

## **Entidades de Derecho privado y jurisdicción contencioso-administrativa <sup>1</sup>**

**Por Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ**  
**Catedrático de Derecho administrativo,**  
**Universidad de Alicante**

### **1. El papel de la jurisdicción contencioso-administrativa.**

Seguidamente se estudia el papel que corresponde desarrollar a la jurisdicción contencioso-administrativa en ámbitos de actuación privada de la Administración o sus entidades dependientes.

La necesidad de un control jurisdiccional público está en abrir una vía procesal a los ciudadanos que puedan sufrir tratos injustos mediante la utilización del Derecho privado, a consecuencia de haberse omitido la aplicación de normas o principios de Derecho público.

En tanto en cuanto el Legislador no afirme la plena sujeción a Derecho administrativo de la actuación de las distintas entidades públicas que gestionen servicios públicos o realicen funciones públicas en general, la jurisdicción contencioso-administrativa tendrá que mostrarse especialmente atenta frente a la existencia de posibles fraudes de una ley administrativa que corresponda ser cumplida por una entidad que, pese al carácter público de su actividad, se hace regir por el Derecho privado.

Estas afirmaciones presuponen que el Derecho privado de los poderes públicos o sus entidades dependientes no puede ser el Derecho privado de los ciudadanos, ya que aquéllos no pueden liberarse de ciertas limitaciones y condicionantes jurídico-públicos,

---

<sup>1</sup> Este trabajo actualiza, con nuevas referencias jurisprudenciales y doctrinales de los últimos cinco años, mis libros *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Editorial Tecnos 1999 y *Los mercados de interés general*, editorial Comares, Granada 2001.

cuya observancia corresponde ser examinada a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este contexto seguidamente van a explicarse unas técnicas procesales que habrán de aplicarse por la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud del artículo 1.1 y 2 de la LJCA (por tanto, cuando se trate de entidades que cumplan funciones administrativas éstas habrán de cumplir el Derecho administrativo y sujetarse por tanto al control judicial administrativo sin que dicho artículo pueda eludirse por una simple opción en favor del Derecho privado) <sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Sobre la utilización del Derecho privado por la Administración existe una numerosa bibliografía pudiéndose seleccionar los trabajos siguientes: E. ARANA GARCÍA, *Las sociedades municipales de gestión urbanística*, Madrid/Barcelona 1998; M. BACIGALUPO SAGGESE, *AA* 34 1998; J.M. DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial en España*, Madrid 1985, pp.336 y ss.; T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Empresa pública y servicio público; el final de una época", *REDA* 89 1996, pp.37 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Ámbito de aplicación de la LC", en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (Coordinador), *Comentarios a la LC*, Madrid 1996; J.A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid 1974, Vol. II, pp.329 y ss.; F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, "Contratos administrativos y privados tras la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", *REDA* 95 1997, pp.385 y ss.; F. GARRIDO FALLA/J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, Madrid 1993, pp.50 y ss.; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho administrativo privado*, Madrid 1997; del mismo autor, *El reto de los servicios públicos*, Parlamento Europeo, Luxemburgo 1997; del mismo autor, "Nuevas perspectivas de la actuación económica de los poderes públicos", *REALA* 261 1994, pp.53 y ss.; igualmente, "¿El giro o tráfico administrativo en régimen jurídico-privado?", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1733 1995, pp.92 (526) y ss.; asimismo, "El contrato administrativo privado", en *Actas de las XVI Jornadas de Estudio de la DGSJE: La Constitución Española en el ordenamiento Comunitario Europeo (I)*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid 1995, Vol. I, pp.293 y ss.; del mismo autor, "Servicios públicos y el Derecho comunitario de la competencia", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* 1777 1996, pp.5 (2817) y ss.; del mismo autor, "Un caso ilustrativo de la huída del Derecho administrativo propiciada por el Legislador y su tratamiento jurídico comparado", *REALA* 269 1996, pp.277 y ss.; del mismo autor, "El desarrollo de una idea de colaboración en el Derecho administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros", *REDA* 94 1997, pp.203 y ss.; del mismo autor, "El Derecho comunitario ante el servicio público y la competencia", *GJ* 124 1997, pp.21 y ss.; del mismo autor: "Levantamiento del velo y Derecho administrativo privado en el ámbito de la Administración Local", *REALA* 274-275 1997, pp.361 y ss.; R. GRAU MORANCHO, *Laboralización de las Administraciones Públicas*, Madrid 1998; F.J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Los organismos autónomos en el Derecho Público español. Tipología y régimen jurídico*, Madrid 1987, p.379; E. MALARET I GARCÍA, *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona*, Madrid 1993, pp.86 y ss.; de la misma autora, "Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformaciones del contexto", *RAP* 145 1998; D.E. MALJAR, *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*, Buenos Aires 1998; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Ausencias y presencias del Estado", *REDC* 18 1998; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Reflexiones sobre las privatizaciones", *RAP* 144 1997; J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑÍZ, "¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?", *RAP* 144 1997; J.L. MEILÁN GIL, "La Administración Pública a partir de la Constitución de 1978", *REDC* 47 1996, p.76; J.J. MONTERO PASCUAL, "Titularidad privada de los servicios de interés general", *REDA* 92 1996, pp.567 y ss.; E. MONTOYA MARTÍN, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Madrid 1996; S.

## 2. Primera técnica: los actos separables <sup>3</sup>.

### A. Ejemplos de aplicación.

La teoría de los actos separables permite un control de la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de un acto (administrativo) que puede deducirse de una relación jurídico-privada. La doctrina de los actos separables tiene, por eso, un alcance esencialmente procesal.

En el Derecho español se ha incidido en la necesidad de un control de la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de fases esenciales de negocios jurídico-privados, tanto en un plano doctrinal como por parte de los Tribunales o del Consejo de Estado (Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Estado de 3 de diciembre de 1993 y el interesante Dictamen de fecha 5 de noviembre de 1992 nº1391/92, Recopilación de Doctrina Legal 1992, p.477).

Las sentencias que aplican esta teoría de los actos separables no son infrecuentes (STS de 27 de diciembre de 1994 Sala 3<sup>a</sup>, AA 23 1995; STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 1990, Sala de lo Contencioso-administrativo; STS de 25 de abril de

---

MUÑOZ MACHADO, *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Madrid 1993, pp.77 y ss.; R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid 1993, p.49.; L.R. PÉREZ SÁNCHEZ, *Servicio público. Técnica de protección al usuario*, Buenos Aires 1998; J.L. PIÑAR MAÑAS, "Fundaciones constituidas por entidades públicas", *REDA* 97 1998, pp.37 y ss.; R. RIVERO ORTEGA, *Administraciones Públicas y Derecho privado*, Madrid 1988; A. RUIZ OJEDA, "Las fundaciones privadas como colaboradoras de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundacional: un comentario con ocasión de la nueva Ley de Fundaciones", *REDA* 93 1997, pp.27 y ss.; J.M. SALA ARQUER, *La liberalización del monopolio de petróleo en España*, Madrid 1995, p.112; F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Madrid 1997; J.M. SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la administración y el servicio público*, Granada 1998.

<sup>3</sup> Sobre la teoría de los actos separables A. CARRETERO, "La teoría de los actos separables", *RAP* 61 1960, pp.83 y ss.; M.F. CLAVERO ARÉVALO, *REVL* 164 1969, p.545; G. FERNÁNDEZ FARREDES, *La subvención: Concepto y régimen jurídico*, Madrid 1983, pp.301 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid 1995, pp.51 y 383 y ss.; J.A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *RAP* 36 1961, pp.147 y ss.; del mismo autor, *RAP* 28 1959, pp.227 y ss.; B-F. MACERA-TIRAGALLO, *La teoría francesa de los actos separables y su importación en el Derecho público español*, Barcelona 2001 pp.131 y ss.; E. RIVERO YSERN, "¿Actos separables en los contratos de los entes públicos sometidos al Derecho privado?", *Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo (I)*, Madrid 1994, p.701; del mismo autor, *RAP* 86 1978, p.52.

1994, Sala 3ª, AA 47 1994; STS de 22 de abril de 1996 Ar.3264; STS de 28 de febrero de 1994 Ar.1465; ATS de 20 de enero de 1994 Ar.51, STS de 1 de febrero de 1999 Ar.910, etc.).

Por ejemplo, la STS de 20 de marzo de 2000 (AA 31, 2000, § 543 p.2060) aplica esta teoría en el caso de la promoción, realizada por un Ayuntamiento, de viviendas de protección oficial, concretamente a los contratos privados firmados con los adjudicatarios de las mismas. En estos contratos se especificaba el precio total de cada una de las viviendas y, surgidas discrepancias sobre el precio final, uno de los adjudicatarios consigue, previa interposición de un recurso contencioso-administrativo, que el TS afirme la sujeción al Derecho administrativo de la voluntad administrativa contratante.

En este sentido, es inevitable la presencia de un elemento público en todo contrato ligado a la realización por la Administración de actuaciones de fomento (STS de 27 de junio de 2003, RJ 2003\6147).

Cuando el empleo del Derecho privado, en el contexto de la liberalización económica, es más frecuente, puede hacerse necesario un mayor empleo de esta teoría de los actos separables (como se argumenta en una STS de 20 de marzo de 1999, "la evolución del Monopolio de Petróleos, desde su creación en 1927, hasta su prevista desaparición con motivo de la integración en la CEE, ha ido acentuando el carácter privado de las relaciones con las entidades que con aquel contratan y la limitación de las relaciones de supremacía especial", aplicando seguidamente dicha teoría al caso planteando).

El ámbito audiovisual presentaría una especial problemática y sería ejemplo de aplicación de dicha teoría. Puede seleccionarse el ATS de 19 de febrero de 1996 Ar.974. Este auto, primeramente justifica o admite la utilización del Derecho privado:

"Así, en sentencia de 30 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3911) que cita sentencias de la Sección Sexta de esta Sala Tercera de 24 de septiembre de 1992 (RJ 1992 6856) y de la Sala Especial de Revisión de 31 de enero de 1990 (RJ 1992, 7311) hemos dicho que para la plausible finalidad de dotar de agilidad funcional al ente público RTVE, con personalidad jurídica propia, dentro de la constelación de los sujetos que componen la Administración indirecta o institucional, se estableció,

que en sus relaciones jurídicas externas, en las adquisiciones patrimoniales y contratación, estará sujeto, sin excepciones, al Derecho privado (artículo 5 de la Ley 4/1980).

Pero, en segundo lugar, este ATS de 19 de febrero de 1996 sujeta esta actividad de Derecho privado al Derecho público:

*"Norma ésta que no impide, sino que más bien sirve de punto de apoyo a la doble calificación administrativa y civil, según los casos de la actividad en el ámbito de la contratación. Por ello las actuaciones preparatorias que conforman el procedimiento para la selección del contratista son separables del negocio jurídico y estos actos, que por su naturaleza intrínseca son administrativos, pueden ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa".*

Así pues, el presente auto concluye que la jurisdicción contencioso-administrativa ha de conocer de las pretensiones del recurrente frente a la convocatoria del concurso y su adjudicación, sin atender a la alegación de la parte que afirmaba el carácter civil del asunto litigioso.

Por referencia a "los actos separables" en el ámbito audiovisual la STS de 22 de febrero de 1999 Ar.2334 considera que "los acuerdos de convocatoria y adjudicación de los concursos de contratación de la Empresa Pública de Radio y Televisión de Andalucía tienen la condición de actos separables" (recuérdese que el mundo audiovisual, a diferencia del de telecomunicaciones, se configura aún como servicio público).

No obstante, la contratación podrá moverse en un ámbito puramente privado, donde no son aplicables "los actos separables". Sin salir de este rico campo audiovisual, esto ocurre cuando la contratación no se imputa al Ente Público RTVE sino una de sus sociedades estatales (concretamente TVE, S.A.; STS del TS de 21 de febrero de 2000 AA 31, 2000, § 534 p.2021; pueden verse, igualmente, las STS de 25 de mayo de 1998 RJ 1998\4262, 20 de noviembre de 1998 RJ 1998/258, 21 de enero de 1999 RJ 1999/2968, 26 de febrero de 1999 Ar.2390) .

Sobre este supuesto material se han venido dictando durante los últimos años muy numerosas sentencias, siguiendo el mismo criterio que acaba de apuntarse (STS de

20 de febrero de 2001 RJ 2001\1822; STS de 7 de mayo de 2001 RJ 2001\4468; STS de 9 de abril de 2002 RJ 2002\6997, STS de 14 de junio de 2002, RJ 2002\9462, STS de 26 de junio de 2001 RJ 2001\6398; STS de 5 de junio de 2003 RJ 2003\6323, STS de 25 de junio de 2002 RJ 2002\7169; STS de 8 de julio de 2003 RJ 2003\6161, STSJ de Madrid de 29 de abril de 2003 JUR 2003\267542 y de 13 de mayo de 2003 JUR 2003\267835).

Interesante sobre el particular, primero por su claridad, es la STS de 5 de abril de 2001 (RJ 2001\2889, recordando la STS de 13 de diciembre de 1995, RJ 1995\9962):

"a) Se recuerda la reiterada doctrina que distingue, en materia de contratación, entre el Ente Público Radiotelevisión Española -RTVE- y las sociedades que lo integran (art.17 del Estatuto de Radiodifusión y Televisión, aprobado por Ley 4/1980).

b) Se dice también que, si bien en cuanto adquisiciones patrimoniales y contratación el Ente Público estará sujeto sin excepciones al Derecho privado, según dispone el art.5.2 del Estatuto, esta prescripción no puede extenderse a los actos de preparación de tales negocios jurídicos, es decir, a los que vienen reconociéndose como actos separables que quedan sometidos al Derecho administrativo.

c) Se afirma asimismo que, tratándose en cambio de sociedades estatales, el art.33 del Estatuto establece que su régimen de contratación se sujetará en todo caso al Derecho privado, sin excepción en cuanto a los actos separables; lo que hace que aquí la sujeción al Derecho privado sea total, incluidos los actos de elaboración, preparación y adjudicación de los contratos, sin la menor posibilidad a tales actos de la normativa reguladora de los contratos del Estado".

En segundo lugar, es interesante esta sentencia porque deja clara la legitimación del recurrente para impugnar la adjudicación contractual, a pesar de no haber sido licitante. Esto es importante porque, precisamente, la opción en favor del Derecho privado puede llevar a eludir la concurrencia misma entre licitadores impidiendo inicialmente la clara identificación de la legitimación de los posibles interesados en participar en las adjudicaciones y consiguiente impugnación de la decisión adoptada. De ahí, reitero, la conveniencia de afirmar la legitimación en estos casos. El quid es, evidentemente, que la aplicación del Derecho privado es lo que impide la participación en

el concurso, por parte del recurrente. Y no que ha habido ausencia de participación, del recurrente, en la fase de adjudicación.

*B. Alcance y virtualidad.*

Como es lógico, los actos separables no pueden pretender erigirse en el sistema procesal general en materia de contratación de la Administración, ya que en España (a diferencia de otros países) contamos afortunadamente con una Ley de Contratos de la Administración que consigue afirmar un control de la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de todas las incidencias procesales que plantee la contratación administrativa. La doctrina de los actos separables encuentra aplicación en aquellos supuestos fronterizos entre lo público y lo privado, como ocurre con los contratos privados de la Administración o con la contratación de entidades públicas empresariales. Pero dentro de esta parcela "fronteriza" no se entienden bien las reticencias con las que algunos han llegado a ver esta doctrina de los actos separables, que contribuye evidentemente a paliar el problema de la sujeción a Derecho de la contratación de personas jurídicas que realizan funciones públicas. En algún caso concreto, esta teoría puede servir para resolver el problema jurídico planteado. Es conveniente aportar (y no negar) a los órganos jurisdiccionales técnicas y principios que puedan auxiliarles para resolver los supuestos que se planteen.

En este sentido, los actos separables pueden conseguir afirmar la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia y demás garantías de la contratación administrativa en los casos de selección de personal laboral, ya que dicha selección es "un acto formalmente separable de la relación contractual laboral" (STSJ de Murcia de 16 de diciembre de 1998 -JUR 1998\101301-, anulando la convocatoria para cubrir la plaza de Secretario General de la Autoridad Portuaria de Cartagena).

Igualmente la STS de 18 de octubre de 1999, RJ 2000\1398, aplica "la llamada teoría de los actos separables" reforzando la eficacia de los mandatos constitucionales (el artículo 23.2 de la CE): "Es aquí de aplicar la llamada teoría de los actos separables, para diferenciar, en función de la misma, entre el contrato de trabajo propiamente dicho que pueda perfeccionar una Administración pública, y la actividad administrativa, que lo precederá, de selección de la persona particular con la que se convendrá dicho vínculo

laboral. La observancia del mandato constitucional del art.23.2 CE se ha de desarrollar, no a través del contrato, sino mediante esa actividad anterior de selección. Y, por lo mismo, es injustificado sostener que, por el hecho de optarse por la relación laboral especial de alta dirección, la más amplia libertad que para sus estipulaciones pueda permitir esta modalidad de contratación laboral necesariamente comporta eludir la aplicación de lo establecido en el art. 23 CE sobre la igualdad de acceso a los cargos públicos. La libertad contractual se proyectará, no sobre la elección del contratista que vaya a suscribir con la Administración el vínculo laboral de alta dirección, sino sobre la definición del concreto contenido de dicho vínculo".

Los actos separables también alcanzan virtualidad a efectos de anular acuerdos de enajenación de bienes públicos sin haber seguido el régimen de los actos separables: "La sentencia, cuyo fallo y razón de decidir han quedado sumariamente expuestos, debe ser revocada en cuanto no refleja la doctrina jurisprudencial consolidada sobre los llamados actos separables (...). La calificación civil del contrato de compraventa contemplado y la consideración de la acción ejercitada como rescisoria del mismo no eran obstáculo para que el Tribunal de instancia se pronunciase, para estimar o desestimar la pretensión ejercitada, sobre si la Administración vendedora observó o no los requisitos sobre la formación de la voluntad administrativa y el procedimiento de adjudicación. Estas son materias, en cualquier caso, administrativas; y de apreciarse la vulneración que sobre ellas sostiene la parte recurrente habría de declararse la nulidad de las actuaciones administrativas que preceden al otorgamiento del contrato" (STS de 1 de febrero de 1999, RJ 1999\910; puede verse también la STS de 16 de noviembre de 1998, RJ 1999\253)

En esta línea, en la STSJ de Madrid de 19 de enero de 1999 (RJCA 1999\2968) se aplica la teoría de los actos separables para declarar nulo el contrato (de concesión de la actividad comercial de alquiler de vehículos sin conductor) en tanto en cuanto el pliego no establecía los criterios de valoración ni la puntuación que corresponde a cada uno.

Este régimen de los actos separables se aplica en la práctica de modo frecuente en el ámbito de las sociedades mercantiles. Dicho régimen consigue, por ejemplo, afirmar la revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa de la actuación de la sociedad "en lo relativo al procedimiento y adopción de acuerdos ex art.92 RS", ya que "no se olvide que aquí la Administración, Mancomunidad de Municipios, interviene en cuanto tal



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

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

En la praxis judicial son característicos los litigios en los que los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo examinan si el contrato es administrativo o civil con la consecuencia en este último caso de declarar inadmisibile el recurso *a salvo de si aquél se refiere a la fase de preparación o adjudicación del mismo, aplicando el régimen de los actos separables.*

Podrá, pues, ocurrir, primeramente, que el litigio mantenga un carácter puramente civil, por referirse a la fase de ejecución del contrato (privado) de la Administración.

Este es el caso de la STS de 20 de marzo de 2000, RJ 2000\3275: "a la luz de esta doctrina y partiendo de que sin duda el contrato celebrado para la venta de una viviendas de protección oficial de promoción privada tiene naturaleza jurídico-privada,

aunque su promotor sea un Ayuntamiento, llegamos a la conclusión de que el núcleo de lo debatido en este proceso no es ni la competencia ni la regularidad del procedimiento administrativo seguido por la Corporación para adjudicar las viviendas o determinar su precio, sino la cuantía de éste atendiendo a las eventuales consecuencias vinculantes e interpretación que merezcan los contratos privados y apéndices suscritos con cada uno de los adquirentes, es decir, que el tema que está en juego no es un acto separable, derivado de la naturaleza pública de la competencia y procedimiento para formar la voluntad administrativa, sino el contenido de esta voluntad plasmada en el pertinente contrato privado, que por eso no constituye materia reservada por la doctrina de los actos separables a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que ha de entenderse radicada en su natural sede de la jurisdicción ordinaria, con el efecto legal previsto para estos casos por el artículo quinto de la Ley de la Jurisdicción de 1956".

Similar es el supuesto, por referencia ahora a las Cámaras Oficiales de Comercio, enjuiciado por la STSJ de Navarra de 31 de marzo de 2000, RJCA 2000\794: "también escapan al control de esta jurisdicción las cuestiones referentes a la constitución y funcionamiento de los órganos de la cámara, pues en este ámbito distinto al del ejercicio de funciones de carácter público-administrativo (artículo 1) y al de materia electoral, a esta jurisdicción no le está permitido entrar (artículo 24.1 y 2 de la Ley 3/1993)". "No estamos hablando de una Administración Pública como tal, sino en cuanto ejerza funciones de esa naturaleza. Por lo tanto, no es de aplicación a estas entidades la doctrina de los actos separables como lo es a las Administraciones Públicas".

Así también, en la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 9 de mayo 2003 (JUR 2003\145913) se concluye que las reclamaciones de subidas de renta en virtud de un contrato de arrendamiento entre un Ayuntamiento y un particular deben resolverse en la jurisdicción civil.

Igualmente, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 24 de septiembre de 2003 (JUR 2003\243981) afirma que el contrato de arrendamiento que sirve a la explotación de un bien patrimonial (un monte) para una actividad privada de extracción de áridos es un contrato privado, siendo la jurisdicción civil competente para las reclamaciones de los impagos entre las partes.

Lógicamente, aunque la materia pueda ser administrativa, la existencia de dos partes societarias civiles lleva aparejada la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden civil (STS de 2 de diciembre de 2003 en la que la Sala de lo Civil entiende de una demanda presentada por una sociedad publicitaria solicitando a otra sociedad el cumplimiento de un contrato sobre cesión de solares municipales para su explotación publicitaria).

Si el contrato es privado, pero la materia se refiere propiamente a la fase de preparación o adjudicación del mismo procede plantear el recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En este sentido, la STS de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999\7923), frente al criterio de inadmisibilidad del recurso que mantuvo la sentencia recurrida, el Tribunal Supremo aplicando los actos separables entiende que la materia litigiosa es administrativa y no civil. Dice el Supremo que, "aun cuando se tratara de un contrato civil (el relativo a la compra por la Administración de unos bienes ejercitando el derecho de retracto previsto en la legislación forestal autonómica, andaluza concretamente), la intervención de un ente público, como sujeto contratante, comporta la necesidad de ciertas formas y el seguimiento de un cauce procedimental regulado por el Derecho administrativo, o, si se prefiere, una tramitación administrativa previa que también es revisable por esta jurisdicción (...)".

Lo esencialmente público (en un contrato celebrado por la Administración no es la fase de ejecución del mismo, ya que lo inevitablemente público (en todo contrato de la Administración) es más bien la fase de preparación o de adjudicación del mismo.

El litigio mantiene su esencia privatista si la materia se refiere a la ejecución o cumplimiento del contrato. Interesante, en este contexto, la STSJ del País Vasco de 17 de octubre de 2003 (JUR 2003\271478) ya que se admite que, siendo el contrato civil relativo a la venta de una parcela para la promoción de un polígono industrial aunque su promotor sea un Ayuntamiento, *debe aplicarse la teoría de los actos separables si no fuera porque el litigio se refiere en propiedad a la fase de ejecución o cumplimiento (más bien incumplimiento) de los pactos suscritos entre las partes, cuestión ésta de indudable carácter privado que debe ventilarse ante la jurisdicción civil.*

Similar es el supuesto de la STSJ del País Vasco de 11 de junio de 1999 (núm de recurso 3985/1995). La enajenación de un bien por la Administración se considera

contrato civil de compraventa sujeto al régimen de los actos separables. No obstante, en la resolución del contrato por incumplimiento de la otra parte contratante la Administración carece del privilegio de la autotutela (STS de 12 de noviembre de 1986, RJ 1986\8065), debiendo la Administración acudir a la jurisdicción civil.

En cambio, si el contrato es administrativo (así, el contrato en virtud del cual se ceden o donan condicionadamente terrenos patrimoniales por un Ayuntamiento en favor del Ministerio de Defensa) el litigio sobre la rescisión del contrato a instancia de la Corporación por incumplimiento del fin previsto en la donación será resuelto por la jurisdicción contencioso-administrativa (STS de 22 de julio de 2003, RJ 2003\7050)<sup>4</sup>.

No obstante, es preciso insistir en los límites de esta teoría cuyo sentido o alcance se limita a casos fronterizos entre lo público y lo privado. Tampoco es descartable lo que podríamos llamar posible "abuso" en la aplicación o invocación de los actos separables, tal como ejemplifica la STSJ de Andalucía, Málaga, de 30 de octubre de 2000 (JT 2001\208) donde se descarta toda aplicación del régimen de los actos separables a efectos de permitir aplicar a las sociedades municipales la exención fiscal de que disfruta el Ayuntamiento. Ni los actos separables ni tampoco el levantamiento del velo proceden por el hecho de que la sociedad local "desarrolle un actividad cuya titularidad pertenece por imperativo legal al Ayuntamiento de la ciudad", o por el hecho de que haya identidad de fines entre ambos, ni menos aún por el hecho de que la sociedad sea una especie de "órgano administrativo integrado en la Corporación local" (STSJ citada de Andalucía de 30 de octubre de 2000 e, igualmente, por referencia al levantamiento del velo, sentencia de 17 de enero de 1995 del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Ar.1652).

En todo caso, es evidente que a veces se intentará por la parte alegar, cuando le beneficie, el régimen de los actos separables, interpretaciones interesadas éstas frente a las cuales reaccionará la jurisdicción contencioso-administrativa, tal como hace también la STSJ de Extremadura de 4 de mayo de 2000, JUR 2000\198792, en virtud de la cual

---

<sup>4</sup> Lo mismo ocurre con la STS de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002\3476) donde se considera administrativo el contrato celebrado entre un Ayuntamiento y un particular en virtud del cual se permuta un solar entregado por el particular a cambio de una parcela resultante después de un proceso de adjudicación de terrenos por una Junta de compensación. La pretensión del recurrente de beneficiarse, con ocasión de la permuta, de los beneficios obtenidos por la Junta de compensación se resuelve (desestimándola) por la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que es una pretensión que nace en la fase de ejecución de un contrato administrativo.

se deja claro que todo litigio relativo a prestaciones sociales entre una empresa y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (incrementos o recargos de prestaciones de Seguridad Social exigible a una empresa) es materia laboral, sin poderse separar acto alguno a fin de que pueda conocer del caso la jurisdicción contencioso-administrativa.

En conclusión, por una parte, es aventurable que un mayor desarrollo del Derecho administrativo lleve a una menor aplicación de los actos separables, cuando aquél consiga precisar nítidamente su ámbito de aplicación por referencia a toda entidad de la Administración (pública o privada) que cumpla funciones administrativas. En este sentido, el futuro de los actos separables, más que en influir en la determinación de cuestiones de régimen jurídico aplicable, estará en convertirse en una teoría de refuerzo para invalidar actuaciones de la Administración que obvien el régimen jurídico-administrativo aplicable en el caso concreto.

Por otra parte, aboga en favor de los actos separables la cada vez mayor interconexión entre Derecho público y privado. En todo caso, actualmente, la teoría de los actos separables sigue teniendo una virtualidad práctica importante en esas franjas fronterizas entre lo público y lo privado, tal como hemos podido comprobar.

### **3. Segunda técnica: levantamiento del velo y jurisdicción contencioso-administrativa <sup>5</sup>.**

#### *A. Una primera referencia a la doctrina del levantamiento del velo en el Derecho común.*

---

<sup>5</sup> Sobre el levantamiento del velo algunos trabajos son: L. ALVAREZ DE TOLEDO, *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento*, Pamplona 1997; C. BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, Pamplona 1996; J.M. EMBID IRUJO, "Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y en el español", *RCDI* 599 y del mismo autor "En torno al levantamiento del velo de la personalidad jurídica de una sociedad anónima", *La Ley*, 1990-4 pp.612 y ss.; S. GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, "Levantamiento del velo y Derecho administrativo privado en el ámbito de la Administración Local", *REALA* 274-275 1997, pp.361 y ss.; F. LEFEBVRE, *Responsabilidad de administradores. Levantamiento del velo*, Madrid 1998; C. MOLINA NAVARRETE, *Persona jurídica y disciplina de grupos de sociedades*, Zaragoza 1995 pp.45 y ss.; G. MOLINER TAMBOLERO, "El levantamiento del velo de las personas jurídicas en la jurisprudencia laboral", en el *Libro Homenaje a Antonio Hernández Gil*, Madrid 2001, Volumen III pp.3251 y ss.; P. PANTALEÓN PRIETO, "Comentario a la sentencia de 28 de mayo de 1984", *CCJC* 1984, pp.1711 y ss.

La aplicación de esta doctrina es, por esencia, excepcional, o, como dice la jurisprudencia, "prudencial" ya que ha de reservarse a la corrección de los "abusos de la personificación jurídica" (STS de 6 de junio de 1992, Sala 1ª, Ar.5165; STS de 24 de septiembre de 1987, Sala 1ª, Ar.6194; STS de 5 de noviembre de 1998, Sala 1ª, AC 9, 1999 § 197).

El principio general no es sino la validez o respeto hacia las personificaciones y la excepción es el "fraude de ley" o "abuso de Derecho" mediante *la creación de personas jurídicas* independientes (sentencia de la Audiencia Territorial de la Coruña de 21 de abril de 1988, Sala 2ª, RGD 535 1989, p.2536).

Pero cuando esto último ocurre, el levantamiento del velo presenta la virtualidad de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (artículo 6.4 del CC), admitiéndose que los Jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de estas personas. Esto último ocurre cuando sea necesario *para* evitar el abuso de la personificación (artículo 7.2 del CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás (artículo 10 de la CE), o para corregir "un eventual enriquecimiento injusto" (STS de 2 de diciembre de 1988, Sala 1ª, Ar.9287) o, en general, cuando la personificación pueda ser utilizada como camino del fraude (artículo 6.4 del Código Civil; STS de 24 de septiembre de 1987, Sala 1ª Ar.6194; STS de 8 de febrero de 1996, Sala 1ª, Ar.862; en esta línea, también la STS de 12 de febrero de 1993, Sala 1ª, Ar.763).

De lo que se trata es de coartar las ventajas injustificadas que permite la creación de una persona interpuesta (relativas al régimen de responsabilidad o fiscal), porque "no puede crearse una situación fraudulenta de insolvencia" (STS de 13 de mayo de 1988, Sala 1ª, Ar.4306).

La doctrina del levantamiento del velo se enfrenta, pues, con el supuesto de las sociedades que "sirven de pantalla"; siguiendo la jurisprudencia civil, el fraude se constata cuando al "levantar el velo de su apariencia real se descubre su inconsistencia como personas jurídicas, meros instrumentos o testaferros de otra personalidad, que es la que se debe tener por existente" (STS de 24 de diciembre de 1988, Sala 1ª, Ar.9816).

El mérito de esta doctrina está en su espíritu garantista en favor de los terceros perjudicados, permitiendo responsabilizar a los sujetos que se amparan fraudulentamente bajo la cobertura de la sociedad con el fin de que aquéllas asuman las consecuencias jurídicas derivadas de su actuación. Entonces, estos fines prevalecen frente al dogma de fe de la personificación y en este sentido, la jurisprudencia viene a reconocer la primacía del valor de la "justicia material" sobre el valor "formalista de la personificación jurídica". O, quizá, a efectos de conciliar ambos pueda decirse que "no es de reconocer la independencia de dos distintas personalidades cuando al levantar el velo de una apariencia legal se descubre la *inconsistencia de la personalidad* jurídica de una determinada sociedad" (STS de 16 de marzo de 1992, Sala 1ª, Ar.2189).

Por todo ello, esta teoría del levantamiento del velo pretende revelar la "verdad material subyacente" (STS de 8 de febrero de 1996, Sala 1ª, Ar.862) frente a la "apariencia", pues puede en efecto que "sólo en apariencia la entidad mercantil funcione con independencia de su persona" (STS de 9 de julio de 1987, Sala 1ª Ar.5209; STC 14/1986 FJ 8º).

En este sentido, los Tribunales reconocen no haber "vacilado en apartar el *artificio* de la Sociedad anónima para decidir los casos según la realidad" pues "prevalece un principio ético" con apoyo en el principio de buena fe (artículo 7.1 del CC) -STS de 24 de septiembre de 1987, Sala 1ª Ar.6194-. En suma, como dice otra sentencia, ha de penetrarse en el "sustratum" personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia (STS de 6 de junio de 1992, Sala 1ª, Ar.5165).

El levantamiento del velo es una doctrina de vocación esencialmente jurisprudencial, pues, ante todo, aporta un criterio de equidad (STS de 2 de diciembre de 1988, Sala 1ª, Ar.9287).

En cuanto al **levantamiento del velo en el Derecho administrativo español** la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984 (Sala 1ª Ar.2800) puede considerarse un hito jurisprudencial en el Derecho español, porque es la que introduce de forma decidida la teoría del levantamiento del velo (según C. BOLDÓ), precisamente con ocasión de un pleito administrativo. En este caso, un Ayuntamiento se amparaba en la existencia de una sociedad mercantil a fin de esquivar una acción de responsabilidad civil considerando prescrita la acción, ya que la reclamación administrativa (previa al ejercicio

de las acciones judiciales) no podía interrumpir el plazo de prescripción en tanto que la sociedad gestora del servicio (causante de los daños) era independiente del Ayuntamiento, con personalidad jurídica propia distinta de aquél y no existía responsabilidad solidaria de ambos.

El Tribunal aplicó las nociones de buena fe, de abuso del Derecho y de fraude de Ley para mantener que el Ayuntamiento no podía escudarse en la sociedad intermediaria de Derecho civil con el fin de eludir el artículo 1973 del CC, de obligado cumplimiento para la Administración.

En suma, este pronunciamiento partía del respeto hacia la "personificación", corrigiendo no obstante los abusos que se generaban.

#### *B. Levantamiento del velo y jurisdicción contencioso-administrativa.*

Interesa aquí resaltar especialmente la aplicación del levantamiento del velo (y, por tanto, del Derecho administrativo privado), en la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Puede empezarse por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1992 (Sala 3ª Ar.6596), fallo que primeramente negó que la persona jurídica en cuestión "fuera ajena al municipio" (situación aparente), ya que *en realidad* "la sociedad privada actuaba dentro de la Administración del Ayuntamiento como órgano diferenciado del mismo pero en cumplimiento de sus fines, órgano de gestión de un servicio municipal con personalidad jurídica diferenciada, pero no ajeno a la Corporación Municipal en la que se integra". Consecuentemente, esta resolución judicial distinguió entre la existencia de un plano ficticio y otro real, con el fin de descubrir un fraude de ley, exigiendo entonces el cumplimiento de la norma administrativa que pretendía ser inaplicada; en este sentido puede citarse también la STS 7 de febrero de 1994 Ar.1008.

Levantado el velo se descubre, pues, que la personalidad diferenciada en este caso era una simple "circunstancia formal"; el Tribunal pretende con todo ello **"que se cumplan las obligaciones referidas al servicio público municipal"**. Interesante es el Fundamento de la sentencia, según el cual la "sociedad privada actúa en cumplimiento



de los fines de la Corporación; actividad de la Corporación que no se halla exenta de las obligaciones asumidas por dicha sociedad privada". En principio, primaria, así pues, el dato de la personificación del sujeto; pero no como dogma sino a sabiendas de que es un criterio que puede contradecirse en cada supuesto.

La relativización de la personificación se ha hecho también con el fin de evitar que a su socaire la Administración eluda su comparecencia en el proceso. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1995 (Sala 3ª Ar.6188) afirma que "el Ayuntamiento puede ser también demandado pues la personalidad del Patronato es meramente operativa e instrumental". Se basó para ello en que los miembros de su Junta Rectora eran miembros de la Corporación y también en que sus fondos provenían de la Corporación local. Lo contrario no se correspondería con "la realidad subyacente en el proceso" en clara alusión a la jurisprudencia del levantamiento del velo.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1995 (Sala 3ª Ar.7495) negó que la personificación jurídica independiente de un organismo autónomo pudiera ser alegada por un Ayuntamiento como **pretexto para no ser demandado procesalmente**. El Tribunal partía de la validez de la personificación jurídica independiente, sin que este hecho pueda llevar a eludir las obligaciones que impone el ordenamiento jurídico. La personificación (y con ello la opción a favor del Derecho privado) es una simple opción de los poderes públicos que les facilita la gestión de los servicios públicos. Por eso la sentencia, citada, de 22 de septiembre de 1995 dice que:

"Estos datos comportan que la personalidad y capacidad de Fundación Pública Teatro Municipal Miguel de Cervantes son sólo operativas o instrumentales, suponiendo nada más que la autonomía funcional a que se refiere el artículo 1 de los estatutos, realizada a través de una Gerencia de libre designación. Y ello no es suficiente para relevar al Ayuntamiento de responsabilidad, aunque sólo sea subsidiaria, en las obligaciones contraídas por el teatro para cumplimiento de fines municipales".

Porque, tal como prevé la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1992 (Sala 3ª Ar.4928):

"(...) La personificación como instrumento de la potestad organizatoria de la Administración no puede utilizarse por los entes públicos para eludir el cumplimiento de sus obligaciones y derechos que consagra el ordenamiento jurídico..." (en el presente caso el sistema de responsabilidad administrativa).

En definitiva, "la personificación es *sólo una alternativa organizadora*". Lo determinante para deducir el régimen jurídico que ha de corresponder a una entidad es la función que ésta esté realizando, por encima de su forma jurídica. Porque "no hay en efecto en el ordenamiento español una regulación de la persona jurídica en virtud de la cual baste con invocar este sintagma para que sepamos qué régimen jurídico hay que aplicar. Éste se articula en cada caso" (STS de 22 de julio de 1986, Sala 4ª Ar.5549).

Estos criterios, como puede verse, están en la base de la teoría del levantamiento del velo, cuyo fin no es sino evitar que la Administración Pública eluda las normas del Derecho administrativo mediante la utilización instrumental del Derecho privado: aunque se escoja una forma de Derecho privado, la identificación de la función pública de la entidad conlleva la imposibilidad de burlar o inaplicar el Derecho administrativo. Es justamente ejemplar de esto la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1994 (Sala 3ª Ar.7137). Se trataba de dilucidar si era aplicable una regulación de Derecho administrativo (artículo 107.1 *in fine* del Texto Refundido de 18 de abril de 1986) a una entidad de Derecho privado; de forma interesante, la sentencia apoyó la aplicación del Derecho administrativo considerando el fin o naturaleza de la actividad realizada (en este caso, el Ayuntamiento era quien afirmaba el carácter privado de la entidad para no reconocer la prestación que le concedía el artículo 107 del Texto Refundido -de revisión de tarifas-):

**"Atendiendo a la naturaleza de la actividad desarrollada**, suele distinguirse entre servicio público y actividad privada. La actividad de servicio público, subjetivamente, es competencia de ente público y está sometida a un régimen jurídico determinado, exigido porque todo servicio público comporta la satisfacción de un interés de la colectividad, interés que, la mayoría de las veces, da lugar a un servicio público esencial, como es el caso del suministro de agua a los ciudadanos (...). El elemento subjetivo que presta el servicio cede como elemento relevante ante el elemento de la actividad desarrollada para satisfacer un interés público, bajo un régimen jurídico propio del Derecho administrativo (...).

Dado el interés público al que servía la actividad (suministro de agua a una urbanización) es aplicable el artículo 107.1 del Texto Refundido".

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1995 (Sala 1ª, Ar.3861) afirma que, a pesar de que la empresa sea una entidad privada, como su **actividad realizada es pública** ("un suministro de agua a poblaciones"), debe aplicarse la norma administrativa (concretamente la Orden Ministerial de 30 de septiembre de 1977) que regula la elevación de tarifas por el suministro, de acuerdo con el procedimiento en ella establecido.

Prima, como puede verse la constatación del tipo de función realizada y de la consideración de ésta como una "prolongación de la actividad del propio Ayuntamiento - en el ente instrumental-". Siendo pública la actividad, no podrán eludirse las obligaciones de Derecho administrativo. Por eso, ha de subrayarse el párrafo de la sentencia de 22 de septiembre de 1994 en virtud del cual "el elemento subjetivo que presta el servicio cede como elemento relevante ante el elemento de la actividad desarrollada para satisfacer un interés público, bajo un régimen jurídico propio del Derecho administrativo". Véase también la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1992, Sala 3ª Ar.6596.

Todo ello no significa que el levantamiento del velo no deba interpretarse o aplicarse de una forma prudencial; no podría llegarse a un "abuso en la invocación del abuso del Derecho". Los fraudes o *huidas* del Derecho se definen, en principio, por su carácter de excepción. En este sentido, la jurisprudencia civil exige la "existencia de un propósito defraudatorio", hecho que no ocurre si "la actuación de los administradores se presenta diligente" (STS de 5 de febrero de 1996, Sala 1ª, Ar.1341).

En el campo del Derecho administrativo, y por referencia a la Administración Local, interesante es en este contexto la sentencia de 17 de enero de 1995 del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Ar.1652): una empresa pública local (de abastecimiento y saneamiento de aguas) se apoyaba en la doctrina del levantamiento del velo para considerar que el **patrimonio afectado por una liquidación tributaria era del propio Ayuntamiento**, con lo cual sería inexigible la fianza establecida en el artículo 154.2 de la Ley 39/1988 de 28 de diciembre. El Tribunal tuvo que pronunciarse acerca de si podía entenderse aplicable dicha teoría del levantamiento del velo, a favor de las propias instancias administrativas, que pretendían no tanto eludir como más bien beneficiarse de

una regulación jurídico-administrativa. El Tribunal negó en este caso que, de la identidad sustancial de ambas, pudiera derivarse la "extensión al sujeto instrumental de una exención que en principio sólo se predicaba legalmente al ente público territorial" (igualmente véase la STS de 24 de octubre de 1995, Sala 3ª, Ar.9945).

Esta doctrina puede relacionarse con aquella que la misma jurisdicción contencioso-administrativa ha desarrollado, con el fin de negar, igualmente, que una empresa local pueda beneficiarse de la exención fiscal que corresponde al Ayuntamiento (del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados), reaccionando no contra una aplicación del levantamiento del velo sino contra la invocación de la teoría de los actos separables (STSJ de Andalucía, Málaga, de 30 de octubre de 2000, JT 2001\208).

Recapitulando sobre los presupuestos y los fines de la teoría del levantamiento del velo, aquéllos podrían ser, primero, la existencia de un fraude de ley y, segundo, la creación de una persona jurídica. A efectos de profundizar en la identificación de una situación de fraude de ley ilustra la STS (Sala 3ª) de 20 de octubre de 1995 Ar.7416, por la que un Ayuntamiento pretendía eludir una norma de Derecho público, que era el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de 30 de diciembre de 1980 (artículo 7.1.b), mediante la consideración de un contrato como arrendamiento en vez de concesión; o la STS de 23 de diciembre de 1988 (AA 26 1989 § 423) que se enfrenta con una calificación fraudulenta de un contrato como privado con el fin de eludir las normas de contratación administrativa, frente a lo que reacciona el Tribunal dejando clara "la improcedencia de aplicar el Derecho privado cuando existen normas sobre la materia en el Derecho administrativo".

*En relación con los fines de la doctrina del levantamiento del velo en el Derecho administrativo, puede destacarse el planteamiento garantista a favor de terceros que puedan resultar perjudicados por el juego de las personificaciones realizado por los poderes públicos, así como el reforzamiento del principio de legalidad administrativa, al prevenir frente a los posibles fraudes de ley administrativa.*

Por último, es obligado hacer una precisión sobre la jurisdicción procedente para aplicar la doctrina del levantamiento del velo, tratándose de entidades vinculadas o dependientes de las Administraciones, ya que, como ha podido comprobarse, la doctrina

del levantamiento del velo se *manifiesta* tanto en el orden jurisdiccional civil como en el contencioso-administrativo.

Tratándose de una materia de organización de los servicios públicos parece lógico que sea la jurisdicción contencioso-administrativa la que conozca de estos asuntos, tal como por cierto establece el artículo 36 del RSCL, que atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de todas las cuestiones que se susciten respecto a las resoluciones de las Corporaciones locales sobre constitución, organización, modificación y supresión de los servicios públicos (por otra parte, considérese el propio tenor literal del artículo 1.1 y 1.2.d de la LJCA: el control de la actividad sujeta a Derecho administrativo, o que debe sujetarse a Derecho administrativo, corresponde a dicha jurisdicción; en favor del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, en vez de la jurisdicción civil, véase igualmente A. TRONCOSO REIGADA, *Privatización, empresa pública y Constitución*, Madrid 1997 p.433).

Consecuentemente, la jurisdicción contencioso-administrativa seguramente no habría afirmado la siguiente doctrina (contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1993, Sala 1ª Ar.9925): la "doctrina del levantamiento del velo parte de la existencia de mala fe, actuar fraudulento o abusivo en la personalidad jurídica para evitar responsabilidades" (...); por eso aquella "no puede trasladarse al Estado y sus organismos autónomos *pues en modo alguno pueden achacárseles tales conductas en la organización de sus instituciones*". Estas afirmaciones son un tanto ingenuas; en la base del Derecho administrativo se sitúa, más bien, una idea de desconfianza hacia el poder público, y el proceso de huida generalizada del Derecho administrativo, de los últimos años, puede servir para corroborar fácilmente la necesidad de desarrollar nuevos mecanismos de control frente "al Estado y sus organismos autónomos".

*C. Un ejemplo ilustrativo de la virtualidad garantista del levantamiento del velo: los contenciosos-administrativos en las relaciones laborales.*

El recurso contencioso-administrativo puede dirigirse frente a una resolución de autorización de extinción de las relaciones laborales de un grupo de trabajadores en virtud de expedientes de regulación de empleo. Según la STS de 4 de diciembre de 2003 (RJ 2003\4144) "se trata de expedientes que concluyen autorizando la extinción de las

relaciones laborales de determinados grupos de trabajadores pertenecientes a distintas sociedades (...) integradas en un mismo grupo de influencia económica (...)"

Pues bien, "la doctrina de la consideración unitaria del grupo de empresas, a los efectos de responder solidariamente ante sus trabajadores como consecuencia de su relación laboral, ha sido construida a través de las resoluciones de la Sala IV *mediante la aplicación al campo jurisdiccional que le es propio de la doctrina del levantamiento del velo, entendiendo por tal cualquier óbice o artificio jurídico que pudiese llegar a obstaculizar el llegar a conocer la real identidad del empresario, persona física o jurídica, a quien cupiese imputar esa responsabilidad.* En lo que a las agrupaciones de empresas se refiere, las sentencias de dicha Sala (30 de junio de 1993 -RJ 1993\4939-, 9 de junio de 1995, 10 de mayo de 1998 y 30 de abril de 1999, y varias otras) han venido considerando que la existencia de un fin empresarial común, la dirección centralizada del grupo, la confusión patrimonial y la práctica del trasvase de trabajadores entre las distintas sociedades que lo componen, son claros exponentes de que las mismas constituyen una unidad económica a los efectos de responder solidariamente del devengo de salarios, sobreveniencia de accidentes laborales u otras consecuencias derivadas del contrato de trabajo, de las que ha de conocer precisamente la Jurisdicción Social según los apartados a) y b) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1995".

*D. El levantamiento del velo contra el particular recurrente: los contenciosos relativos a impugnaciones contra reclamaciones tributarias.*

Aunque la perspectiva de mayor interés, del levantamiento del velo, es la perspectiva garantista que permite tutelar judicialmente los derechos de los particulares perjudicados por actuaciones administrativas de Derecho privado (evitando fraudes de ley que llevan a eludir el régimen de garantías de la legislación administrativa), podemos dejar constancia de otra perspectiva, es decir la invocación del levantamiento del velo por la Administración a efectos de evitar (en estos casos) que sea el particular quien, creando sociedades interpuestas, pretenda eludir el cumplimiento de sus obligaciones, por ejemplo de sus cargas fiscales. Es decir, el apoyo en las personificaciones no puede llevar a eludir el pago de las deudas tributarias que se contraen con el fisco.

En estos supuestos, lógicamente, el litigio (es decir, el contencioso-administrativo) se plantea (como siempre) por el particular destinatario de una orden de pago de la Administración tributaria. Frente a la negativa del particular, a satisfacer el abono reclamado por la Administración, ésta será quien invoque (cuando sea el caso), el levantamiento del velo para "velar" por los intereses públicos que representa.

Empieza a ser copiosa la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en este sentido (STS de 3 de marzo de 1999, JT 1999\701; STS de 30 de mayo de 2003, RJ 2003\5584, STS de 20 de junio de 2003, RJ 2003\6805; STS de 13 de junio de 2003, RJ 2003\6093; STS de 28 de junio de 2003, RJ 2003\7096; STS de 17 de julio de 2003, RJ 2003\7106; STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 18 de febrero de 1998, JT 1998\398).

Puede seleccionarse la STS de 19 de abril de 2003 (RJ 2003\7083). Después de citar el Fundamento de Derecho Tercero distintas referencias jurisprudenciales sobre el levantamiento del velo, la Sala asocia dicho levantamiento del velo al hecho de eludir la relación personal con el hecho imponible. Cita la sentencia distintas prácticas fraudulentas características del Derecho tributario, así como distintos preceptos de la Ley General Tributaria tendentes a evitar los fraudes de ley. En especial reproduce la STS de 28 de mayo de 1984 que adoctrina sobre el particular.

En el presente supuesto el TS aplica el levantamiento del velo para conseguir imponer el tributo a un particular: "esta doctrina jurisprudencial así aplicada implicaría declarar que el único y verdadero sujeto pasivo ha sido D. Mauricio, que ha utilizado los medios jurídicos societarios que han sido TRANSPORTES Y EXCAVACIONES SINDO S.A. y SINDO TRANSPORTES Y EXCAVACIONES S.A., hecho que excusaría, obviamente de la obligación de notificar a D. Mauricio y a la segunda sociedad, las deudas tributarias que formalmente se liquidaron a la primera, y que, a su vez, implicaría que D. Mauricio, por si mismo, o en su ropaje jurídico formal de SINDO TRANSPORTES Y EXCAVACIONES S.A. estaría obligado a pagar las cuotas, las sanciones, los intereses de demora y los recargos de apremio (...)".

En este contexto podrían considerarse casos que podrían denominarse de "aplicación interesada" (y por tanto improcedente) del levantamiento del velo por el particular recurrente, tal como ilustra la STS de de octubre de 2003 (RJ 2003\7398). En el

supuesto enjuiciado, el PNV alegaba el levantamiento del velo a efectos de demostrar que la persona jurídica titular de unos bienes (objeto de litigio) era una simple sociedad interpuesta del PNV (creada durante la Guerra Civil a efectos de salvar el riesgo de confiscación de los bienes). De este modo, los bienes le pertenecerían con la consecuencia de obtener una compensación en concepto de incautación de inmuebles (conforme a la Ley 43/1998, de 15 de diciembre, de Restitución o Compensación a los partidos políticos). La posible aplicación del levantamiento del velo no fue óbice para que Tribunal Supremo desestimara la acción, ya que no concurrían los presupuestos legales de compensación por incautación en virtud de la Ley citada.

En esta línea, en la Sentencia del TSJ de Cataluña de 13 de mayo de 1999 (RJCA 1999\2280), después de desarrollar ejemplarmente una extensa doctrina sobre la teoría del levantamiento del velo, se sirve de la misma para rechazar la pretensión de la parte de obtener unos beneficios indebidos, ya que, dicha teoría en el presente supuesto sirvió a la Sala para corroborar la falsa condición de arrendatario del recurrente a efectos de beneficiarse de un justiprecio expropiatorio (otros casos de aplicación de la teoría del levantamiento del velo son la STS de 24 de abril de 2001, RJ 2001\2894; la STSJ de Cataluña de 29 de mayo, RJCA 1998\1541; la STSJ de Valencia de 5 de marzo de 2001, JUR 2001\257338).

#### *E. ¿Levantamiento del velo o Derecho administrativo directamente?*

Puede observarse que el presupuesto principal del levantamiento del velo es una actuación de la Administración que pretende eludir el cumplimiento de una regla de Derecho administrativo, generalmente con ocasión de la aplicación del Derecho privado. Entonces, dicho "levantamiento del velo" consigue superar un problema de fraude de ley administrativa obligando al cumplimiento de ésta. Obviamente, mejor que admitir el Derecho privado (con el correctivo del levantamiento del velo) es partir del Derecho administrativo. Pero si el legislador o la Administración optan por el Derecho privado dicho levantamiento puede representar un remedio práctico para superar los problemas jurídicos existentes.

Cosa distinta es que llegue a confirmarse la legalidad de una disposición reglamentaria invocando que los posibles fraudes de ley que puedan producirse pueden



ser atajados aplicando el levantamiento del velo. Así ocurrió en la STS de 20 de junio de 2003 (RJ 2003\6805). Los recurrentes, con un loable prurito de legalidad, impugnan un precepto del Estatuto general de la Abogacía Española (aprobado por RD de 22 de junio de 2001) en cuya virtud se permite, en esencia, la actuación de auditorías por parte de abogados siempre que "esta prestación se realiza por personas jurídicas distintas y con Consejos de Administración diferentes".

En este supuesto, frente a la alegación de los recurrentes en cuya virtud esta regulación propicia la creación ficticia de sociedades con el fin de eludir los presupuestos legales, el TS afirma que los posibles fraudes de ley "serían a posteriori denunciables a través de la técnica del levantamiento del velo de la persona jurídica a fin de penetrar en su interioridad (...) en el supuesto de que hipotéticamente se hubiera podido producir, a pesar del ropaje o vestimenta jurídica de la sociedad, constituida formalmente por personas jurídicas distintas y con Consejos de Administración diferentes".

Sin embargo, en un plano político-legislativo es a mi juicio discutible toda norma que propicia o propicie ab initio casos factibles de fraude ley.

#### **4. Tercera técnica: la sujeción a Derecho administrativo de la actividad *ad extra* de Derecho privado, en especial los derechos fundamentales.**

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara cuando afirma que el Derecho privado se admite como "alternativa organizadora", sin que "ello pueda servir para eludir el cumplimiento de sus obligaciones y derechos que consagra el ordenamiento jurídico". Se reconoce la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica, si bien esto no comporta sin más la exoneración de los principios institucionales de la contratación administrativa, como pueden ser los de publicidad y concurrencia (STS de 4 de junio de 1992, Sala 3ª Ar.4928; STS de 25 de julio de 1994 Ar.6049; STS de 22 de septiembre de 1995, Sala 3ª Ar.7495; STS de 22 de julio de 1986, Sala 3ª Ar.5549; STS de 26 de enero de 1995, Sala 3ª Ar.1502; STC 14/1986 y otras citadas *supra*).

En este sentido, en el Derecho comparado es también criterio jurisprudencial sólido el de que "la empresa pública puede hacerse regir por el Derecho privado, pero en

sus relaciones jurídicas está vinculada por el principio de igualdad, ya que su función es pública, esto es, la gestión de un servicio público" (sentencia de 23 de septiembre de 1969, del Tribunal Supremo alemán, "Sala de lo civil"; sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Lüneburg, esta vez de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 11 de julio de 1989, *NVwZ* 1990, pp.91 y ss.). Por otra parte, la teoría de los actos separables se aplica no sólo en materia de contratación.

En el Derecho comunitario es interesante sobre el particular una STCE de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-175/99). Se planteaba en este asunto si, como consecuencia de una transmisión de los derechos a un municipio de una entidad previamente ejercida por una persona jurídica de Derecho privado, podía aquél exonerarse del cumplimiento de la legislación a la que estaba sujeta esta última; el problema se originaba a raíz de la consolidada jurisprudencia de la Cour de Cassation de Francia según la cual no se aplican las disposiciones del Código de trabajo (artículo L.122-12) cuando la actividad ejercida por una persona jurídica de Derecho privado se transmite a un organismo público administrativo. De este modo, surgía la cuestión (elevada prejudicialmente al TJCE) acerca de si tenía que cumplirse la directiva comunitaria 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas. El TJCE concluyó que el municipio quedaba sujeto a la legislación aplicable sin por ello poderse exonerar por el hecho de constituir una persona jurídica de Derecho público que actúa conforme a las reglas de Derecho administrativo. De este modo, la pretendida exoneración del cumplimiento de la legislación aplicable habría venido a constituir un fraude de ley.

En este contexto parece también situarse la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre Procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones (por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las directivas 93/38/CE y 92/13/CEE), proclamando la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia de determinadas entidades públicas o privadas cuya actividad es prestacional o relacionada tradicionalmente con la gestión de un servicio público (artículos 3 y 10 y 23 y ss.).

En general, el Derecho comunitario y el Derecho interno contienen reglas cada vez más precisas de vinculación a Derecho público respecto de la contratación de entidades privadas.

En particular, sobre los derechos fundamentales, se ha esperado de éstos una solución o respuesta frente al problema de la aplicación del Derecho privado por parte de la Administración o sus personas interpuestas. En este sentido se insistió en un plano doctrinal durante los años ochenta y, en especial, en el Derecho alemán. Según este planteamiento, los derechos fundamentales vinculan la actuación de Derecho privado de las Administraciones públicas o sus empresas. Es conocida la teoría alemana "Drittwirkung", que aporta el dato de que los derechos fundamentales también vinculan en el ámbito de las relaciones jurídicas entre los particulares. Esta doctrina equivale a decir que, en el Derecho público-constitucional, encontramos cauce de solución frente al problema de la sujeción a Derecho de la actividad administrativa mercantil.

Nada impide la evolución de este enfoque jurídico-público. No obstante, a mi juicio, estas doctrinas no han conseguido erigirse en un cauce efectivo de solución práctica frente al problema referido. Más bien, en el ámbito de las actuaciones mercantiles de los poderes públicos el reto de conseguir un criterio de legalidad para las actuaciones mercantiles de la Administración y en especial de sus empresas se ha conseguido a través de un ordenamiento auxiliar del Derecho administrativo, es decir el Derecho de la competencia. La aplicación de reglas tales como el abuso de posición dominante (y otras) logran una pauta de legalidad en estos casos. "Logran" un resultado equivalente al que se obtendría profundizando en los derechos fundamentales, pero de forma más sencilla y acaso más apropiada, pues, de hecho, lo propio es que las actuaciones de mercado se sujeten a Derecho de la competencia. El Derecho de la competencia permite un control de legalidad de las actuaciones públicas de carácter mercantil. Se consigue, así, aquello que desea el Derecho administrativo: un control de legalidad de la Administración mercantil. En particular, el abuso de posición dominante afirma y consigue que toda empresa actuante en el mercado, que tenga posición dominante, respete los principios de proporcionalidad, igualdad, transparencia, etc. so pena de incurrir en dicho "abuso". Y el respeto de los principios mencionados no es sino el respecto de la legalidad pública.

## 5. Cuarta *técnica*: el control sobre la decisión que opta por el Derecho privado.

En este contexto merece la pena insistir también en la necesidad de desarrollar un control sobre las decisiones en favor de un ente cuya actividad se rige por el Derecho público o por el Derecho privado. Pero no siempre es fácil desarrollar este control. Es relativamente "fácil" en el ámbito local, ya que la decisión por la que la Administración local opta por un ente de Derecho público (organismo autónomo) o de Derecho privado (sociedad mercantil) puede llegar a ser susceptible de control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa (en principio, si se delegan funciones que impliquen ejercicio de autoridad o, teóricamente, si la Administración no elige una forma jurídica que, *por su naturaleza, sea acorde con el fin o actividad que aquélla se propone llevar a cabo*; artículos 85.2 de la LBRL, 95.1 del TR y 43.1 y 69.1 del RSCL y Disposición Adicional 12 de la LOFAGE; igualmente nuestro trabajo en REALA 274-275, 1997).

Pero incluso en este ámbito un control judicial choca con el amplio margen de discrecionalidad que el Legislador otorga a la Administración (puede verse el tenor literal de los artículos 85 y 86 de la LBRL; igualmente, en la jurisprudencia, por todas, la STS de 3 de noviembre de 1998 F.4, interpretación *sensu contrario*, *La Ley* 10520 correspondiente a la Revista nº4692, de 14 de diciembre de 1998).

Frecuentemente, la cuestión del control de la decisión que opta por el Derecho privado puede verse inmersa dentro de la cuestión más general del control de la decisión administrativa que opta por realizar actividades de servicio público o de mercado (STS de 4 de julio de 2003, RJ 2003\4592).

No podemos olvidar, en favor de la Administración, el principio de elección de la forma de gestión del servicio público e, igualmente y por tanto, la libertad de elección de la forma jurídica pública o privada, a pesar de que esta libertad tiene sus límites y es susceptible de control judicial. También el cambio en la forma de gestión del servicio público (por ejemplo de sociedad de capital íntegramente público en sociedades de capital mayoritariamente público) es controlable de igual manera, cuestiones, todas ellas, de las que por ejemplo da cuenta la sentencia del TSJ de Andalucía, Granada, de 25 de febrero de 2002 (RJCA 2002\525): "en este sentido, el Tribunal Supremo ha destacado la libertad de que goza la Administración para la elección del modo de prestación de los

servicios públicos (STS de 29 de junio de 1987, RJ 1987, 6592) y así se consagra en el artículo 85.2 (...); "lógicamente, la libertad de elección tiene una serie de limitaciones, que se derivan de la racionalidad y justificación de la elección, que habrán de plasmarse razonadamente en la memoria de asunción del servicio o actividad, prevista en el artículo 97.1.b) del TRRL (...); por contrapartida, "el cambio de gestión no ha de implicar necesariamente, en principio, una vulneración de los derechos adquiridos, cuyo carácter intangible, frente a las modificaciones que puedan operarse, ofrece muy serias dudas".

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

No obstante, dicha jurisdicción (por ejemplo en el caso citado de la sentencia del TSJ de Andalucía, Granada, de 25 de febrero de 2002) examina si, aunque la Administración local se ha equivocado en la elección de la forma de gestión (en el supuesto referido se opta por una forma de gestión indirecta y se aplica en consecuencia la Ley de Contratos de las AAPP para su constitución, a pesar de que, al ser sociedad de capital mayoritariamente público no procedía aplicar dicha Ley y el régimen aplicable era, a tenor de la LCAP de 1995 -artículo 155.2- el propio de una forma de gestión directa), este tipo de errores tienen o carecen de trascendencia, por ser conformes finalmente (las decisiones adoptadas por la Administración) con el régimen jurídico propio de las formas de gestión directa. En definitiva, tanto las sociedades mercantiles de capital íntegramente público como las sociedades de capital mayoritariamente público, se rigen por el Derecho privado aunque interfieran regulaciones administrativas, en particular en lo relativo "al procedimiento y régimen de adopción de acuerdos y, en consecuencia, la impugnación de estos últimos se sujetaba al Derecho administrativo y es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues no pueden olvidarse las reglas de colegialidad del órgano y las reglas de funcionamiento que le son intrínsecas, que hace que sus actos constituyan un acto separable de naturaleza administrativa".

Así todo, cuando se agudiza extremadamente el problema de controlar las decisiones en estos ámbitos es cuando es el propio Legislador quien opta por el Derecho privado para definir el régimen jurídico de una entidad pública. Y no sino estos casos son los más representativos de la huida del Derecho administrativo. De ahí precisamente

que, ante las limitaciones de esta vía de solución, se revele una vez más la necesidad de aplicar judicialmente el régimen procesal que se explica seguidamente.

## 6. Consecuencia: el Derecho administrativo privado.

El régimen jurídico aplicable en el Derecho español cuando la Administración hace uso del Derecho privado ejercitando competencias públicas (servicios públicos y actividades prestacionales) no puede ser el Derecho privado. Por contra, habrá de ser el Derecho administrativo. Pero si el Legislador o la Administración defienden que sea el Derecho regulador el Derecho privado, deberán aplicarse por la jurisdicción contencioso-administrativa las distintas técnicas o criterios que permiten una sujeción de la actividad de Derecho privado al Derecho administrativo y que acabamos de estudiar:

- Los actos separables.
- El levantamiento del velo en el ámbito jurídico administrativo.
- El control sobre la decisión que opta sobre el Derecho privado.
- La sujeción al Derecho administrativo respecto de la actividad *ad extra* de Derecho privado.

A este régimen jurídico previsto para cuando la Administración haga uso del Derecho privado para el cumplimiento de funciones públicas, serviciales o prestacionales puede llamársele, convencionalmente, "Derecho administrativo privado". El "Derecho administrativo privado" afirma un sistema de vocación judicial (aplicable por los Tribunales y Juzgados de la jurisdicción contencioso-administrativa), de alcance por tanto esencialmente procesal. *El Derecho administrativo privado, como su propio nombre indica, es el Derecho administrativo que regula la actividad de Derecho privado de la Administración o de sus empresas.*

Por eso, el Derecho administrativo privado no puede pretender erigirse en el régimen jurídico general de la Administración Pública ni por tanto reemplazar al Derecho administrativo (frente a lo que algunos han podido ver erróneamente). Su parcela es más modesta, ya que se aplica respecto de aquellos campos fronterizos entre lo público y lo privado, como ocurre en aquellos casos que representan la huida del Derecho administrativo.

Dentro de este ámbito, el régimen del Derecho administrativo privado *contribuye* a dar una solución a los problemas de fraude de ley administrativa y abuso de Derecho, otorgando a los perjudicados cauces procesales a través de los cuales puedan obtener una tutela judicial. No impide, por tanto, otras soluciones frente al mismo problema, es decir que el Legislador afirme una total sujeción de la actividad administrativa de entidades públicas al Derecho administrativo. Pero en tanto en cuanto esto no ocurra, le corresponde tener un destacado papel dentro de los medios de solución del problema del abuso en la aplicación del Derecho privado.

## **7. La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en este contexto.**

Según hemos podido comprobar, el conjunto de técnicas que componen el Derecho administrativo privado (actos separables y levantamiento del velo, sujeción *ad extra* de la actividad de Derecho privado) se apoya en el tipo de actividad que realiza dicha entidad, ya que no es evidentemente lo mismo que la Administración o sus entidades dependientes realicen funciones administrativas o prestacionales o que realicen una actividad puramente mercantil, productiva, de fabricación, industrial o análogas.

Esta doctrina se afianza en el Derecho español, al paso que un paulatino proceso de crisis del criterio de la "forma jurídica del ente actuante" como criterio orientador del régimen jurídico aplicable.

Pero antes de analizar este último fenómeno corresponde profundizar en el estudio de la LJCA. Interesa concretamente observar, en primer lugar, cómo la LJCA de 1998 refleja, asimismo, estos criterios funcionales a la hora de delimitar el ámbito y extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa, por referencia a este tipo de ámbitos de posible aplicación del Derecho privado. Pueden ponerse algunos ejemplos.

Respecto de las **Corporaciones de Derecho público**, dejan éstas de definirse necesariamente como Administraciones Públicas y, no obstante esto, el artículo 2.c dispone que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones

que se susciten en relación con los "actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados *en el ejercicio de funciones públicas*".

La función o actividad pública, de estas Corporaciones, delimita, por tanto, el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Otro ejemplo lo aporta la **contratación**. El fin al que se adscriba el contrato es, como es sabido, el elemento decisivo para considerar que el contrato es "administrativo" y poder, así, definir el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 2.b de la LJCA): "hay que atender básicamente al objeto o visión **finalista** del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha ido determinada por la *prestación de un servicio público*" (SSTS de 30 de octubre de 1990 Ar.8400, de 28 de septiembre de 1993 Ar.6986 y la STS de 7 de julio de 1998 Ar.5744; STS de 28 de junio de 1989 Ar.4919; STS de 21 de diciembre de 1993, AA 29 1994.

Con especial claridad, la LJCA parte de este mismo tipo de criterios a efectos de afirmar el conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de **entidades que aplican el Derecho privado**, cuando en su Exposición de Motivos apunta: "se trata de adecuar la vía contencioso-administrativa a la legislación de contratos, evitando que la pura y simple aplicación del *Derecho privado en actuaciones directamente conectadas a fines de utilidad pública* se realice, cualquiera que sean las razones que la determinen, en infracción de los principios generales que han de regir, por imperativo constitucional y del Derecho comunitario europeo, el comportamiento contractual de los sujetos públicos".

Puede subrayarse esta mención de la LJCA a las "actuaciones directamente conectadas a fines de utilidad pública".

Por otra parte, el artículo 2.d presupone el ejercicio por el **concesionario**, de una "potestad administrativa", a efectos de centrar el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Podría citarse también el artículo 1.3.a en tanto en cuanto distingue ciertas actuaciones administrativas (de administración, patrimoniales y de personal), con el fin de



precisar la extensión del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (incluso aquí los órganos a los que se refiere este artículo no son propiamente Administraciones).

Estos criterios de la LJCA deben irremediablemente entenderse en conexión con el resto de la legislación administrativa. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a efectos de centrar su ámbito de aplicación, considera necesario precisar que las entidades vinculadas o dependientes de la Administración que se sujetan a la Ley de Contratos son las que realicen funciones de "interés general" pero no las que realicen funciones "de carácter industrial o mercantil".

En este sentido, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común considera que la aplicación de esta Ley se refiere a las entidades dependientes o vinculadas de la Administración que "ejerzan potestades administrativas" (artículo 2.2).

Pueden también considerarse numerosas leyes sectoriales, donde se reitera el criterio "del ejercicio de potestades administrativas"; así, la Ley 30/80 de 21 de junio sobre Órganos Rectores del Banco de España (artículo 2); Ley 24/88 de Ordenación del Mercado de Valores; Ley 27/92 de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, etc.

La Ley 6/1997, de 14 de abril (LOFAGE) parte igualmente del tipo de función realizada, en relación con cada una de las entidades allí mencionadas, para establecer el régimen jurídico correspondiente; según esto, dicho régimen puede ser "privado" si la función es prestacional o servicial -son las llamadas "empresas públicas empresariales"-, salvo en el ejercicio de potestades administrativas o en la formación interna de voluntad. No está exenta, esta ley, no obstante, de un cierto grado de confusión, porque las funciones de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales son en gran medida las mismas, por lo que parece abrirse la posibilidad de crear indistintamente tanto un organismo autónomo como una entidad pública empresarial, pese a las diferencias sustanciales en cuanto al régimen jurídico (artículos 45 y 53). Además, el criterio seguido para afirmar la vinculación al Derecho administrativo (esencialmente, "el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas") deja en gran medida intacta la aplicación del Derecho privado (pese a las remisiones que puedan hacerse a normas administrativas concretas como es el caso de la legislación de

contratos), especialmente si uno considera que quedan en pie las leyes sectoriales que han configurado durante los últimos años un régimen de Derecho privado en relación con numerosas entidades independientes o de gestión de servicios públicos. Por eso no parece inoportuno insistir en la aplicación del régimen del Derecho administrativo privado en tanto en cuanto no se logre la aplicación del Derecho administrativo respecto de las entidades cuya función es la gestión de servicios públicos.

También parte de estos criterios de tipo funcional la **jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**, basándose en el tipo de actuación que se desempeña para delimitar la aplicación del Derecho comunitario de la competencia. De este modo, *si la actividad es de tipo mercantil* (independientemente de la forma jurídica de la entidad y de si ésta es o no Administración Pública) son "empresa", con la importante conclusión de su sujeción al Derecho comunitario de la competencia.

En este sentido, pueden citarse, por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de marzo de 1985, República Italiana contra Comisión, asunto 41/83, Rec. p.878; de 12 de diciembre de 1974, B.N.O. Walrave y L.J.N. Koch contra Unión Ciclista Internacional y Federación Española de Ciclismo, asunto 36/74, Rec. pp.1405 y ss. (p.1418 apartados 4 a 10); de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser contra Macroton, asunto C-41/90, Rec. p.I-1980 y ss.; igualmente, la de 2 de julio de 1992, Dansk Pelsdyravlerforening (asunto T-61/89, Rec. p.II-1931, apartados 44 y 54 pp.1952 y 1954); también la de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pristre (asuntos C-159/91 y C-160/91, Rec. p.I-637); sentencia de 15 de enero de 1998 (asunto C-44/96). Estos mismos criterios se descubren en las resoluciones del Tribunal español de Defensa de la Competencia (resolución de 11 de abril de 1978; resolución de 30 de diciembre de 1993 *Boletín Económico ICE* 2403 1994; resolución del TDC de 14 de enero de 1993, AA 45 1993, p.2506).

Sensu contrario los entes *que realicen funciones no económicas o mercantiles* quedan libres de la aplicación del Derecho de la competencia (sentencia de 20 de junio de 1996, que puede consultarse también en *Revista Noticias de la Unión Europea* 154 1997, p.111).

A nadie se oculta que puede no ser siempre fácil el deslinde de tales funciones con aquéllas de naturaleza "empresarial". En la práctica se ha empleado el criterio del

"interés público" y de la ausencia de "motivaciones empresariales" (sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pristre, asuntos C-159 y 160/91, Rec. p.I-637).

De forma interesante, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades, de 17 de octubre de 1989 considera que no estamos ante "funciones públicas" cuando los "operadores económicos actúan en las mismas condiciones jurídicas que los operadores económicos privados" (Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Fiorenzuola d'Arda y otros contra Comune di Carpaneto Piacentino y otros, asuntos 231/87 y 129/88, Rec. pp.3233 y ss.; asimismo puede verse la sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas SAT contra Eurocontrol, de 19 de enero de 1994 Asunto C-364/92, Rec. p.I-43, apartado 30).

Así pues, si la función es puramente mercantil, la entidad ha de observar el Derecho de la competencia, ordenamiento que permite una sujeción de la actividad de los entes de Derecho privado a los principios de proporcionalidad, igualdad, transparencia, lográndose así una medida de Derecho (STS de 16 de enero de 1998 Ar.825, declarando la no sujeción a Derecho administrativo).

Finalmente, *si la actividad es prestacional o servicial*, que es el supuesto fronterizo entre los dos anteriores, han de aplicarse judicialmente las distintas técnicas del Derecho administrativo privado, que hemos estudiado *supra*.

Sólo en supuestos extremos (como ocurriría por ejemplo si una ley otorgase el grueso de la función de seguridad pública a empresarios o agentes privados) ha de pensarse lógicamente en la solución de inconstitucionalidad por existir, en estos casos extremos sí, un apoyo en la Constitución para plantear esta solución. En torno a este tipo de situaciones, el margen que tiene el Legislador para abrir cauces en favor de la gestión privada es el que permite la idea o institución de "la colaboración" <sup>6</sup>

Estos criterios funcionales que delimitan el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa han de ponerse siempre en conexión con los criterios subjetivistas. Es decir, existe una primera e inevitable adscripción subjetiva de la actividad a una

---

<sup>6</sup> Véase S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los mercados de interés general*, Editorial Comares, Granada 2001, capítulo dedicado a la privatización.

Administración o sus entidades dependientes o vinculadas; pero, en virtud de la actividad desempeñada puede precisarse o matizarse el régimen jurídico-procesal de dicha Administración o entidad dependiente en el sentido que acaba de estudiarse.

Cada vez más se pone de manifiesto que el Derecho administrativo y público en general es una ecléctica suma de componentes subjetivistas, funcionales e incluso de prerrogativa (en este sentido la citada Ley 48/1998 llega a someter a la jurisdicción contencioso-administrativa a empresas puramente privadas por el hecho de tener "derechos especiales o exclusivos" o el TDC respecto de empresas privadas con posición de dominio).

## **8. Algunas ideas como recapitulación.**

- Desde luego, cuando la Administración actúa mediante entidades interpuestas para la realización de funciones administrativas la mejor opción es un Derecho administrativo como Derecho regular de estas entidades.

- Sin perjuicio de insistir en esta opción lege ferenda, es oportuno contar en la práctica con técnicas procesales que permitan a la jurisdicción contencioso-administrativa un control de esta actividad de Derecho privado a efectos de evitar situaciones de indefensión de los particulares afectados por la actuación de la Administración en forma de Derecho privado.

- Dichas técnicas (en especial el levantamiento del velo está dando especial juego en la práctica) han de referirse a los casos en los que la Administración o sus entidades emplean el Derecho privado para realizar funciones administrativas, es decir funciones prestacionales o de servicio público.

- Si son actividades de mercado, no se plantea problema jurídico para la aplicación del Derecho privado (el "problema jurídico" remite al Derecho de la competencia para la actuación ad extra y al Derecho administrativo en cuanto a la iniciativa de mercado).

- Y si la actividad es estrictamente pública (funciones de autoridad o soberanía...) la aplicación del Derecho administrativo es obligada en todo caso y debe negarse la aplicación del Derecho privado en estos casos, por no ser legítima la opción en favor de este Derecho.

- Las posturas doctrinales que ignoran los criterios funcionales y que, por tanto, no consienten margen alguno de aplicación en favor del Derecho privado, lo que consiguen es agrandar (ante su ausencia de criterios) el problema de la huida del Derecho administrativo. Es decir, negando en términos absolutos una Administración en forma de Derecho privado (afirmando una única opción de Derecho administrativo) lo que se consigue, más bien, es la inexistencia de un criterio realista para conseguir afirmar el Derecho administrativo en casos en que éste debe ser el único ordenamiento regulador posible.

- Todos los criterios mencionados (de carácter funcional) son criterios de Derecho administrativo. Es decir, éste decide cuándo es posible aplicar el Derecho privado por parte de la Administración.

- En todo caso, dichos criterios funcionales presuponen una previa adscripción orgánica del ente a la Administración, si aquél no se define formalmente como administrativo. Esto es, los criterios funcionales no se aplican a entidades desvinculadas de la Administración.

- Las técnicas mencionadas tienen un carácter auxiliar, por constituir herramientas al servicio de la jurisdicción contencioso-administrativa para poder hacer justicia en el caso concreto.

- El sentido de estas técnicas procesales es resolver problemas jurídicos prácticos en zonas limítrofes del Derecho administrativo.

- Lege ferenda, sería conveniente conseguir adecuar la forma jurídica con el tipo de actividad, impidiendo una elección (por parte de la Administración) en favor de formas privadas de gestión de los servicios públicos cuando la actividad del ente sea administrativa. Las sociedades mercantiles deben elegirse cuando la función sea mercantil.

- Interesante es la jurisprudencia que reconoce la legitimación del recurrente en casos en los cuales éste no ha participado en la adjudicación cuya anulación pretende por el hecho de que no se ha celebrado un concurso. Es necesario estar atentos para evitar que el bloqueo de la participación de posibles concursantes lleve a una falta de impugnación de la actividad administrativa irregular.

- Finalmente, la privatización a gran escala que hemos vivido durante los últimos años ha conseguido frenar el alcance del problema de la sujeción a Derecho de la Administración en forma de Derecho privado, desde el momento en que dicha Administración se ha sustituido por agentes u operadores puramente privados. Así como, es preciso siempre estar atentos frente a posibles nuevas formas de actuación de Derecho privado, sin perjuicio de las actualmente existentes.