedades mercantiles públicas; convenios de colaboración administrativos.

Abstract

The proliferation of public limited companies and collaboration agreements in recent years has raised doubts as to whether the Administration uses these figures to avoid public laws controls and guarantees.

In the faced of the dangers that have been point out, mainly by legal doctrine, legal reforms have been adopted to strengthen caution, fostering a return to the public law, but the regulation is still problematic today.

In this article I will seek to analyze this situation, in particular in relation to state owned companys, and I will try to identify some of the current existing problems.

There are not many court rulings on the matter, but some judgments recently have recently been issued delivered that need to be highlighted.

Keywords

Government-owned companies; public limited companies; administrative collaboration agreements.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS Y SU PROBLEMÁTICA ACTUAL: 1. Dispersión normativa y falta de seguridad jurídica. 2. La dualidad de intereses públicos y privados. 3. Las sociedades mercantiles públicas y la competencia. 4. El control sobre los nombramientos y el régimen de responsabilidad de los consejeros y administradores de las sociedades mercantiles de capital público. 5. La externalización del procedimiento administrativo. III. LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN: 1. La distribución desigual de fondos públicos por la vía del convenio de colaboración. Control judicial. 2. ¿Pueden los tribunales obligar a la Administración a suscribir un convenio de colaboración con una entidad privada?

I. INTRODUCCIÓN

La proliferación en los últimos años de las sociedades mercantiles públicas y de los convenios de colaboración ha generado la sospecha de que la Administración utiliza estas figuras para eludir los controles y garantías del derecho público.

Frente a los peligros que se han venido advirtiendo, fundamentalmente por la doctrina, se han aprobado reformas legales que refuerzan las cautelas, propiciando además una vuelta a lo público, pero su regulación sigue planteando problemas en la actualidad.

En el presente artículo trataré de analizar esta situación, especialmente en relación con las sociedades mercantiles públicas, e intentaré apuntar algunos de los problemas vigentes.

No existen muchos pronunciamientos judiciales sobre la materia, pero recientemente se han dictado algunas sentencias que es preciso destacar.

II. LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS Y SU PROBLEMÁTICA ACTUAL

Las denominadas «sociedades mercantiles públicas» representan un conjunto variopinto de entidades: unas en las que el capital es totalmente público y que, en realidad, son un instrumento o extensión de la misma; otras con una participación mayoritaria de las Administraciones públicas en el capital o controlando su dirección y gestión; y finalmente sociedades con forma mercantil con capital mayoritariamente privado pero con alguna participación pública, que nuestro ordenamiento no incluye bajo la categoría de sociedades mercantiles públicas.

Tanto la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas (art. 166.1) como la Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector público (art. 111) tan solo consideran sociedades mercantiles públicas, aunque sometidas a un régimen jurídico muy diferente, a las siguientes:

a) Las sociedades mercantiles en las que el 100% del capital es propiedad de la Administración o de los organismos públicos.

b) Las sociedades mercantiles en las que la Administración ejerce control, bien porque tenga una participación superior al 50%, bien porque tengan las siguientes características: poseer la mayoría de los derechos de voto y tener la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración o de dirección.

Desde otra perspectiva, puede distinguirse entre las sociedades mercantiles con capital público, creadas para la gestión de servicios públicos y que prestan servicios que la actividad empresarial privada no prestaría por no resultarle rentable, y aquellas que nacen para actuar en el mercado.

De los datos existentes en el 2024¹ las sociedades mercantiles correspondientes a todas las Administraciones Públicas eran 1.731 (133 pertenecen a la Administración del Estado, 326 a las comunidades autónomas y 1.272 a las entidades locales), estas sociedades mercantiles representan el 38,19% respecto de otras formas de los entes públicos. Se advierte una leve disminución de estas sociedades mercantiles a nivel estatal y, sin embargo, un incremento de sociedades mercantiles creadas por las comunidades autónomas y las entidades locales.

Aun cuando no son muchas desde un punto de vista meramente cuantitativo, manejan una gran cantidad de fondos públicos, y la gran mayoría de ellas no son rentables económicamente.

¿Qué razones se han manejado para la creación de sociedades mercantiles públicas?

¹ Datos proporcionados por el Inventario de entes del sector público elaborados por el Ministerio de Hacienda y la Vicepresidencia primera del Gobierno.

Tradicionalmente se ha considerado que se crean para huir del derecho administrativo y de sus garantías, a veces excesivamente rígidas, buscando una mayor eficacia mediante una mayor flexibilidad financiera.

En algunas ocasiones, estas sociedades se crean *ex novo* al detectar un vacío en la producción de bienes y servicios que el libre mercado no es capaz de prestar, pero en otros muchos lo que se produce es la conversión de anteriores entes incardinados en las Administraciones públicas que se privatizan formalmente convirtiéndose en sociedades mercantiles.

Lo cierto es que su creación, al menos teóricamente, no es libre ni puede venir motivada por el deseo de participar en el mercado ni mucho menos de huir de las garantías del derecho administrativo, sino que debe ser autorizada por acuerdo del Consejo de Ministros en el que deben justificarse «Las razones que justifican la creación de la sociedad por no poder asumir esas funciones otra entidad ya existente, así como la inexistencia de duplicidades y justificar que la forma jurídica propuesta resulta más eficiente frente a la creación de un organismo público u otras alternativas de organización que se hayan descartado», así lo dispone el art. 114 de la Ley 40/2015. Pero lo cierto es que estas sociedades no surgen en aplicación del principio de subsidiariedad, esto es, solo en aquellos ámbitos en los que la actividad privada no llega o no es eficiente, sino que en la mayoría de los casos depende de una decisión política.

Esta huida desde el derecho administrativo ordinario hacia el ámbito «privado» ha motivado retenciones por los peligros que la privatización de una parte de la Administración pública implicaba en aspectos tan fundamentales como:

— Eludir el control de los niveles de endeudamiento y el intento de evitar la fiscalización previa del gasto.

— Falta de control sobre el nombramiento de cargos directivos y su elevado gasto salarial.

— Intento de eludir las garantías en materia de contratación pública.

— El otorgamiento de ayudas y subvenciones de forma encubierta sin controles públicos.

Tales peligros y el intento de ponerles remedio motivaron la progresiva aplicación de normas de derecho administrativo a diferentes aspectos de la actividad de estas sociedades mercantiles. Así, la presencia de lo público ha hecho que se hayan introducido límites o controles que inciden en su capacidad de acción o que permiten un mayor control judicial de su actuación.

Se ha producido un proceso de vuelta al derecho administrativo o como algún autor/a² lo ha calificado: el «proceso de publicación de su régimen jurídico».

² Carmen Chinchilla Marín (2017), «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?».

Ahora bien, el régimen jurídico aplicable —público o privado— varía dependiendo del tipo de sociedad y el grado de participación de la Administración, pudiendo en principio sostenerse que cuanto mayor sea la participación de la Administración en la sociedad mercantil mayor será la aplicación del derecho administrativo y cuanto menor sea mayor será la del derecho mercantil.

Este panorama general me permite abordar los problemas y peligros que se advierten en la actualidad.

1. DISPERSIÓN NORMATIVA Y FALTA DE SEGURIDAD JURÍDICA

El art. 113 de la Ley 40/2015 de la LRJSP establece que «Las sociedades mercantiles estatales se regirán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación».

Esta previsión complica la determinación de la norma aplicable e introduce un factor de distorsión en sus relaciones con otras empresas y acreedores, que pueden albergar razonables dudas sobre la norma aplicable a su relación jurídica.

La incidencia del derecho privado y del derecho público en el funcionamiento de estas sociedades implica la aplicación de numerosas normas jurídicas dispersas. Es más, la regulación fundamental contenida en la Ley del Sector Público es legislación estatal que no tiene un carácter básico, por lo que tan solo resulta aplicable a las sociedades mercantiles estatales, debiendo acudir a la legislación de cada una de las comunidades autónomas para conocer el régimen aplicable a la mayor parte de estas sociedades mercantiles públicas, creadas en su mayor parte por las CC. AA. y la Administración local.

A ello debe añadirse que incluso en el caso de la legislación básica en materia de contratación, la aplicación de uno u otro régimen jurídico, público o privado, depende de la naturaleza de la actividad y del mercado en el que opera en lo que implica una importante indefinición.

Y no se trata de cuestiones menores sino de cuestiones esenciales en la determinación del régimen jurídico al que se someten. Baste enumerar algunas de ellas:

a) Para determinar si una sociedad tiene o no la consideración de poder adjudicador, lo que implica un régimen jurídico radicalmente distinto en materia de contratación, el art. 3.d) de la Ley de Contratos 9/2017 utiliza como criterio que haya sido creada específicamente «para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil». Conceptos que son autónomos del derecho de la Unión y sobre los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones.

M. Sánchez Morón (2018), «El retorno del derecho administrativo» *Revista de Administración Pública*, 206, págs. 37-66.

La STJUE de 16 de octubre de 2003 *Comisión contra España C-283/00* considera que constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil:

[...]aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (véanse, en particular, las sentencias Adolf Truley, antes citada, apartado 50, y de 22 de mayo de 2003, *Korhonen y otros*, C-18/01, Rec. p. I-0000, apartado 47).

Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate (en este sentido, sentencias Adolf Truley, apartado 66, y *Korhonen y otros*, apdos. 48 y 59, antes citadas).

Esto implica que cuando actúan en condiciones normales de mercado y obtienen recursos económicos de la venta de los bienes o servicios, no tienen la consideración de poder adjudicador. Así lo afirma el Tribunal de Justicia en la sentencia de 22 de mayo de 2003, *Korhonen y otros*, C-18/01, «si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil».

b) Otro supuesto de difícil determinación previa sería si realizan en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20% de las actividades objeto de colaboración, tomando en consideración el volumen de negocios total en los tres ejercicios anteriores. Y esto tiene incidencia a los efectos de establecer si los convenios de colaboración por ellas celebrados quedan excluidos de la ley de contratos (art. 6 LCSP).

Se trata de evaluar circunstancias o datos que difícilmente pueden ser enjuiciados *a priori* o sobre la marcha, tales como su giro o tráfico, su naturaleza industrial o comercial o el régimen de asunción de pérdidas. Sin embargo de este juicio dependerá si tiene o no la condición de ente adjudicador y consecuentemente el régimen contractual que se le aplica.

De modo que el control que se ejerce es *a posteriori*, por lo que sus competidores no estarán en condiciones de hacerlo y conocer con cierta seguridad jurídica la normativa a la que se sujeta.

2. LA DUALIDAD DE INTERESES PÚBLICOS Y PRIVADOS

En las sociedades mercantiles en las que existe una participación de capitales públicos/privados concurren intereses contrapuestos en el seno de la sociedad. La

parte pública perseguirá presumiblemente el interés general mientras que la parte privada perseguirá la rentabilidad económica de su inversión.

Esta tensión se plasma en su actuación externa, piénsese por ejemplo, en la imposibilidad de concurrir a los procesos de licitación ofertados por la misma Administración pública o en los intereses contrapuestos que pueden existir al tiempo de reclamar una compensación económica derivada de la actuación imputable a la Administración pública —«factum principis»— que tiene participación en esa sociedad mercantil.

Y, por otra parte, la convivencia del sector público y el privado, unido a la discrecionalidad de los poderes adjudicadores, puede propiciar serios conflictos de intereses y un importante caldo de cultivo para irregularidades en la adjudicación o ejecución del contrato.

Pero también tiene una dimensión interna al existir un diferente régimen de asunción de responsabilidad por la Administración respecto a los empleados públicos que designe para el consejo de administración (art. 115 Ley 40/2015).

3. LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS Y LA COMPETENCIA

Otro de los problemas que se plantea es la posible distorsión de la competencia.

Existe el riesgo de que las Administraciones puedan conceder privilegios a estas sociedades públicas en la gestión de servicios de interés general. De ahí que el Tratado de Funcionamiento de la Unión haya previsto en su art. 106 que los «Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados», por lo que estas sociedades quedan sometidas especialmente a las normas de competencia contempladas en los arts. 101 a 109 del Tratado.

Y la Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero advertía en su Preámbulo que «los Estados miembros deben velar porque los poderes adjudicadores adopten medidas adecuadas de prevención, detección y resolución efectiva de los conflictos de intereses en materia de contratos, para evitar falsear la competencia y garantizar la igualdad de trato».

Las normas de competencia están diseñadas para la concurrencia de empresas privadas, por lo que la introducción en el mercado de empresas parcialmente financiadas con fondos públicos y en las que sus administradores estén exentos de responsabilidad cuando actúan siguiendo instrucciones son factores que pueden implicar un factor de distorsión de la competencia.

A tal efecto, procede hacer dos consideraciones previas:

a) La existencia de intereses privados en las entidades adjudicatarias supone que el ente adjudicador le está otorgando ventajas en relación con sus competidores lo que implica que no se puedan admitir adjudicaciones directas a estas

sociedades instrumentales (sentencia TJUE de 19 de junio de 2014 asuntos *Stadt Halle* y *Centro Hospitalar de Seutabal*).

b) No pueden concurrir a las licitaciones convocadas por la propia Administración que las creó, sin embargo, es admisible su participación en las licitaciones convocadas por otras Administraciones públicas, con el peligro de poder formular ofertas más bajas, en parte avaladas por la financiación pública.

Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado de forma reiterada³ que la percepción de fondos públicos para el desarrollo de las actividades propias de una entidad no supone *per se* una infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, ni un atentando a la libre competencia. La STJUE de 23 de diciembre de 2009 (asunto 305/08) y la STJUE de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-568/13) afirman que la posibilidad de una posición privilegiada de un operador económico, debido a que recibe financiación pública, no puede justificar la exclusión de la participación en un contrato público, el principio de igualdad de trato no resulta violado por el mero hecho de que las entidades adjudicadoras permitan participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a organismos que reciben subvenciones que les permiten realizar ofertas a precios considerablemente más bajos que los de los demás licitadores no subvencionados.

Pero no cabe duda que la financiación pública de estas empresas puede implicar un factor de distorsión de la competencia, no siendo una tarea sencilla determinar si esa financiación pública se ajusta a las condiciones normales de financiación que se obtendrían del mercado o si, por el contrario, se obtienen unas condiciones mejores a las que cualquier empresa obtendría en el mercado, con lo que se podría entender como un ataque a la competencia⁴.

Lo cierto es que de nuevo se fijan unos criterios jurisprudenciales que sitúan a las demás empresas concurrentes ante la dificultad de saber si el proceso de licitación está adulterado, condicionando su decisión de impugnar o no el proceso adjudicador.

El TJUE ha considerado que un factor relevante que debe tomarse en consideración es si la entidad dispone de una contabilidad separada entre sus actividades realizadas en el mercado y sus otras actividades, que permita comprobar si una oferta es anormalmente baja por el efecto de una ayuda de Estado⁵. Pero tampoco

³ STJUE de 18 de noviembre de 1999 (asunto C-107/98), de 7 de diciembre de 2000 (asunto 94/99) y sentencia de 23 de diciembre de 2009 (asunto 305/08), sentencia de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-159/11) y de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-568/13).

⁴ Así lo ha destacado J. Viciano Pastor (2014), «Intervención pública en la economía y libre competencia» en J. A. García Cruces, *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, y ha tenido reflejo en la jurisprudencia del TJUE de 7 de diciembre de 2000 (caso ARGE, asunto C- 94/99) apdo. 29, y STJUE de 23 de diciembre de 2009 asunto CoNISMa, C- 305/08 apdo. 33).

⁵ Esta jurisprudencia del TJUE ha tenido su reflejo en la STS 1208/2023, de 2 de octubre de 2023 (rec. 787/2021).

el conocimiento de este hecho puede considerarse al alcance de las demás empresas que concurren al proceso de licitación.

4. EL CONTROL SOBRE LOS NOMBRAMIENTOS Y EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS CONSEJEROS Y ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES DE CAPITAL PÚBLICO

En las sociedades mercantiles con capital enteramente público la Administración puede nombrar consejeros (arts. 180 y 181 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas⁶) sin que existan criterios reglados que establezcan las características que deberían de reunir las personas nombradas para desempeñar ese puesto, lo que imposibilita un control efectivo de los nombramientos realizados por la Administración.

Cabe plantearse: ¿qué alcance tiene el control judicial sobre los nombramientos acordados por la Administración o por el Parlamento para los consejos de administración de las sociedades mercantiles?

Baste citar como ejemplo que los miembros del consejo del Consorcio Radio Televisión Española, sociedad mercantil estatal de capital enteramente público, se designan por el Parlamento (11 por el Congreso y 4 por el Senado) a propuesta de los grupos parlamentarios y se procede a su elección por mayoría parlamentaria de dos tercios en primera votación y mayoría absoluta segunda⁷. Nombramientos en los que existe un riesgo cierto de que se tomen en consideración las afinidades con los partidos políticos más que por su condición de profesionales independientes, pero, dada la forma de designación y la escasez de criterios objetivos que la limiten no se atisba un control efectivo por los tribunales.

Ha de partirse de la dificultad inicial de ese control, pues el juicio de idoneidad emitido por un órgano político o por el Parlamento no entraña una valoración técnico-jurídica, sino simplemente política. La idoneidad entendida como adecuación o la cualidad de apropiado para algo se aborda desde una perspectiva meramente política, lo que dificulta enormemente el control judicial del candidato nombrado.

Debe recordarse en este punto que la jurisprudencia sobre el control judicial de los nombramientos discrecionales no suele abarcar la idoneidad de los candidatos para el desempeño de las funciones que se le deben encomendar. Con carácter general se ha afirmado que ese control judicial abarca los elementos objetivos y reglados, bastando por lo demás una motivación referida a sus méritos y capacidad, reconociendo como legítimo un gran margen de discrecionalidad para optar

⁶ 1. Los nombramientos del presidente del consejo de administración y del consejero delegado o puesto equivalente que ejerza el máximo nivel ejecutivo de la sociedad se efectuarán por el consejo de administración, a propuesta del ministro de tutela.

⁷ Real Decreto Ley 5/2024, de 22 de octubre, que modifica la Ley 17/2006. Arts. 10 y 11.

por el candidato más idóneo. Existe sin duda una polémica sobre la necesidad de realizar una motivación expresamente referida a la comparación de los méritos de los candidatos, pero esta posición se encuentra, en estos momentos, en minoría⁸.

En raras ocasiones se ha apreciado desviación de poder o arbitrariedad en el nombramiento⁹.

Ahora bien, esto no permite descartar un mayor control de estos nombramientos, dado que deben realizarse en consonancia con la finalidad que persigue la sociedad mercantil y los objetivos que se tratan de conseguir con su creación, por lo que podría sostenerse que no es conforme a derecho el nombramiento en el que el candidato designado no reúne los méritos y capacidades que reflejen la idoneidad necesaria para desempeñar las tareas de dirección propias referidas a la finalidad que persigue el cargo. Conviene recordar que en alguna ocasión el Tribunal Supremo¹⁰ ha anulado un nombramiento por incluir en la convocatoria para la provisión de un puesto méritos que son coincidentes con el perfil profesional de algunos de los partícipes, carentes de la necesaria justificación, apreciándose en este caso una desviación de poder.

Frente a este control judicial más intenso, se podría argumentar que también en las sociedades mercantiles privadas existe una gran libertad para el nombramiento de sus consejeros, pero siendo esto cierto esta mayor libertad tiene como contrapartida su responsabilidad frente a la sociedad, sus socios y frente a terceros. Sin embargo, en el caso de las sociedades mercantiles públicas el régimen de responsabilidad es muy distinto.

Ello nos sitúa ante las especialidades existentes respecto a la responsabilidad de la Administración matriz por las deudas de sus sociedades mercantiles y las responsabilidades de sus consejeros.

Carmen Chichilla¹¹ afirma que:

A falta de una norma que, con carácter general, establezca *explícitamente* que las administraciones públicas responderán de las deudas contraídas por sus sociedades mercantiles, habrá que concluir que para las sociedades del sector público rige el principio de separación de la responsabilidad de la sociedad y de sus socios, consagrado en el art. 1 de la Ley de Sociedades de Capital.

⁸ En tal sentido, resulta reveladora la STS de 11 de junio de 2020 (rec. 423/2018) y su voto particular.

⁹ La sentencia del Tribunal Supremo 1499/2023, de 21 de noviembre de 2023 (rec. 934/2022) fue una de esas sentencias, en las que se impugnó el Real Decreto 807/2022, de 4 de octubre por el que se promovía a la categoría de fiscal de sala a doña Dolores Delgado García y se la nombra fiscal de la Fiscalía Togada del Tribunal Supremo.

¹⁰ STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 25 de abril de 2007 (rec. 223/2003).

¹¹ C. Chinchilla Marín (2017), «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?». *Revista de Administración Pública*, 203, págs. 17-56.

Pero la autora argumenta que no existen razones de esa falta de comunicación de la responsabilidad cuando a pesar de revestir la forma jurídico-privada de sociedad, se las denomina poder público y se reconoce que pueden ejercer potestades administrativas y dictar actos administrativos. Y porque pese a tener una personalidad jurídica diferenciada se considera que ello es solamente una alternativa organizadora.

Por ello concluye que:

Es por ello por lo que considero que, en el ámbito del sector público, la regla debería ser que se pudiera exigir responsabilidad a la Administración matriz por las deudas de su ente instrumental, no de forma directa, porque ello supondría vaciar de todo significado a la personalidad jurídica, pero sí de forma subsidiaria cuando su ente instrumental no respondiera de sus deudas, mientras que la excepción debería ser la incomunicabilidad de responsabilidades. Así, pues, en el supuesto de que una sociedad mercantil pública no responda de sus deudas, debería responder su Administración (u organismo público) matriz, como regla general, salvo que, analizadas las circunstancias concretas del caso, se pusiera de manifiesto la existencia de elementos suficientemente reveladores de que, en contra de *la presunción de identidad sustancial de personalidades jurídicas* que es propia y característica del sector público, existe realmente una separación o independencia de personalidades.

Así mismo existe un régimen jurídico peculiar de responsabilidad de los consejeros y administradores nombrados por la Administración.

En principio, la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles públicas se regula conforme al derecho privado, pero la Administración podrá ejercer una tutela funcional sobre la sociedad mercantil o someter a supervisión su actividad, e incluso, excepcionalmente, la Administración podrá dar instrucciones a las sociedades para que realicen determinadas actividades «cuando resulte de interés público su ejecución». En este caso, se exime de responsabilidad a los administradores que actúen ejecutando estas instrucciones (art. 116.6 de la Ley 40/2015), con lo que es la Administración la que ordena la forma de actuar y asume las consecuencias negativas.

Y por lo que respecta a los miembros del consejo de administración que sean empleados públicos el art. 115 de la Ley 40/2015 dispone:

1. La responsabilidad que le corresponda al empleado público como miembro del consejo de administración será directamente asumida por la Administración General del Estado que lo designó.

2. La Administración General del Estado podrá exigir de oficio al empleado público que designó como miembro del consejo de administración la responsabilidad en que hubiera incurrido por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves, conforme a lo previsto en las leyes administrativas en materia de responsabilidad patrimonial.

La asunción de la responsabilidad directa por la Administración en estos casos con cargo a los presupuestos públicos implica que desaparezca el contrapeso exigible a la actuación de estos directivos favoreciendo así que una gestión negligente no tenga consecuencias y diluyendo su responsabilidad civil o patrimonial en los presupuestos públicos.

Se establece, además, un trato desigual de difícil justificación entre el régimen de responsabilidad para los consejeros nombrados por la Administración que sean empleados públicos respecto de los que no lo son. Los primeros no responden directamente ni frente a la sociedad ni a los accionistas o terceros, sino que lo hace la Administración que los nombró y solo responderán si la Administración ejercita una acción de repetición contra ellos por dolo o culpa grave, mientras que la responsabilidad de los consejeros no nombrados por la Administración o los que habiendo sido nombrados por ella no sean empleados públicos, que tiene un régimen de responsabilidad directa y más riguroso (incluye también la culpa leve) sujeto a las normas de la Ley de sociedades de capital.

De modo que este régimen de responsabilidad tiene una incidencia efectiva en el funcionamiento interno de la sociedad, pero también en la competencia con otras sociedades. Tal y como señala R. Bellido Salvador¹²

[...] el hecho de que dichas empresas se financien con sus actividades en el mercado no implica que asuman riesgos iguales a los de las sociedades privadas. En primer lugar, porque estas sociedades nacen financiadas y pueden recibir aportaciones del Estado, pero principalmente porque si hay pérdidas y la sociedad debe cerrar sus actividades dichas pérdidas van a cargo del Estado, es decir de todo o de nadie en concreto. En el caso de las sociedades privadas van a cargo de los accionistas.

5. LA EXTERNALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La utilización de sociedades mercantiles estatales para realizar obras o servicios propios de la Administración se ha generalizado, y no solo en la Administración del Estado, sino también en las Comunidades Autónomas o de los entes locales.

La utilización de estas sociedades mercantiles está justificada en muchas ocasiones para no sobredimensionar a la Administración, así como para buscar una mayor eficiencia de la actuación administrativa o cuando se precisa una flexibilidad en la contratación y gestión de personal, por ejemplo, equipos de investigación, actividades que requieran la captación de talento para actividades puntuales.

Pero se plantean varias incógnitas: ¿cuál es el alcance de estos encargos? ¿Se puede encomendar la tramitación de procedimientos o incluso el ejercicio de

¹² R. Bellido Salvador y C. Bellido Gonzales del Campo (2022), *Sociedades mercantiles de capital mixto*, Aranzadi, pág. 43.

potestades administrativas (por ejemplo ¿conceder subvenciones, e incluso imponer sanciones?)

El problema se ha planteado en varios supuestos:

a) La práctica de inspecciones incardinadas en un procedimiento de comprobación de la CNMC a las empresas del sector energético.

Las sentencias del Tribunal Supremo 1218/2024, de 8 de julio (rec. 860/2022), y 1288/2024, de 16 de julio de 2024 (rec. 827/2022), avalaron la posibilidad de que una sociedad mercantil pública, actuando como medio propio de la Administración, puede practicar inspecciones que contribuyan a determinar la cantidad que corresponde fijar una retribución a las empresas energéticas, afirmando que:

[...] la intervención de TRAGSATEC no tiene las características de un encargo general ni su intervención incide de forma ordinaria en las labores que tiene encomendada la CNMC sino motivada por una situación extraordinaria en la que era necesario inspeccionar a muchas empresas en breve periodo de tiempo para poder fijar la retribución dentro del periodo regulatorio. Por otra parte, aunque TRAGSATEC tuvo intervención en la tramitación del expediente, la valoración le correspondió a la CNMC. La actuación llevada a cabo por TRAGSATEC ha sido supervisada a lo largo de todo el procedimiento de inspección por la CNMC, quien ha valorado sus resultados y propuesto los ajustes pertinentes. Si bien es cierto que TRAGSATEC tuvo una intervención presencial y relevante en las actividades de inspección, no lo es menos que las actuaciones principales del procedimiento se han suscrito por la CNMC, quien ha asumido el seguimiento, control y la valoración de la documentación».

b) La posibilidad de que estas sociedades mercantiles puedan tramitar procedimientos administrativos.

El Tribunal Supremo, en la STS nº 1160/2020, de 14 de septiembre (rec. 5442/2019) y en la STS 1265/2020, de 7 de octubre (rec. 5429/2019) abordó la cuestión referida a la posibilidad de encomendar la tramitación de procedimientos sancionadores a una sociedad mercantil estatal («TRAGSATEC»), de capital enteramente público. Se cuestiona si las funciones encomendadas a los organismos de Cuenca en la tramitación de los procedimientos sancionadores pueden ser desarrolladas por personal que no tenga carácter estatutario.

La sentencia negó que pudiera ejercer la potestad sancionadora con un carácter de generalidad y permanencia por personal ajeno al personal estatutario de un determinado órgano de una Administración pública. Y para ello se basó en la previsión del art. 9.2 del Estatuto de Empleado Público, que reserva a los funcionarios el ejercicio de las potestades públicas.

En definitiva, la argumentación de la sentencia gira en torno a la idea de que la tramitación de un procedimiento sancionador implicaba el ejercicio de potestades públicas y que estas solo las puede ejercer el órgano administrativo que las tiene encomendadas, es más, solo los funcionarios públicos pueden ejercer

las funciones que impliquen la participación directa o indirecta del ejercicio de las funciones públicas.

Se podría objetar a este razonamiento que tanto la ley 39/2015 como la Ley 40/2015 reconocen la posibilidad de que las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas puedan ejercer potestades administrativas (artículo 2.1.b) de la Ley 39/2015). Posibilidad que se reitera en el artículo 113 de la Ley 40/2015 al afirmar:

En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas.

De modo que el precepto, aunque niega categóricamente que puedan ejercer facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, reconoce, aunque con un carácter excepcional, que puedan ejercer potestades administrativas.

Pero el problema volvió a plantearse, esta vez en relación con la tramitación de procedimientos no sancionadores.

La STS 469/2023 de 12 de abril (rec. 8778/2021) analizó si podía encomendarse la tramitación de un procedimiento administrativo al personal de una sociedad mercantil estatal (INECO) adscrita funcionalmente al Ministerio de Fomento. Se trataba a una situación extraordinaria y puntual referida a la tramitación de más de 15.000 solicitudes relacionadas con la petición de indemnizaciones complementarias por haberse limitado a los titulares de licencias de VTC la posibilidad de prestar exclusivamente urbanos.

La sentencia concluye:

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada procede señalar que, en determinadas circunstancias extraordinarias y cuando una Administración que no posea los medios materiales o técnicos idóneos para el desempeño de las competencias que le han sido encomendadas, puede acudir por razones de eficacia a la colaboración con otras entidades, en concreto a una sociedad mercantil estatal que tiene la consideración de medio propio de la Administración.

Esta colaboración puede estar referida no solo a trabajos técnicos o materiales concretos y específicos, sino también puede solicitar su auxilio en la gestión y en la tramitación de procedimientos que tiene encomendados reservándose el órgano administrativo el control y la decisión que ponga fin procedimiento.

III. LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN

Los convenios es una herramienta al servicio de la necesaria colaboración entre Administraciones, o de estas con los sujetos de derecho privado, que tiene su fundamento en el principio de cooperación para una gestión más eficaz.

En el convenio no hay contraposición de intereses, sino objetivos comunes o compartidos. Los convenios de colaboración con entidades privadas, incluyendo las sociedades mercantiles de capital público, quedan limitados a los supuestos en

que su objeto no sea uno de los contemplados por los contratos regulados por la Ley de Contratos¹³. Con ello se persigue evitar que se huya de las garantías que brinda la Ley de contratos y por extensión la inaplicación de las directivas comunitarias al sustraerse de los principios de publicidad y libre concurrencia entre empresarios comunitarios.

El convenio administrativo comporta acuerdo de voluntades vinculante que genera derechos y obligaciones entre partes y tiene contenido regulador entre ellas sin resultar, no obstante, una norma jurídica, puesto que dicha regulación solo produce efectos entre estas y no frente a terceros. Pero no cabe duda de que lo estipulado en el convenio, y dependiendo de su contenido y objeto, incide sobre la situación jurídica de terceros.

Me limitaré a apuntar seguidamente dos problemas en torno a ellos.

1. LA DISTRIBUCIÓN DESIGUAL DE FONDOS PÚBLICOS POR LA VÍA DEL CONVENIO DE COLABORACIÓN. CONTROL JUDICIAL

Uno de los problemas que plantean los convenios de colaboración es su utilización como un mecanismo para eludir los controles administrativos en la distribución de fondos públicos, tanto cuando se suscriben entre Administraciones públicas como los suscritos con sociedades mercantiles o particulares.

Es cierto que la concesión de ayudas está sujeta, según el art. 8.3 de la Ley de Subvenciones, a los principios de transparencia, concurrencia y no discriminación, siendo la concurrencia competitiva el procedimiento ordinario de concesión de dichas ayudas (art. 22.1), pero su inciso segundo admite la concesión directa de subvenciones en algunos supuestos: en el caso de subvenciones nominativamente previstas en los Presupuestos Generales o cuando con carácter excepcional se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulte su convocatoria pública.

¿Cuál es el alcance del control judicial en estos casos?

Las ayudas nominativas contenidas en la Ley de Presupuestos¹⁴ plantean el problema de la impugnación de estas ayudas contenidas en una norma legal, el alcance del control jurisdiccional es complicado y tan solo podría abordarse por el eventual trato desigual carente de justificación.

¹³ Así se dispone en el art. 6.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

¹⁴ En el art. 22.2.a) de la Ley General de Subvenciones se dispone: «A efectos de lo establecido en el párrafo anterior, se entiende por subvención prevista nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado aquella en que al menos su dotación presupuestaria y beneficiario aparezcan determinados en los estados de gasto del Presupuesto. El objeto de estas subvenciones deberá quedar determinado expresamente en el correspondiente convenio de colaboración o resolución de concesión que, en todo caso, deberá ser congruente con la clasificación funcional y económica del correspondiente crédito presupuestario».

Por lo que respecta a la adjudicación directa por razones de interés público que dificulten la convocatoria pública, el control judicial es mayor. De hecho, ya han existido pronunciamientos judiciales sobre esta materia. Así, en la sentencia STS nº 664/2024, de 18 de abril (rec. 671/2022) se abordó un problema relacionado con el reparto de fondos comunitarios por parte del Estado solo a determinadas Comunidades Autónomas con exclusión de otras, utilizando el procedimiento de adjudicación directa. Lo que se cuestionó no fue la adjudicación en sí misma, sino la justificación de la utilización del procedimiento de concesión directa.

La sentencia analizó si la utilización del procedimiento de adjudicación directa estaba o no justificado considerando que corresponde a la Administración acreditar «razones válidas y suficientes para acudir al procedimiento excepcional de concesión directa de las subvenciones».

2. ¿PUEDEN LOS TRIBUNALES OBLIGAR A LA ADMINISTRACIÓN A SUSCRIBIR UN CONVENIO DE COLABORACIÓN CON UNA ENTIDAD PRIVADA?

En principio, la respuesta negativa podría parecer clara. Los convenios, en cuanto son acuerdos de voluntades en pie de igualdad, son de libre suscripción. Pero la cuestión es más compleja, porque la obligatoriedad puede venir impuesta cuando de la suscripción del convenio depende la efectividad de un derecho legalmente reconocido.

El problema se planteó en dos casos que aparentemente recibieron una respuesta diferente, pero en los que la decisión dependió de la efectividad del derecho que pretendía proteger.

En ambos casos se trataba de la solicitud dirigida a la Administración para suscribir un convenio de colaboración con una entidad privada para conservar y mantener las células madre procedentes del cordón umbilical obtenidas en el parto de un hospital público.

En la STS 915/2018, de 4 de junio (rec. 550/2016), una empresa privada destinada al mantenimiento y conservación de células madre solicitó del Servicio Gallego de salud la suscripción de convenios que le permitiesen recibir de los hospitales públicos acreditados la sangre del cordón umbilical obtenida de aquellas pacientes que deseen su conservación en un banco privado para uso autólogo eventual. La sentencia rechazó su pretensión razonando que:

[...] el que las usuarias del SERGAS tengan el derecho legalmente reconocido a decidir sobre el destino del cordón umbilical no significa que, sobre tal derecho, amparándose en él o pretextándolo, pueda IVIDA invocar un derecho subjetivo, legalmente reconocido y la correlativa obligación del SERGAS de, en su virtud, concertar o convenir con la entidad mercantil la entrega de la sangre del cordón umbilical de forma general e indefinida».

Por ello, la sentencia consideró que la empresa recurrente no tenía un derecho subjetivo a solicitar la suscripción del convenio de colaboración, sino que tan solo ostenta un mero interés económico y empresarial, insuficiente para acceder a lo solicitado.

Por el contrario, la STS 192/2024, de 5 de febrero de 2024 (rec. 4628/2021), analizó la petición dirigida por una paciente al Servicio Extremeño de Salud para que suscribiese un convenio de colaboración con una entidad mercantil privada con la finalidad de que se le entregase a dicha entidad la sangre del cordón umbilical que se obtenga durante el parto para su almacenamiento y conservación para su uso propio.

El Tribunal Supremo en este caso consideró que:

Es evidente, por tanto, que nuestro ordenamiento jurídico, junto a la posibilidad de que la sangre del cordón umbilical pueda ser donada para su uso terapéutico por un tercero (uso alogénico), reconoce también el derecho del paciente a optar por un uso autólogo eventual, esto es, que se extraiga la sangre del cordón umbilical y se conserve para que las células madre que contiene puedan ser utilizadas por la misma persona ante una eventual enfermedad futura, conservándose mientras tanto en un centro autorizado para ello en las condiciones exigidas por la normativa vigente.

En el supuesto en el que el centro de extracción y aquel donde deben ser conservadas sean distintos, el Real Decreto Ley 9/2014 prevé en su art. 11.3 la elaboración de un documento destinado a garantizar la seguridad y el adecuado tratamiento de las muestras tomadas entre la unidad hospitalaria en la que se extraen las células o tejidos y el establecimiento en el que se conservarán.

El tribunal argumenta que:

[...] las Comunidades Autónomas, en el ejercicio legítimo de sus competencias en materia sanitaria y respetando la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional, pueden optar: bien porque el servicio público incluya la prestación del servicio consistente en poner a disposición de los pacientes la posibilidad de conservar las células o tejidos para su uso autólogo eventual; bien por no prestar este servicio, restringiendo la conservación y almacenamiento de la sangre del cordón umbilical a los supuestos de donaciones a terceros (uso alogénico) pero en este último caso deberá suscribir los acuerdos de colaboración que permitan ejercer su derecho a los pacientes.

De modo que, cuando el cuando el servicio público de una comunidad autónoma no contemple la posibilidad de conservar en sus centros públicos estas células para su uso autólogo eventual, la única manera de garantizar la legítima opción de la paciente es conservarlas en un centro externo, y es en esta tesitura cuando la ley prevé la existencia obligatoria de ese acuerdo o protocolo que persigue garantizar la seguridad del proceso y la viabilidad del material extraído. Negarse a firmar este protocolo implica hacer inviable el ejercicio de un derecho reconocido a la paciente cuando sea asistida en el parto en un centro público que carezca de un servicio

de recogida y conservación de la sangre del cordón para uso autólogo eventual; o abocarla, si quiere ejercerlo, a prescindir de la sanidad pública y tener que acudir a la privada para ser asistida en el parto, obligándola a renunciar a los derechos de asistencia que le corresponden, lo que introduce un factor de distorsión y discriminación que condiciona el ejercicio de este derecho a las personas con mayor capacidad económica en detrimento de los ciudadanos usuarios de la sanidad pública.

Por ello, cuando la comunidad autónoma no asume la prestación de ese servicio, el tribunal le obliga a suscribir el convenio de colaboración con el centro externo de conservación autorizado para ello, suscribiendo el protocolo necesario para la preparación y transporte de los tejidos o células hasta su llegada a dicho establecimiento.

