

**RELATORÍA:  
EL SEMINARIO ORGANIZADO POR LA REVISTA DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA SALA TERCERA DEL  
TRIBUNAL SUPREMO SOBRE SOCIEDADES PÚBLICAS,  
CONVENIOS Y OTRAS ZONAS OSCURAS DEL  
DERECHO ADMINISTRATIVO**

**GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES**  
Universidad Complutense de Madrid

*Cómo citar/Citation*

Fernández Farreres, G. (2025).

Relatoría: El seminario organizado por la Revista de Administración Pública y la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre *Sociedades públicas, convenios y otras zonas oscuras del derecho administrativo*.

*Revista de Administración Pública*, 226, 69-90.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.226.04>

I

El pasado 20 de febrero de este 2025, en la sede del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, se celebró el séptimo Seminario que desde 2018 organizan conjuntamente la Revista de Administración Pública y la Sala Tercera del Tribunal Supremo y que anualmente reúne a profesores de Derecho Administrativo y magistrados de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>1</sup>. En esta

---

<sup>1</sup> Las ponencias y relatorías de los anteriores Seminarios pueden verse en esta Revista, números 207 (sobre la casación contencioso-administrativa), 210 (sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública), 213 (sobre nulidad de los reglamentos), 216 (sobre la distribución de riesgos en la contratación pública y el equilibrio económico-financiero de los contratos), 220 (sobre la planta y organización de la jurisdicción contencioso-administrativa) y 223 (sobre la autotutela administrativa).

ocasión, la jornada se dedicó al análisis de lo que muy gráficamente se tituló *Sociedades públicas, convenios y otras zonas oscuras del Derecho Administrativo*. Tras las exposiciones de las ponencias, a cargo del magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, D. Diego Córdoba Castroverde, y la catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de León, Dra. Mercedes Fuertes López, se abrió un turno de comentarios y debate entre el nutrido grupo de magistrados y de profesores asistentes a la sesión.

Del contenido más destacado de las ponencias y del debate que al hilo de las mismas se entabló de inmediato se dará cuenta. No obstante, con carácter previo y a fin de contextualizar mínimamente el objeto del seminario, conviene recordar que la constitución de sociedades mercantiles por las Administraciones públicas para atribuirles la gestión de muy diversos asuntos propios de sus respectivos ámbitos de competencia y responsabilidad siempre ha suscitado notables problemas jurídicos. No estamos, ciertamente, ante un fenómeno nuevo, ni desconocido. Todo lo contrario. Desde el momento mismo en que, sobre todo a partir de los años cuarenta del siglo pasado, la Administración del Estado comenzó a crear de manera generalizada distintos tipos de entidades jurídicas para el desarrollo y cumplimiento de sus cometidos y, entre ellas, las denominadas durante el franquismo «empresas nacionales» (Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958) y posteriormente, recién iniciada la transición, «sociedades estatales» (Ley General Presupuestaria, de 28 de enero de 1977), la atención que la doctrina ha dispensado a esa creciente constelación de entidades con personalidad jurídica diferenciada —tanto pública como privada—, con un diverso grado de autonomía funcional, y sujetas, por tanto, a un estatuto jurídico propio y singular respecto del general de la Administración pública, siempre ha sido continua y, en determinados momentos, hasta muy intensa<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> No hay lugar a dar cuenta ahora de la ingente bibliografía que se ha ido acumulando a lo largo del tiempo. No obstante, como excepción, creo oportuno recordar tres estudios pioneros en los que ya se pusieron de manifiesto las dificultades y problemas jurídicos que entrañaba la utilización instrumental por las Administraciones públicas de medios organizativos dotados de personalidad jurídica propia y diferenciada, tanto de derecho público como de derecho privado: M. Clavero Arévalo (1962), «Personalidad jurídica. Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas», *Documentación Administrativa*, 58, págs. 13 y ss.; F. Garrido Falla (1966), *Entidades estatales autónomas*, Madrid, y G. Ariño Ortiz (1972), *La Administración institucional (bases de su régimen jurídico)*, Madrid: IEAL. A lo largo de la década de los años noventa, el análisis de lo que se ha dado en llamar «huida del Derecho Administrativo» generó multitud de estudios referidos precisamente a esas fórmulas organizativas que la hace posible, siendo los mismos, de manera generalizada, muy críticos con el fenómeno. Y en los últimos diez años, de nuevo ha resurgido el interés y la atención a la vista de algunas rectificaciones legislativas (Ley de Contratos del Sector Público, de 8 de noviembre de 2007, y Leyes de Procedimiento Administrativo Común, y del Régimen Jurídico del Sector Público, ambas de 1 de octubre

Sin embargo, no puede decirse que los problemas y dificultades vinculados al uso por las Administraciones territoriales de estos medios instrumentales de carácter organizativo se hayan superado. Permanecen y mantienen plena actualidad. A pesar de las reformas que a lo largo del tiempo se han ido sucediendo, el marco normativo regulador y la práctica seguida con las llamadas entidades institucionales o instrumentales de la Administración siguen siendo insatisfactorio en no pocos extremos. Estamos, en efecto, ante una «zona oscura» del Derecho Administrativo que se resiste a la deseable racionalización que debe presidir la creación de esos diversos tipos de entidades, dada la trascendencia que ello tiene a la vista del régimen jurídico al que, en principio, de acuerdo con su naturaleza y configuración jurídica, han de ajustarse en el desarrollo y ejecución de las actividades asignadas.

En cuanto a los convenios administrativos, en sus variadas modalidades (intraadministrativos, interadministrativos, con particulares, y con organizaciones internacionales), tampoco puede decirse que sean una novedad. Sin embargo, también estamos ante otro ámbito o materia del Derecho Administrativo que sigue siendo problemática.

La estructura territorial puesta en pie tras la Constitución y la conveniencia de articular mecanismos que faciliten la colaboración y cooperación entre la pluralidad de Administraciones públicas territoriales y entes institucionales de ellas dependientes, puede explicar que el recurso a la celebración de convenios interadministrativos de muy distinta finalidad, contenido y alcance, se haya intensificado. Pero también aquí es preciso extremar las cautelas en orden a garantizar el uso adecuado de tales instrumentos. Y ello porque, bajo la cobertura de la voluntariedad y el acuerdo de voluntades, los convenios pueden servir para soslayar reglas y exigencias que, en otro caso, necesariamente tendrían que observarse. No otra ha sido, por ejemplo, la razón fundamental que ha llevado a que la legislación de contratos públicos haya dispuesto —a impulsos, no obstante, de la jurisprudencia comunitaria y de las sucesivas condenas al Estado español<sup>3</sup>— que la exclusión de los convenios de colaboración —interadministrativos y con particulares— del ámbito de aplicación de dicha legislación queda condicionada a que su contenido «no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales» (en la actualidad, art. 6 de la Ley de Contratos del

---

de 2015) que han llevado a hablar de una cierta «vuelta o retorno del Derecho Administrativo».

<sup>3</sup> Por todas, STJUE de 13 de enero de 2005 (as. C-84/03), que estimó el recurso por incumplimiento planteado por la Comisión contra el Reino de España por incorrecta adaptación de las Directivas 93/36 y 93/37, ya que el art. 3.1.c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas de 16 de junio de 2000 excluía de su ámbito objetivo de aplicación, de manera apriorística y en términos absolutos, a los convenios de colaboración interadministrativos, a pesar de que, de acuerdo con la propia jurisprudencia comunitaria, algunos de esos convenios podían tener la misma naturaleza y objeto que los contratos públicos.

Sector Público de 8 de noviembre de 2017, en adelante LCSP), a no ser, de todas formas, que la entidad con la que se celebren pueda ser considerada «medio propio» de la Administración (normalmente una sociedad mercantil de titularidad pública), en cuyo caso «no tendrán la condición de contrato» y entrarán en juego las previsiones de los arts. 32 y 33 de la misma LCSP. Un límite que, reiterado en el art. 47 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de 1 de octubre 2015 (en adelante LRJSP), resulta plenamente razonable a fin de impedir que, por la vía de configurar y calificar artificiosamente como convenios de colaboración a lo que, en realidad, atendiendo al menos a su objeto, no son sino verdaderos contratos, siguiera eludiéndose la aplicación de la normativa contractual.

Sin perjuicio de que la LRJSP contiene un conjunto de reglas ordenadoras de los convenios (arts. 47 a 53) que han mejorado apreciablemente la situación regulatoria, lo cierto es que aun quedan importantes flecos por atar. Algunos han sido tratados en las ponencias, como más adelante, recordaré, y otros, aunque no lo han sido, no por ello son desconocidos. Baste decir que esa tipología legal de los convenios no presenta ninguna consecuencia en cuanto al régimen aplicable a los mismos, cuando lo cierto es que resulta necesario atender a las particularidades de unos y otros. ¿O acaso puede considerarse adecuada la uniformidad de régimen proyectada a supuestos tan heterogéneos como es el caso de los convenios interadministrativos o el de los convenios con particulares, sin prestar atención, además, al contenido, prestaciones y finalidad de los mismos<sup>4</sup>?

## II

Aunque las dos ponencias que preceden a esta relatoría pueden ser consultadas directamente, resulta pertinente destacar ahora las principales cuestiones que plantean. Sobre ellas, por lo demás —aunque no solo—, giraron la mayoría de las intervenciones de los asistentes al seminario y fueron, por tanto, las que centraron el diálogo mantenido.

1. Por lo que respecta a las sociedades mercantiles de titularidad pública, tanto en las ponencias como en el coloquio, especial atención se ha prestado al

<sup>4</sup> Los convenios de colaboración han terminado dando acogida a una gran variedad de supuestos. No obstante, cuando el convenio se utiliza como medio para fijar el alcance de obligaciones preexistentes (caso, por ejemplo, de los conciertos fiscales de evaluación de bases tributarias y de liquidación previstos en la legislación tributaria, o los propios convenios expropiatorios a los que se refiere el art. 24 de la Ley de Expropiación Forzosa, o en materia urbanística), o para otorgar ventajas o beneficios (por ejemplo, los convenios para hacer efectivo el otorgamiento directo de subvenciones previstos en el art. 28 de la Ley General de Subvenciones y 65 de su Reglamento), no han dejado de preverse algunas reglas específicas. Sobre esta modalidad de convenios, obligada resulta la remisión al libro de A. Huergo Lora (1998), *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas.

hecho de que algunas de ellas, un tanto sorpresivamente, dedican buena parte de su actividad al otorgamiento directo de subvenciones y otras ayudas económicas. Digo sorpresivamente porque, en estrictos términos, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, LGS), para nada contempla que las sociedades mercantiles públicas puedan ser otorgantes de sumas dinerarias «a fondo perdido» afectadas o vinculadas al cumplimiento por parte de los beneficiarios de determinados objetivos cuya promoción o ayuda se estima de utilidad pública o interés social, sin que, por lo demás, ello conlleve contraprestación de ningún tipo<sup>5</sup>. No de otra forma se caracteriza a las subvenciones que quedan sujetas al concreto régimen jurídico previsto por la Ley (arts. 2 y 3 LGS).

En su ponencia, M. Fuertes trata de paliar en parte esta anómala situación apelando a que el reglamento que desarrolla la ley (Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, en adelante RGS) incluyó a las sociedades públicas en su ámbito de aplicación, de manera que las subvenciones que otorguen han de sujetarse, al menos, a la observancia de los principios de la legislación de subvenciones, en los mismos términos que se establece, por lo demás, para las que otorguen las entidades públicas que se rigen por el derecho privado (principios de gestión y de información). Sin embargo, en el debate no dejó de ponerse de manifiesto que los arts. 5 y 6.3 RGS se refieren exclusivamente a las «Entregas dinerarias sin contraprestación otorgadas por *fundaciones del sector público y entes de derecho público* dependientes de la Administración General del Estado que se rijan por el derecho privado», y a las «Subvenciones y entregas dinerarias sin contraprestación otorgadas por *consorcios, mancomunidades u otras personificaciones públicas* y subvenciones derivadas de convenios», por lo que quedan al margen las sociedades mercantiles de titularidad pública al ser, sencillamente, entidades con personalidad jurídico-privada.

La ponencia aun añade que, en todo caso, «hay una circunstancia que obliga a que las sociedades se sometan de manera íntegra a la regulación establecida en la Ley» [General de Subvenciones]. A saber, «cuando ejerzan potestades públicas», ya que «tal ejercicio constituye un potente imán que impide eludir el sistema jurídico administrativo». Pero también se recordó que el artificioso e infundado criterio legal de sujetar las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen los entes públicos (entidades públicas empresariales, consorcios, etc.) a las concretas reglas dispuestas por la LGS o, alternativamente, a los principios de gestión y de información contenidos en la misma Ley, en función de que dichas entregas dinerarias «sean [*o no*] consecuencia del ejercicio de potestades administrativas» (art. 3.2, párrafo 2º, LGS), fue erradicado sin más en virtud de lo dispuesto por la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018. Y es

---

<sup>5</sup> El art. 10 LGS circunscribe los órganos competentes para la concesión de subvenciones a: «Los Ministros y los Secretarios de Estado en la Administración General del Estado y los presidentes o directores de los organismos y las entidades públicas vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, cualquiera que sea el régimen jurídico a que hayan de sujetar su actuación».

que, si bien no modificó formalmente el art. 3.2 LGS, incorporó a la misma una nueva disposición adicional 26<sup>a</sup>, en virtud de la cual «las entregas dinerarias sin contraprestación que otorguen las entidades de derecho público del sector estatal que se rijan por el derecho privado, tendrán siempre la consideración de subvenciones», a lo que aun se añade —por si no quedara claro— que:

Su concesión y demás actuaciones contempladas en esta Ley constituirán el ejercicio de potestades administrativas a los efectos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, quedando sometidas al mismo régimen jurídico establecido para las subvenciones concedidas por las Administraciones públicas.

Por consiguiente, se ha abandonado ese inicial criterio del «ejercicio de potestades administrativas» a fin de sujetar las subvenciones otorgadas por los organismos y entes públicos de carácter instrumental de las Administraciones territoriales a las reglas dispuestas por la LGS, lo que, como es evidente, no estuvo sino al servicio de limitar la aplicación y alcance de las reglas que la propia Ley establece, materializándose con ello, una vez más, el conocido fenómeno de la huida del derecho administrativo. Ya no hay lugar, en suma, a diferenciar entre unas u otras entregas dinerarias en función de que lo sean o no en el ejercicio de una potestad administrativa; un criterio éste por completo absurdo que solo se introdujo, como ya he dicho, con la finalidad de evitar la aplicación íntegra de la ley.

¿Qué cabe concluir entonces a la vista de este panorama normativo?. En rigurosos términos jurídicos no parece que pueda mantenerse otra conclusión que la siguiente: las subvenciones que otorgan las sociedades mercantiles de titularidad pública escapan por completo a las reglas de la legislación de subvenciones. Incluso hasta podría cuestionarse que puedan otorgarlas. Pero, en cualquier caso, si se aspira a dar cobertura y encauzar mínimamente esa práctica de que las sociedades mercantiles públicas de hecho otorgan subvenciones, el legislador debería actuar, previendo, cuando menos, una regulación similar a la que ha dispuesto para las fundaciones públicas<sup>6</sup>.

Con todo, la fuga de las reglas de la LGS en el otorgamiento de subvenciones a través de la intermediación de sociedades mercantiles públicas<sup>7</sup> ha encon-

<sup>6</sup> En el caso de las fundaciones del sector público, tras la nueva redacción dada por la disposición final 7<sup>a</sup>.2 LRJSP a la disposición adicional 16<sup>a</sup> de la LGS, aunque formalmente se admite que las fundaciones del sector público pueden conceder subvenciones, ese reconocimiento queda sujeto a tal cúmulo de condiciones que, de hecho y materialmente, bien puede afirmarse que el otorgamiento y control corresponde a la Administración a la que la fundación esté adscrita.

<sup>7</sup> Aunque no se aludió a ello en las ponencias, ni hubo ocasión de que se comentara en el debate, sin duda el asunto de los ERES de la Junta de Andalucía es un ejemplo paradig-

trado otras réplicas, si cabe aun más expeditivas y hasta más expansivas. Como advirtió el profesor Tomás Ramón Fernández, en una oportuna comunicación, el invento organizativo de los llamados «fondos carentes de personalidad jurídica» se está utilizando en los últimos años de manera intensiva a fin de canalizar el otorgamiento de una ingente cantidad de ayudas económicas sin las ataduras que impone no solo la legislación de subvenciones —ya que, con carácter general, más que de subvenciones propiamente dichas se trata de otro tipo de ayudas económicas, de muy variado tenor: préstamos participativos, deuda subordinada, suscripción de acciones u otros instrumentos de capital, etc.—, sino la legislación administrativa general. Por lo demás, estos fondos carentes de personalidad, aunque cuentan ahora con la cobertura legal del art. 117 LRJSP [y se reconocen en el art. 2.2.f) de la Ley General Presupuestaria de 26 de noviembre de 2003, como integrantes del sector público institucional estatal, sin perjuicio de que también las comunidades autónomas les han dado paso], no dejan de situarse en una especie de limbo jurídico, dada la carencia de una mínima regulación legal que fije su régimen jurídico. Otra «zona oscura» del Derecho Administrativo que no pudo ser analizada pero de la que debe dejarse constancia en este momento<sup>8</sup>.

2. Junto a la singularidad de que las sociedades mercantiles públicas otorguen subvenciones, los ponentes igualmente se refirieron a la problemática —y discutible— regulación de la responsabilidad de los consejeros de las sociedades mercantiles públicas, «otra zona oscura —dice M. Fuertes— que casi alcanza la condición de misterio». Y es que el legislador ha optado por trasladar a la Administración del Estado la responsabilidad cuando los consejeros de las sociedades mercantiles de titularidad estatal hayan seguido las instrucciones remitidas por el ministro correspondiente (arts. 179 LPAP y 116 LRJSP), pero, a la vez, también la ha trasladado, en todo caso, cuando los consejeros sean empleados públicos (art. 115 LRJSP). Una traslación de la responsabilidad que, a juicio de los ponentes, no deja de ser cuestionable. Con ello puede favorecerse una gestión negligente al diluir su responsabilidad civil o patrimonial en los presupuestos públicos. Todo ello sin perjuicio, además, del trato desigual dado a los consejeros por razón de que sean o no empleados públicos. Los primeros no responden directamente frente a la sociedad, ni frente a los accionistas o terceros, sino que lo

---

mático de la manipulación de las calificaciones y conceptos jurídicos puesta al servicio de tratar de eludir y soslayar los «inconvenientes» de la aplicación de las reglas de la legislación subvencional. Tanto la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 19 de noviembre de 2019, como la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2022, aciertan a desvelar con gran rigor cómo se organizó y articuló técnicamente la operación sirviéndose de empresas públicas y de convenios administrativos.

<sup>8</sup> Apenas existen estudios jurídico-administrativos sobre esta singular modalidad organizativa. Merece la pena recordar por ello —aunque no solo, ya que se trata de un riguroso trabajo— la monografía de Claudia Hernández López (2020), *Los fondos públicos. Estudio de su régimen jurídico-administrativo*, Valencia: Tirant lo Blanch.

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, por el contrario, los consejeros que no sean empleados públicos mantienen un régimen de responsabilidad directa y más riguroso, sujeto a las normas de la Ley de Sociedades de Capital.

En todo caso, aparece en escena una exorbitancia más que distorsiona el régimen jurídico al que, en principio, deben sujetarse las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su titularidad.

3. Tampoco deja de advertir uno de los ponentes que en los arts. 180 y 181 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, no se prevé ningún requisito que deban cumplir las personas nombradas administradores y consejeros, ni existen, por tanto, criterios para la selección de los mismos, lo que imposibilita un control efectivo de los nombramientos. La cuestión no es menor, ciertamente, a la vista de algunos escándalos no solo recientes, sino también pasados, bien ilustrativos de los resultados a los que puede conducir la ausencia de todo límite y condicionamiento en los nombramientos cuando estos no se administran por manos, no digo ya virtuosas, sino mínimamente decorosas. Por tanto, al menos la pregunta quedó lanzada: ¿no convendría establecer algunos requisitos y condiciones?

4. También mereció atención la cuestión del régimen de responsabilidad de la Administración titular de la sociedad por las deudas de esta. No se dejó de recordar, a este respecto, que en la doctrina se ha mantenido que, como regla, la Administración debe responder por esas deudas, si bien no de forma directa. De manera que la excepción debe ser la incomunicabilidad de responsabilidades<sup>9</sup>. Y este mismo criterio se apuntó en la ponencia del magistrado Córdoba.

Ahora bien, aunque en el coloquio no llegó a debatirse la cuestión, tal vez pueda ser considerado un criterio discutible. Téngase en cuenta que, en principio, por idénticas razones —es decir, considerar que realmente no existe una separación o independencia de personalidades— tal vez podría llegarse a cuestionar, por ejemplo, la pertinencia de que las sociedades mercantiles —o, al menos, algunas de ellas— queden sujetas a la legislación concursal, tal como resulta del art. 1.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal<sup>10</sup>. De seguirse

<sup>9</sup> Véase C. Chinchilla Marín (2017), «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica *privada* y su personalidad jurídica *diferenciada*: ¿realidad o ficción?», *RAP* 203, págs. 17 y ss. A su juicio, 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.

<sup>10</sup> Dice así: «No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho

el señalado criterio cabría plantear, en efecto, si algunas sociedades —máxime las que su fin y objeto no se ciñe a la producción de bienes y servicios en el mercado y en pie de igualdad con la iniciativa privada— no deberían también considerarse excluidas del concurso<sup>11</sup>.

5. Las contradicciones en las que se desenvuelve el régimen jurídico de las sociedades mercantiles de titularidad pública igualmente se reflejan en algunas decisiones judiciales a la hora de conocer los conflictos relativos a la ejecución y cumplimiento de los convenios que —no siendo calificables como contratos— celebran entre sí. Como recordó M. Fuertes, a pesar de tratarse de entidades mercantiles y de convenios singulares, fuera del ámbito de aplicación de la Ley de contratos, en ocasiones la jurisdicción civil se ha declarado incompetente. No otro ha sido el caso del conflicto entre Acuamed y Galasa a raíz del incumplimiento del convenio (impago de la financiación por una de las sociedades de la correspondiente infraestructura), al considerar el juez civil que tales sociedades mercantiles públicas gestionan un servicio público como es el del abastecimiento de agua a las poblaciones, lo que es materia propia del derecho administrativo y, por tanto, propia del conocimiento de ese orden jurisdiccional. Una nueva distorsión que, sin embargo, a juicio de la ponente, habría que evitar, ya que «los convenios suscritos entre mercantiles públicas, donde no se ejercen potestades ni atienden a actividades clara y directamente vinculadas con una finalidad pública, deben resolverse por la jurisdicción civil».

No obstante, obsérvese la precisión que se hace, ya que es de la mayor importancia: la competencia ha de ser de la jurisdicción civil siempre que se trate de «convenios suscritos entre mercantiles públicas, donde no se ejercen potestades ni atienden a actividades clara y directamente vinculadas con una finalidad pública», con lo que hace acto de aparición la importante cuestión de la atribución a dichas sociedades del ejercicio de potestades administrativas.

6. El reconocimiento legal de que a las sociedades mercantiles públicas se les pueda atribuir el ejercicio de potestades administrativas ha venido a romper, como es notorio, la regla tradicional de sentido contrario. Por tratarse precisamente de entidades que se constituyen y configuran como personas jurídico-privadas, que las mismas no pudieran disponer de poderes tales parecía lo

---

público», por lo que, en principio, quedan al margen las sociedades mercantiles de titularidad pública.

<sup>11</sup> Lo ha apuntado M. Carlón Ruiz (2004), «Las Administraciones Públicas ante el fenómeno concursal: algunas reflexiones al hilo de la nueva Ley», *RAP* núm. 164, págs. 95 ss. Ante la constatación de que ciertas sociedades mercantiles se han creado para el desarrollo de funciones netamente públicas, no tratándose, pues, de sociedades mercantiles que desarrollan actividades industriales o comerciales en competencia con los particulares, se pregunta «si a ellas no debería alcanzar el privilegio de no susceptibilidad de ser sometidas a procedimiento concursal, en plena coherencia con el razonamiento funcional, y no formal» (pág. 104).

más lógico y coherente. Sin embargo, la lógica y la coherencia no han podido con el legislador.

Sin perjuicio de que la posibilidad de atribuir potestades administrativas ha quedado explícitamente descartada respecto de las fundaciones del sector público estatal (última frase del párrafo segundo del art. 128.2 LRJSP), lo que, en principio, contrasta con que se admita para las sociedades mercantiles públicas, nada cabe objetar —todo lo contrario, tal como resaltó el profesor Miguel Sánchez Morón— que el ejercicio de potestades tenga que sujetarse a las reglas generales de la LPAC (arts. 2 LPAC y 113 LRJSP) e, incluso —aunque la LJCA no lo prevea expresamente—, que las decisiones adoptadas a su amparo queden sujetas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero lo que hay que dilucidar es si tiene alguna justificación esa atribución, máxime cuando necesariamente desemboca en que otras piezas del sistema queden trastocadas: no otra cosa sucede con la extensión del procedimiento administrativo, o la expansión del control de la jurisdicción contencioso-administrativa a actos y decisiones de entes que se han querido constituir como sociedades mercantiles sujetas al derecho privado justamente para facilitar el desenvolvimiento y desarrollo de sus actividades.

Esa atribución «supone un cierto contrasentido», se afirma en una de las ponencias. Y las preguntas que se formulan son taxativas: «si la Administración quiere personificar una actividad con el fin de que actúe siguiendo las pautas del mercado, despojada de privilegios, ¿por qué luego se vuelve a recurrir al otorgamiento de singulares potestades?», y «si la Administración puede crear otras modalidades de personificaciones a las que atribuir potestades administrativas ¿para qué crear una mercantil?». Desde luego, ahí radica el problema, como a lo largo del coloquio se puso de manifiesto en las intervenciones, entre otras, del magistrado Eduardo Calvo y de los profesores José María Baño y Silvia del Saz, por lo que no resulta del todo satisfactorio que, como reacción, la solución pase sin más por extender y ampliar la aplicación de la LPAC o la LJCA, en un proceso ahora de «republicación» de la inicial remisión al derecho privado. M. Fuertes lo dice con claridad:

Pero, personalmente, me inclino por evitar los sinsentidos, las incongruencias y los despropósitos. En otras palabras, no atribuir a las mercantiles públicas potestades administrativas. Las decisiones gubernamentales destinadas a atender una situación específica olvidándose de la coherencia del sistema jurídico, de la naturaleza de las instituciones, generan siempre más conflictos y sinrazones. Los parches para modificar la esencia de una personificación privada originan más problemas que soluciones.

7. En estrecha relación con esta cuestión del ejercicio de potestades administrativas por las sociedades mercantiles, debe tenerse en cuenta que en ocasiones se les encomiendan por las Administraciones de las que dependen la gestión y tramitación de procedimientos administrativos o el desarrollo de actividades inspectoras. Unos encargos que han sido impugnados y han llegado a conocimiento

de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la cual, tal como señaló el magistrado D. Córdoba, ha dado las respuestas siguientes.

De una parte, las SSTs de 14 de septiembre de 2020 (rec. 5442/2019) y de 7 de octubre de 2020 (rec. 5429/2019) han rechazado que a una sociedad mercantil estatal («TRAGSATEC») pueda encomendarse la tramitación de procedimientos sancionadores por la razón fundamental de que la potestad sancionadora no puede ejercitarse «por personal ajeno al personal estatutario de un determinado órgano de una Administración Pública», ya que, entre otros, el art. 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público reserva a los funcionarios el ejercicio de las potestades públicas. Por el contrario, las SSTs de 8 de julio de 2024 (rec. 860/2022) y de 16 de julio de 2024 (rec. 827/2022) han avalado que la misma sociedad mercantil («TRAGSATEC»), actuando como medio propio de la Administración, haya podido practicar inspecciones que contribuyeron a determinar la cantidad que correspondía fijar como retribución a las empresas energéticas, si bien se llega a admitir porque las actuaciones principales del procedimiento —seguimiento, control y la valoración de la documentación— se asumieron por la CNMC. Y, asimismo, la STS de 12 de abril de 2023 (rec. 8778/2021), ha estimado el recurso de casación y rechazado el motivo de nulidad de pleno derecho del procedimiento (que tenía por objeto el reconocimiento de una indemnización por haber limitado la prestación de los servicios de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor al ámbito interurbano) tramitado por la sociedad mercantil INECO, dado que:

[...] en determinadas circunstancias extraordinarias y cuando una Administración 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.

A lo que se añade que:

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 al procedimiento.

Ahora bien, obsérvese que ésta última sentencia parece venir a modular, cuando menos, el criterio de las precedentes SSTs de 14 de septiembre de 2020 (rec. 5442/2019) y de 7 de octubre de 2020 (rec. 5429/2019). En lo que ahora más interesa, el Tribunal afirma que:

La nulidad de lo actuado tampoco puede fundarse en la no intervención de funcionarios públicos de carrera, [pues] Esta previsión no puede llevarnos a la conclusión de que toda intervención en un procedimiento administrativo, incluso

ejerciendo tareas [de] colaboración con una Administración pública, está reservada exclusivamente a los funcionarios de carrera, impidiendo la participación de otro personal, incluidos el personal laboral o los funcionarios interinos, pues ello desborda al sentido y alcance de esta previsión y dejaría vacante de contenido las formas de gestión indirecta y de colaboración con las Administraciones públicas antes descritas, que necesariamente conllevan la intervención de personal no funcional en la tramitación de los expedientes de los que conocen.

Y se añade, asimismo, que:

[...] la Dirección General del Ministerio de Fomento se reservó el control de las labores de tramitación encomendadas a INECO y lo que es más relevante la firma de las resoluciones administrativas que resolvían las solicitudes presentadas. De modo que, si bien es cierto que la tramitación y la redacción de las propuestas de resolución se llevó a cabo por personal de la sociedad estatal, la decisión última de estos expedientes correspondió a las autoridades y funcionarios responsables de la Dirección General que ejercieron, por tanto, la potestad pública que la ley le encomendó.

La respuesta, sin embargo, no deja de suscitar algunas reservas. Bien lo prueba el voto particular que a la sentencia formulara el magistrado E. Calvo Rojas, aunque su discrepancia radique en que «no cabe afirmar que la Administración ha[ya] ejercido un control efectivo sobre la resolución que se adopta en cada procedimiento teniendo en cuenta que, como deja señalado la sentencia recurrida en casación, “el único control previsto sobre las resoluciones definitivas elaboradas por INECO para ratificar su idoneidad consistiera en un simple muestreo de un número aleatorio de resoluciones, cuya cuantía se desconoce por completo”» y no, por tanto —el hecho es que nada dice al respecto—, en que la sociedad mercantil no disponía de personal con la condición de funcionario, que es al que la ley reserva el ejercicio de las potestades públicas<sup>12</sup>. De este modo, la

---

<sup>12</sup> No otra fue la razón central en la que se apoyaron, como hemos dicho, las SSTs de 14 de septiembre de 2020 (rec. 5442/2019) y de 7 de octubre de 2020 (rec. 5429/2019) para declarar disconformes a derecho las actuaciones realizadas, sin perjuicio de que también otras sentencias han anulado actuaciones administrativas justamente por no haber sido realizadas por funcionarios (caso de la STS de 19 de diciembre de 2024, rec. 4980/2022), que desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia que declaró la nulidad de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) de un Ayuntamiento aprobada por acuerdo del Pleno del mismo, dado que la elaboración y redacción de dicha RPT se encomendó mediante un contrato de servicios a una empresa consultora.

Debe añadirse, de todas formas, que no cabe descartar que la Administración cuente con una expresa habilitación legal para «externalizar» determinadas funciones administrativas, que pasan a ser realizadas por simples empresas privadas en virtud del correspondiente contrato administrativo de servicios. Es el sorprendente caso, por ejemplo, de la *disposición adicional segunda* de la Ley General Presupuestaria que, para la ejecución del Plan anual

virtualidad de la referida regla de la reserva funcional parece quedar en cierto modo relegada. En todo caso, de nuevo estamos ante un desajuste normativo que crea notable confusión e inseguridad.

### III

En cuanto a los convenios administrativos, las cuestiones planteadas han sido algo más escuetas, quedando ceñidas básicamente a las dos siguientes.

1. De una parte, la relativa a la celebración de convenios administrativos con particulares —o, incluso, con otras Administraciones y entidades públicas— que no tienen otro objeto que el otorgamiento de subvenciones, a pesar de tratarse de subvenciones no susceptibles de ser otorgadas directamente por no estar previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado, o en los Presupuestos de las Comunidades Autónomas y en los de las Entidades Locales, tal como dispone el art. 22.2.a) LGS.

La ponencia de M. Fuertes alude a estos convenios «como medio de encubrir el otorgamiento irregular de subvenciones, lo que viene siendo denunciado —sin éxito— por el Tribunal de Cuentas y similares». Y en la misma dirección se manifiesta la ponencia de D. Córdoba, que, además, señala oportunamente como en la STS de 18 de abril de 2024 (rec. 671/2022) se ha rechazado que pueda utilizarse el convenio sin más como instrumento para el otorgamiento de una subvención a determinada comunidad autónoma cuando esa subvención, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 22.2.c) LGS, no es susceptible de ser otorgada directamente, al margen de toda convocatoria pública y con arreglo al procedimiento de concurrencia competitiva. Pero, por eso mismo, la pregunta que de inmediato surge es la siguiente: ¿no debería establecerse que los convenios, al igual que no pueden tener por objeto los propios y específicos de los contratos, tampoco podrán tener por objeto la entrega de sumas dinerarias sin contraprestación afectadas al cumplimiento de un determinado fin —en suma, subvenciones—, al margen de lo dispuesto por la LGS?

2. Y, de otro lado, también se ha planteado la cuestión de si los tribunales pueden obligar a la Administración a suscribir un convenio de colaboración con una entidad privada y, en su caso, bajo qué circunstancias.

---

de Auditorías de todos los órganos y entidades integrantes del sector público estatal y de las entidades colaboradoras y beneficiarios de subvenciones, que corresponde realizar a la Intervención General de la Administración del Estado, permite que, ante la insuficiencia de medios propios disponibles por dicha Intervención declarada en virtud de orden ministerial, se pueda recabar la colaboración de empresas privadas de auditoría para que sean éstas las que realicen dicha actividad.

La cuestión, como señala D. Córdoba, ya se ha planteado ante la Sala Tercera del TS. Y la respuesta dada ha sido afirmativa, aunque solo en el supuesto de que de la suscripción del convenio dependa la efectividad de un derecho legalmente reconocido. Mientras que la STS de 4 de junio de 2018 (rec. 550/2016) consideró que la empresa recurrente no tenía un derecho subjetivo a solicitar la suscripción del convenio de colaboración, sino que tan solo ostentaba un mero interés económico y empresarial, insuficiente para acceder a lo solicitado<sup>13</sup>, en la posterior STS de 5 de febrero de 2024 (rec. 4628/2021)<sup>14</sup> se llega a la conclusión de «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». En suma, cuando la comunidad autónoma no asume la prestación del servicio, el tribunal puede imponer a la Administración la «obligación de suscribir el correspondiente 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».

#### IV

1. A juicio de este relator, a la vista de las ponencias y del debate habido, puede afirmarse que la complejidad —e inseguridad— del régimen jurídico de las sociedades mercantiles de titularidad pública se debe al hecho fundamental de que no pocas de ellas se constituyen para lo que nunca deberían haberlo sido. Ahí radica la cuestión central: ¿para qué la Administración pública constituye —o mejor, puede o, incluso, debe constituir— sociedades mercantiles? Si se prescinde de dar respuesta a esta primera pregunta, se abre el camino a la confusión y al embrollo en el que lamentablemente estamos inmersos.

2. Muchas de las actuales sociedades mercantiles de titularidad pública poco tienen que ver con las antiguas empresas nacionales del INI, verdaderas empresas

---

<sup>13</sup> Se trataba de una empresa privada destinada al mantenimiento y conservación de células madre que 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 las pacientes que desearan su conservación en un banco privado para uso autólogo eventual.

<sup>14</sup> La sentencia trae causa de 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.

industriales y comerciales configuradas como sociedades anónimas, que fabricaban desde armas y cuchillos a coches, extraían carbón y otros minerales, producían cemento y textiles, o energía eléctrica y productos siderúrgicos, llevaban a cabo actividades agrarias, y otras, en fin, prestaban servicios diversos, desde las telecomunicaciones al servicio de transporte urbano e interurbano. Algunas excepciones quedan, ciertamente, de aquel conglomerado industrial del Estado «autárquico». Pero prácticamente son residuales, meras excepciones que evocan tiempos pasados dada la privatización de buena parte de ese entramado industrial acometida en los años ochenta y noventa del siglo pasado (por tanto, un suceso de nueva desamortización tras las del siglo XIX, si bien ahora de carácter industrial). De manera que el llamado Estado-empresario, en gran medida, ha dejado de serlo.

3. Es perfectamente lógico que el Estado-empresario o industrial constituyera y conformase esas empresas con arreglo al molde societario. Las empresas nacionales eran sociedades anónimas con algunas peculiaridades —comenzando por la singularidad de la excepción del socio único—, pero sujetas por completo, como es lógico, al derecho privado en las actividades de mercado que desarrollaban<sup>15</sup>. No podía ser de otra forma. La empresa industrial o comercial de titularidad pública, en régimen de competencia en el mercado, debe actuar con arreglo al mismo régimen jurídico aplicable a sus competidoras. No son poder público en ningún caso, aunque solo lo sea por razón de lo que hacen y cómo lo hacen.

El derecho de la Unión Europea, por lo demás, lo avala plenamente, ya que para nada prejuzga, ni condiciona, la propiedad pública en los Estados miembros. Así es desde los iniciales Tratados CECA y CEE (arts. 83 y 222) hasta hoy mismo (art. 345 TFUE: «Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la

---

<sup>15</sup> La Ley sobre Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958, precisó que: «Las Empresas nacionales son aquellas creadas por el Estado, directamente o a través de Organismos autónomos, para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transportes u otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas» (art. 4), y precisó en el art. 91 que «Las Empresas nacionales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil y laboral salvo lo establecido en este título y disposiciones especiales aplicables a las mismas». La posterior Ley General Presupuestaria de 28 de enero de 1977, cambió la denominación de empresas nacionales por la de sociedades estatales (aunque extendiendo tal consideración también a «las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado», categoría esta que, posteriormente, se individualizaría como «entidades públicas empresariales»), pero mantuvo plenamente la regla de su sujeción a las normas de Derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en las que les sea de aplicación la presente Ley (art. 6.2). A excepción, pues, del régimen presupuestario, contable y del control económico-financiero, en sus relaciones externas —por tanto, en la ejecución de las actividades comerciales o industriales propias que justificaban su creación— se ajustaban plenamente al derecho privado.

propiedad en los Estados miembros»), de manera que este principio de neutralidad dejó a salvo los amplios y consolidados sectores públicos empresariales, con empresas de primer rango en muchos ámbitos económicos esenciales, que, en los momentos iniciales de proceso de conformación de las Comunidades Europeas, existían en los Estados miembros. Y ese principio se ha mantenido sin alteración alguna, más allá de las políticas privatizadoras que, de manera generalizada, se han ido imponiendo.

4. Sin embargo, ¿por qué tras ese proceso privatizador la Administración ha seguido recurriendo a la constitución de numerosas sociedades mercantiles para encomendarles ahora la gestión de actividades no comerciales o industriales en régimen de competencia en el mercado con empresas de titularidad privada?

La respuesta a nadie se le escapa. Dado que en teoría la forma societaria no condiciona la actividad material que desarrolla el ente, si las sociedades por su naturaleza jurídica misma quedan —han de quedar, como es lógico— sujetas al derecho privado, fácilmente se comprende la tentación de constituir las con el propósito evidente de escapar a la sujeción de las reglas y procedimientos del derecho administrativo. Esta explicación puede parecer un tanto simple y hasta burda. Pero la realidad evidencia que no hay otra. Desde luego, la apelación a la manoseada eficacia en la gestión en la mayoría de los casos no ha sido, ni es, sino un mero argumento retórico para tratar de ocultar la verdadera finalidad perseguida.

5. ¿Qué ha sucedido desde que se advirtiera que con el recurso a la personificación privada se obraba el milagro de la liberación de las trabas e inconvenientes que impone el derecho administrativo?. La persistente denuncia de esta sencilla maniobra de prestidigitación, posibilitando la «huida del derecho administrativo», algún cambio ha provocado, ciertamente, aunque creo que con ello no se ha logrado resolver debidamente la cuestión.

En efecto, ante la clamorosa evidencia de que el traje societario no tenía otra razón de ser que facilitar esa fuga o huida del derecho administrativo, los retoques comenzaron y han continuado hasta hoy mismo. No otra cosa ha sucedido en materia de contratación, en relación con el régimen de responsabilidad extracontractual por daños, con la modulación del régimen laboral de sus empleados o con el propio régimen de responsabilidad de los consejeros y administradores de las sociedades mercantiles.

6. Como es sabido, los criterios funcionales y materiales del derecho de la Unión Europea se imponen y desplazan a los estrictamente formales. Es la única forma de garantizar el efectivo cumplimiento y observancia de los mandatos comunitarios por los derechos nacionales. Se explica así que, en el ámbito de la contratación, la fuga de las sociedades mercantiles se haya contenido por medio de sobreponer a la diversa tipología de entes y personificaciones el concepto transversal y material de «poder adjudicador». Un concepto que en el caso de las sociedades mercantiles de titularidad pública alcanza, tal como dispone el art. 3.3 LCSP —de acuerdo con la normativa comunitaria—, a todas las que como primer requisito, además de algunos otros más, «hayan sido creadas espe-

cíficamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil». Y de este modo, los contratos que celebran han dejado de estar al margen de las reglas de la legislación de contratos públicos, dado que, como mínimo, los actos preparatorios y actos de adjudicación de los que celebren deberán ajustarse a la misma, así como las ulteriores modificaciones que puedan pretenderse, y esos actos, tal como precisa el art. 41.2 LCSP, «tendrán la consideración de actos administrativos» y «serán susceptibles de revisión de oficio conforme a lo dispuesto en la LPAC».

Pero hay más. La vis expansiva del Derecho Administrativo de la contratación ha terminado por alcanzar también —aunque ya no por imperativo comunitario— a aquellas otras sociedades mercantiles públicas que sí desarrollan estrictamente actividades de carácter industrial o mercantil y, por tanto, no ostentan la condición de poder adjudicador. Recuérdese, a este respecto, que, el art. 321 LCSP, relativo a la «Adjudicación de contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores», en el apartado 1 dispone —sin perjuicio, no obstante, de algunas excepciones previstas en el apartado 2— que «los órganos competentes de estas entidades aprobarán unas instrucciones en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que los contratos se adjudiquen a quienes presenten la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el art. 145». Y el apdo. 5 del mismo artículo ha zanjado cualesquiera dudas acerca de la jurisdicción competente para conocer del ajuste de tales instrucciones a las disposiciones legales, por cuanto ha venido a establecer que:

Las actuaciones realizadas en la preparación y adjudicación de los contratos por las entidades a las que se refiere el presente artículo, se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela.

Ni que decir tiene, en fin, que, aun cuando esta importante novedad no haya tenido reflejo expreso en la LJCA, la jurisdicción contencioso-administrativa será la competente para conocer de tales decisiones<sup>16</sup>.

7. Por otra parte, la «publicación» de la contratación de las sociedades mercantiles públicas que desarrollen actividades comerciales e industriales en el mercado —por tenue que pueda estimarse— ha venido acompañada de otra modulación verdaderamente notable de la regla consustancial a su condición y naturaleza jurí-

<sup>16</sup> No hay ya lugar, por tanto, a las divergencias de criterio que, con arreglo a la regulación anterior, inevitablemente surgieron acerca de la jurisdicción competente para conocer de esas actuaciones. Véase, al respecto, S. Díez Sastre (2012), *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid: Marcial Pons, págs. 248 y ss.

dica privada. Y es que el régimen de la responsabilidad patrimonial por daños también se ha reconducido al de la responsabilidad de las Administraciones públicas y demás entidades de derecho público (art. 35 LRJSP)<sup>17</sup>. Se trata, ciertamente, de una novedad de bulto por cuanto no se ciñe a las entidades societarias de la Administración que desarrollan actividades de carácter prestacional o servicial al margen del mercado —o en régimen de no competencia—, sino que alcanza también a las comerciales e industriales, de carácter estrictamente mercantil. Si bien por relación a las primeras, la jurisprudencia contencioso-administrativa no dejó de forzar en algunas ocasiones la interpretación y expandió su competencia para conocer de las reclamaciones contra ellas dirigidas<sup>18</sup>, lo relevante ahora es que esa reconducción al régimen jurídico-administrativo y a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se ha extendido de manera uniforme a cualesquiera sociedades mercantiles públicas, incluidas, por tanto, las que desarrollan estrictas actividades comerciales o industriales de carácter mercantil.

Pues bien, ¿no estamos ante un exceso?. ¿Acaso con esa «publicación», con esa «vuelta o retorno al Derecho Administrativo» indiscriminada, no se rompe la igualdad y paridad de condiciones de trato entre la empresa pública y la empresa privada en las actividades de mercado que han de desarrollar? ¿No se introduce una indebida —e innecesaria— restricción a la competencia? A mi juicio, no resulta razonable que esas empresas públicas queden sujetas a cargas y limitacio-

---

<sup>17</sup> Dice así: «Cuando las Administraciones públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los arts. 32 y siguientes, incluso cuando concurren con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad».

<sup>18</sup> Así, por ejemplo, entre algunas otras decisiones, la STS de 22 de diciembre de 2014 (rec. cas. 1972/2013) declaró no haber lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Comunidad de Madrid frente a una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid que había estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo deducido frente a resoluciones de la Consejería de Transportes e Infraestructura de la Comunidad de Madrid, que, a su vez, había inadmitido a trámite una reclamación de responsabilidad patrimonial contra la sociedad «Metro de Madrid, S.A.». La sentencia de instancia anuló las resoluciones recurridas y condenó a la Administración demandada, la Comunidad de Madrid, al pago de una determinada cantidad en concepto de responsabilidad por los daños originados por el funcionamiento del servicio prestado por la entidad Metro de Madrid.

Sin embargo, no es menos cierto que la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo mantuvo, en líneas generales —aunque tampoco faltaron excepciones, como es el caso del Auto de 30 de septiembre de 2014, a propósito de Correos—, una posición más ortodoxa y consideró competente a la jurisdicción civil para conocer de tales reclamaciones, incluso en el caso de entidades públicas empresariales. Por todos, Auto de 22 de junio de 2011, con remisión a otros de la misma Sala (Autos de 19 de noviembre de 2007, de 1 de julio de 2008, de 19 de junio y 19 de noviembre de 2009).

nes para el desarrollo de su actividad económica que, sin embargo, no alcanzan a las competidoras privadas, quebrando de esa manera la igualdad competitiva<sup>19</sup>.

8. Por último, la novedad de que se haya terminado por reconocer que las sociedades mercantiles públicas pueden ejercitar potestades administrativas, más allá de que suponga acomodar la norma a la realidad fáctica, renunciando, por tanto, a que sea esta la que se tenga que ajustar a aquella, no ha estado acompañada de una corrección o matización, al menos, de la regla de la reserva del ejercicio de funciones públicas al personal de la Administración que ostenta la condición funcionarial, lo que está generando dudas y, por tanto, conflictos sobre los que no resulta fácil ni sencillo que la jurisprudencia de la Sala Tercera, por mucho que sea el esfuerzo que despliegue, llegue a consolidar una doctrina interpretativa uniforme<sup>20</sup>.

9. Al final, a juicio de este relator, la conclusión a la que se ha llegado parece de lo más razonable ante la caótica situación existente. La solución a los problemas derivados de la atribución de la gestión y decisión a entidades mercantiles de lo que son asuntos propiamente administrativos no pasa por «reconfigurar» progresivamente el régimen jurídico que les es propio, parcheándolo a base de introducir excepciones o singularidades de tal porte que terminan por hacerlas irreconocibles y que, a la vez, provocan alteraciones en otras piezas del sistema jurídico, sembrando contradicciones que lo deforman y conducen inevitablemente a una grave inseguridad jurídica. ¿No hay que cortar por lo sano?, es decir, ¿no debería establecerse la rigurosa prohibición de constituir sociedades para la

---

<sup>19</sup> Por lo que se refiere, en concreto, a la contratación, con anterioridad a la LCSP de 2017, algunos ya denunciaron la incoherencia de tratar de reconducir al derecho administrativo, sin diferenciación alguna, el régimen de contratación de cualesquiera sociedades privadas, si bien ello se debiera a la no menos incoherente —e indebida— decisión previa de «constituir esas sociedades no para dedicarse a actividades propiamente mercantiles, sino para la creación o/y, en su caso, gestión de ciertos bienes demaniales situados bajo la titularidad de la misma Entidad pública que las domina y dirige»; véase J. L. Martínez López-Muñiz (1997), «¿Sociedades públicas para construir y contratar obra pública? A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997», *RAP* 144, págs. 45 y ss.; o también B. F. Macera (2001), «La sujeción a control contencioso-administrativo del «fieri» de los contratos celebrados por ciertas sociedades mercantiles públicas: un remedio improcedente a una técnica privatizadora ilegítima», *RAP* 155, págs. 237 y ss.

<sup>20</sup> Ha de tenerse en cuenta, además, que la propia regulación se muestra contradictoria. La vinculación del ejercicio de funciones (o potestades) administrativas a la condición funcionarial no resulta inequívoca o inconcusa. Remito sin más a lo dispuesto por la disposición transitoria 2ª del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007, bajo la rúbrica «Personal Laboral fijo que desempeña funciones o puestos clasificados como propios de personal funcionario», y, posteriormente, ocho años más tarde, a lo previsto por el apdo. 5 del art. 87 LRJSP.

gestión y desarrollo de actividades que no sean estrictamente mercantiles, industriales o comerciales, y su financiación sea ajena a los presupuestos públicos?

Las sociedades mercantiles no son, con carácter general, adecuadas para llevar a cabo actividades que no se desarrollan en régimen de mercado y, por eso mismo, ninguna lógica ni coherencia tiene constituir las para seguidamente tener que corregir en profundidad su régimen jurídico. El proceso de ida al derecho privado y vuelta al derecho administrativo, de privatización seguida de una parcial república, resulta absolutamente perturbadora, cuando para evitarlo bastaría guardar coherencia desde el inicio. Los graves problemas jurídicos que planean sobre la utilización de sociedades mercantiles para la gestión y desarrollo de actividades que no son mercantiles, ni industriales, comerciales o servicios —es decir, para el desarrollo de actividades ajenas al mercado y en competencia con otras sociedades estrictamente privadas—, solo cabe desterrarlos mediante la taxativa prohibición legal de su utilización. No cabe otra solución, en coincidencia con algunas opiniones doctrinales ya conocidas<sup>21</sup>.

En definitiva, si las sociedades mercantiles públicas, atendiendo a lo que hacen, no pueden ser lo que son, mejor que no sean: *Sint ut sunt aut non sint*<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Me limitaré a recordar, entre otras, las propuestas del «Informe Sociedad de Estudios de Derecho Administrativo» (elaborado por J. M.<sup>a</sup> Baño León, J. Esteve Pardo, G. Fernández Farreres, M. Rebollo Puig y J. Tornos Mas) sobre «La urgente reforma del sector público», *El Cronista*, 31 (2012), Iustel, págs. 26 ss.: «Las sociedades mercantiles (al margen de las empresas mixtas constituidas al amparo de la Ley de Contratos del Sector Público) solo podrían ser creadas por las Administraciones públicas para el ejercicio de actividades económicas sin reserva de actividad, sean o no actividades de interés general o servicio público»; «Carece de justificación racional alguna que se utilicen formas societarias mercantiles para desarrollar actividades de carácter regulador o en la terminología de la Unión Europea, “actividades de interés general que no tienen carácter mercantil o industrial”»; «El fenómeno de la huida del Derecho Administrativo no encuentra hoy en día explicación lógica alguna, más allá del clientelismo político o de la simple huida del derecho. No tiene sentido institucional (tampoco desde la perspectiva del Derecho Mercantil) que existan sociedades mercantiles en mano pública que no tengan o desarrollen actividades económicas en sentido estricto, asumiendo, por el contrario, funciones puramente burocráticas. Más aun cuando la aplicación del Derecho de la Unión Europea en materia de contratos y de financiación de las entidades adscritas a los poderes públicos se impone con independencia de la forma jurídica pública o privada que pueda adoptar»; «Por último, si alguna regla pública introduce rigideces no justificadas lo procedente es modificarla, no crear entes instrumentales para obviar la aplicación de la norma». Y aun se añade que es preciso «El reforzamiento y plena garantía de la prohibición de utilización de formas privadas en mano pública para el ejercicio de potestades administrativas. Las potestades administrativas solo pueden ser ejercidas por entes públicos».

<sup>22</sup> Me permito utilizar la frase del papa Clemente XIII —o, según otros, el prepósito general de los jesuitas, padre Lorenzo Ricci—, a propósito de la modificación de las Constituciones ignacianas —que ha recordado J. García Torres en su magnífico trabajo «“Sint ut sunt aut non sint”»: pequeña contribución jurídico-constitucional al novísimo derecho

10. Algunas cosas más quedan en el tintero. Pero es más que suficiente lo dicho para dar cuenta de lo analizado y debatido en esta séptima edición del *Seminario Revista de Administración Pública/Sala Tercera del Tribunal Supremo*. No cabe sino reiterar que, al igual que en ocasiones anteriores, estos encuentros y lo que en ellos se estudia y debate constituyen un generoso esfuerzo de magistrados y profesores por tratar de aportar soluciones o, cuando menos, señalar la necesidad de correcciones y mejoras que, por modestas que puedan parecer a los ojos de algunos, resultan de gran importancia para la mejor organización y funcionamiento de nuestras Administraciones públicas y, por ello mismo, del Estado constitucional de derecho. Los asuntos aparentemente menores también cuentan, y mucho.

---

nobiliario de creación judicial», *REDC*, 22 (1988), págs. 223 y ss., en relación con la sucesión de los títulos nobiliarios.

