

# **La revisión de oficio en la contratación de las sociedades mercantiles públicas. De nuevo los límites entre el Derecho público y el privado**

The ex officio review in the contracting of public commercial companies. Once again the limits between public and private law

Fecha de recepción: 16/05/23

Fecha de aceptación: 07/06/23

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO. DE LA *SUMMA DIVISIO IURIS* A UNA SUERTE DE ÓSMOSIS JURÍDICA.—II. LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS. DE LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL A LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS.—III. LA REVISIÓN DE OFICIO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. SU EXTENSIÓN A LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA A LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS.—IV. LA REVISIÓN DE OFICIO DE LA ADJUDICACIÓN DE TRENES POR PARTE DE FEVE/RENFE.—V. LA REVISIÓN DE LA ENAJENACIÓN DE LAS VIVIENDAS PROPIEDAD DE LA EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA DE MADRID.—VI. CONCLUSIONES.

## **RESUMEN**

*Las fronteras entre el derecho público y el privado son cada vez más débiles. Las sociedades mercantiles públicas asumen potestades administrativas y su régimen jurídico comienza a equipararse al de las Administraciones públicas. Un supuesto especialmente significativo se recoge en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público al permitir la revisión de oficio de los actos de preparación y adjudicación de contratos de las entidades del sector público que no son Administraciones públicas. El presente artículo analiza las dificultades de la revisión de oficio en entes sujetos al Derecho privado y en concreto las revisiones de oficio de contratos de FEVE y la EMVS.*

---

\* Letrado de la Comunidad de Madrid. Doctor en Derecho. <https://orcid.org/0000-0002-9980-7263>

*PALABRAS CLAVE: Sociedades mercantiles públicas, revisión de oficio, contratos públicos, contratos patrimoniales.*

## ABSTRACT

*Borders between public and private law are becoming increasingly weak. Public commercial companies assume administrative powers and their legal regime begins to be equated to that of public Administrations. An especially significant example is included in Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts, by allowing the ex officio review of the acts of preparation and awarding of contracts of public sector entities that are not public Administration. This article analyzes the difficulties of the ex officio review in entities subject to private law and specifically the ex officio reviews of FEVE and EMVS contracts.*

*KEYWORDS: Public commercial companies, ex officio review, public contracts, property contracts.*

## I. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO. DE LA SUMMA DIVISIO IURIS A UNA SUERTE DE ÓSMOSIS JURÍDICA

El tema 1 de la oposición ya comenzaba con el análisis del concepto del derecho y con la distinción entre derecho público y derecho privado. Esta distinción no es uno de esos problemas de filosofía del derecho, siempre interesantes pero en ocasiones demasiado abstractos, sino que sus implicaciones en la práctica del derecho son constantes, como se tendrá la ocasión de exponer a continuación.

La separación entre derecho público y privado que se remonta a ULPIANO<sup>1</sup> cada vez se relativiza más en la práctica jurídica y así Kelsen<sup>2</sup> ya indicaba que no se había logrado establecer una determinación plenamente satisfactoria de tal distinción. Su concepto de *teoría pura del derecho* la relativiza puesto que su enfoque universalista del derecho entiende que, tanto en la orden de una autoridad como en un negocio jurídico privado, existe un acto del Estado, un hecho productor del derecho atribuible a la unidad del ordenamiento jurídico.

En realidad, la denominada *summa divisio iuris* no deja de ser una mera caracterización general que, como todas las generalizaciones, presenta múltiples puntos débiles. En realidad, las interacciones entre el derecho público y

<sup>1</sup> Digesto, I, I, 1, 2. “De cuyo estudio son dos los aspectos; el público y el privado. Derecho público es el que se refiere a la manera de ser del Estado romano; privado, el que se refiere a la utilidad de los particulares.” Traducción de ARIAS RAMOS, J., ARIAS BONET, J. A., (1986), *Derecho Romano*, Tomo I, EDESA, Madrid, p. 342.

<sup>2</sup> Kelsen, H. (1991). *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 186-289.

el privado son constantes como corresponde al criterio lógico de la unidad del ordenamiento jurídico que, recuerda FRANCESC DE CARRERAS<sup>3</sup>, es consecuencia obligada de la idea del ordenamiento como un sistema y supone un principio de interpretación de las normas basado en la idea de que el legislador no puede ser contradictorio consigo mismo.

Por tanto, no estamos ante un fenómeno histórico o meramente doctrinal, sino que tiene importantes repercusiones en la práctica jurídica actual y así la más reciente doctrina no ha dudado en abordar su estudio. Cabe citar a estos efectos tanto a VELASCO CABALLERO como a PASCUA MATEO.

VELASCO CABALLERO<sup>4</sup> considera que, hoy día, el derecho público y el privado serían en realidad *formas o técnicas de regulación* por lo que sería más correcto hablar de una mayor *iuspublicidad o iusprivacidad* de cada sector. De esta forma, en el derecho público el cumplimiento de las normas se encargaría a la Administración y en el privado a los jueces. Pone de relieve que en la Constitución Española no se recoge una subsidiariedad de la intervención administrativa respecto de la judicial.

Como prueba de esa teoría destaca la extensión de las normas de contratación pública a sujetos privados en los sectores excluidos que se lleva cabo por el interés general y que supone que las reclamaciones y acciones de nulidad se dirijan a un órgano administrativo.

En los supuestos en los que la Administración se rige por el derecho privado entiende que es preciso adaptar esas normas jurídicas privadas a la singularidad jurídica de la Administración, bien en la propia norma legal o bien por la jurisprudencia y recuerda que autores como RIVERO ORTEGA<sup>5</sup> defienden que la aplicación del derecho privado no puede dar lugar a resultados contrarios a la Constitución.

PASCUA MATEO<sup>6</sup> considera que el criterio básico de distinción radica en que en el derecho público se busca la satisfacción de intereses generales en tanto que en el derecho privado se persiguen intereses particulares sin perjuicio de las ocasiones en que el interés de las partes se ve superado, a juicio del legislador, por el interés general o de terceros. La interacción entre ambas categorías se muestra tanto en el *rapto* de algunas categorías propias del derecho privado por el derecho público como en la introducción de técnicas del derecho público en sectores del derecho privado como el mercantil. En suma, la intercomunicación entre ambas categorías es constante y el influjo del derecho público es debido a la identificación de intereses generales que han de protegerse.

---

<sup>3</sup> DE CARRERAS, F. (1991). "Norma y Ordenamiento Jurídico en la Constitución Española", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, mayo-agosto.

<sup>4</sup> VELASCO CABALLERO, F. (2014). *Derecho público más Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid.

<sup>5</sup> RIVERO ORTEGA, R. (1998). *Administración Pública y Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, p. 25.

<sup>6</sup> PASCUA MATEO, F. (2015). *El rapto del Derecho Privado. Las relaciones entre el Derecho público y el Derecho Privado en el Estado regulador*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).

Lo expuesto pone de manifiesto que la división entre derecho público y privado, aunque real y con claras utilidades, por ejemplo, a la hora de establecer criterios de atribución jurisdiccional, no significa que estemos ante compartimentos estancos, sino que existe una constante interacción entre ambos, siendo frecuentes los *préstamos* de instituciones o técnicas jurídicas<sup>7</sup>.

Tal y como se expondrá, uno de los ámbitos en los que la interacción entre normas jurídicas públicas y privadas se produce con mayor intensidad es el de la tradicionalmente denominada Administración institucional y que hoy se engloba en el concepto de sector público. Si las Administraciones públicas son el paradigma del Derecho público que les dota de un régimen especial de prerrogativas elevándolas al rango de *potentior personae* respecto de los sujetos de derecho privado, el fenómeno de la *huida del derecho administrativo*<sup>8</sup> llevó a la creación de una multiplicidad de organizaciones estatales que se regían por el derecho privado, desde los organismos autónomos sujetos al derecho civil y mercantil pasando por las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles públicas hasta las fundaciones públicas.

Ahora bien, en los últimos tiempos estos entes de las Administración sometidos al derecho privado han sido objeto no solo de las críticas de la doctrina administrativista sino también de un rechazo social (justificado o no) que ha dado en calificarlos como *chiringuitos*<sup>9</sup>.

Estas críticas han llevado a una mayor publicación/administrativización de su régimen jurídico tanto en normativa (supuestamente) general como es la reguladora del régimen jurídico del sector público como sectorial, tal y como ocurre en la legislación sobre contratación pública.

De esta forma las sociedades mercantiles públicas hubieron de ajustar su licitación a lo establecido con carácter general para las Administraciones Públicas y se estableció un mecanismo de control mediante un recurso ante un órgano administrativo específico en los casos en que tales sociedades tuvieran el carácter de poder adjudicador.

Hay que indicar que la actuación de la Administración a través de sociedades mercantiles instrumentales tiene precedentes históricos notables y, de hecho, la unipersonalidad en la sociedad mercantil se introdujo mediante la posibilidad de crear sociedades anónimas unipersonales por el Estado, las

---

<sup>7</sup> Un ejemplo claro es el derecho de superficie que, siendo una institución de Derecho privado, tan solo recibe una mención en el artículo 1611 in fine del Código Civil en tanto que se ha desarrollado en la legislación urbanística para desarrollar políticas públicas de vivienda.

<sup>8</sup> Concepto acuñado por el jurista suizo Fleiner y que en España desarrolló Clavero Arévalo. *Vid.* DEL SAZ, S. (1994) “La huida del Derecho administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 133, pp. 57-98.

<sup>9</sup> Si bien es un término de uso frecuente, tanto por la ciudadanía como por los medios de comunicación, no tiene un significado jurídico preciso y el diccionario de la Real Academia Española no recoge ese sentido. Por el contrario, sí ha sido utilizado por alguna doctrina, aunque sea en una reseña de un libro de historia. Es el caso de Antonio Jiménez-Blanco: <https://globalpoliticsandlaw.com/libros/2023/04/17/conquista-india/> (acceso último el 7 de junio de 2023).

Comunidades Autónomas o las entidades locales. Sin embargo, las sociedades públicas han pasado de ser un instrumento de acción económica de la Administración en la denominada por VILLAR PALASÍ<sup>10</sup> *actividad industrial del Estado* a convertirse en una suerte de organismos autónomos sometidos (al menos parcialmente) al derecho privado.

## II. LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS. DE LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL A LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

Dejando a un lado las reales fábricas del siglo XVIII que acabaron fracasando con la desaparición del Antiguo Régimen, las sociedades mercantiles públicas comenzaron a surgir en el siglo XX a raíz de la nueva concepción del Estado como sujeto activo en la economía. En concreto destaca la creación del Instituto Nacional de Industria (INI) por la Ley de 25 de septiembre de 1941 cuyo artículo 2 establecía que el INI utilizaría los métodos de las sociedades anónimas privadas para sus fines, pero conservando siempre en la gestión y administración el control del Gobierno.

La actuación del INI tuvo siempre un marcado carácter de política económica e industrial y no se basaba en criterios de mercado. De otro lado, como consecuencia de la crisis económica de los años 70, asumió un papel anticíclico al absorber numerosas empresas con pérdidas. Esta circunstancia determinó que las empresas públicas adquiriesen una imagen de mala gestión sin que tampoco pueda olvidarse el que, para historiadores económicos como COMÍN<sup>11</sup>, la creación de empresas públicas aumentó la corrupción política y empresarial.

La Constitución Española de 1978 diseñó un modelo económico flexible en el que, partiendo de un modelo de economía de mercado, admite la intervención pública en la economía. Por ello el Tribunal Constitucional admitió la existencia de estas sociedades en la STC 14/1986, de 31 de enero, considerándolas (FF. JJ. 7-9) como *una realidad fáctica y jurídica en la que la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el derecho privado, remiten su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conectan dichos entes con la administración de la que dependen, tratándose en definitiva*

---

<sup>10</sup> VILLAR PALASÍ, J. L. (1950). “La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 3, pp. 53-130.

<sup>11</sup> COMÍN, F. (2018). “Presupuesto y corrupción en la España contemporánea (1808-2017): Lecciones de la Historia”, en: BORJA DE RIQUEL, JOAN LLUÍS PÉREZ FRANCESCH, GEMMA RUBÍ, LLUIS FERRAN TOLEDANO Y ORIOL LUJÁN (dirs.), *La corrupción política en la España contemporánea*, Marcial Pons, Madrid, pp. 81-110.

*de la utilización por la administración de técnicas ofrecidas por el derecho privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica.*

En realidad, la mezcla de derecho público y privado que supone el régimen jurídico de las sociedades públicas ya aparece en el derecho genérico de sociedades a priori integrado en el derecho mercantil y la temprana STC 37/1981, de 16 de noviembre, ya puso de relieve (FJ 3.º) que, en las sociedades que se rigen por la economía de mercado, la actividad mercantil aparece disciplinada por un conjunto de normas en el que *se mezclan de manera inextricable el Derecho Público y el Derecho Privado*. Hoy día esta afirmación puede extenderse a cualquier rama del derecho.

A raíz de la jurisprudencia constitucional y pese a las críticas doctrinales tanto a la frecuente utilización y la escasa regulación de esta figura, el Tribunal Constitucional ha admitido estas sociedades mercantiles públicas incluso aceptando que se integren en ellas funcionarios públicos como recogió el ATC 254/2006, de 4 de julio, en relación a Correos, calificando (FJ 4.º) la prestación de servicios públicos mediante personificaciones instrumentales en régimen de Derecho privado como *una opción del legislador de cuya legitimidad constitucional no cabe duda, a la vista de la doctrina contenida en las SSTC 14/1986, de 31 de enero, y 52/1994, de 24 de febrero*.

Por el contrario, el Tribunal Supremo fue inicialmente más estricto con estas sociedades y la Sala de lo Contencioso Administrativo en la Sentencia de 10 de octubre de 1989 (Roj: STS 5279/1989) consideró que la creación de empresas públicas era posible siempre y cuando la actividad empresarial que la empresa pública pretendiese desarrollar fuese una actividad de indudable interés público, apreciable y apreciado en el momento de su creación, y que, en el ejercicio de esa actividad económica empresarial, la empresa pública se sometiese sin excepción ni privilegio alguno, directo o indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado.

Para GUIMERÁ RICO<sup>12</sup> la utilización de sociedades mercantiles es constitucionalmente admisible para ejecutar competencias públicas —cualquiera que sea su objeto— pero sólo cuando estas sean susceptibles de gestión empresarial, entendiéndose por tal una vocación de mercado.

También desde una perspectiva mercantilista, FERNÁNDEZ TORRES<sup>13</sup> se plantea si, en los casos en los que las sociedades mercantiles prestan un servicio público o gestionan un interés público merecedor de una especial protección, es razonable recurrir a una forma societaria.

En cualquier caso, la creación de tales sociedades o la adquisición por la Administración del capital social de sociedades privadas ha sido un fenómeno

<sup>12</sup> GUIMERÁ RICO, J. J. (2020). Las Sociedades públicas: Fundamento y límites de la huida al Derecho privado”, INAP, Madrid, pp. 171-172.

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ TORRES, I. (2021). *La creación de sociedades públicas a examen. Una aproximación crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 100.

frecuente<sup>14</sup>, si bien desde los años 90 del pasado siglo y como consecuencia de las privatizaciones que se llevaron a cabo para la reducción del déficit público exigida para la unión monetaria en el euro se procedió a la enajenación de la participación pública en un gran número de empresas. Ello determinó que las empresas públicas tengan hoy, no tanto un carácter de empresas productoras de bienes y servicios, sino de prestación de servicios públicos y/o colaboradoras en la actuación de la administración territorial de la que dependen.

Ese hecho acentuó aún más la necesidad de una mayor regulación de estas sociedades tal y como destacó la doctrina. La regulación, ya superada, de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 fue finalmente sustituida por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) y la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP). Sin embargo, la regulación de las sociedades mercantiles en ambas leyes no tenía carácter básico por lo que no se aplicaba a las Comunidades Autónomas las cuales aprobaron sus normativas propias con intensidad y calidad regulatoria diversa.

Sin embargo, en la normativa sectorial comenzó a articularse el concepto de sector público en el que se englobaban tanto personas jurídicas de derecho público como de derecho privado y al que se le dotaba de un régimen jurídico (al menos parcialmente) uniforme. Así aparece ese concepto en la legislación presupuestaria y se extiende a otros sectores como el de la contratación pública.

En este último, la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, al establecer su ámbito de aplicación, introdujo tanto el concepto de sector público como el de poder adjudicador a raíz de las Directivas europeas de contratación pública y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea produciendo una publicación en la contratación de entidades públicas sometidas al derecho privado.

El legislador dio un nuevo paso en la racionalización del empleo de estas sociedades mercantiles en el ámbito local mediante la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Dicha norma modificó el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) que establecía las fórmulas de gestión directa de los servicios municipales dando preferencia a la gestión por la propia entidad local o sus organismos autónomos antes que por medio de entidades sometidas al derecho privado (entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles) al poder adoptarse solo cuando se acredite que resultan más sostenibles y eficientes teniendo en cuenta los criterios de rentabilidad económica y

---

<sup>14</sup> MAGALDI MENDAÑA, N., recuerda que el artículo 135 b) de la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 contemplaba la municipalización de servicios mediante una empresa municipal que adoptase la forma de sociedad privada, pero destaca la parquedad de la regulación criticada por la doctrina. *Vid.* MAGALDI MENDAÑA, N. (2012). *Los orígenes de la municipalización de servicios en España. El tránsito del Estado liberal al Estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos*, INAP, Madrid, pp. 412-417.

recuperación de la inversión y recabándose informe del interventor local<sup>15</sup>. Asimismo, la Ley 27/2013 contemplaba la necesidad de corregir los desequilibrios financieros en las sociedades públicas locales llegándose, en caso contrario, a su disolución (disposición adicional 9.ª LBRL redactada por Ley 27/2013). Al analizar esta reforma, MONTOYA MARTÍN<sup>16</sup> destaca que fue motivada tanto por la grave crisis económica que atravesaba España en ese momento como por la necesidad de racionalizar un sector hipertrofiado (el Tribunal de Cuentas cifraba en 1.283 las sociedades públicas locales excluyendo las del País Vasco y Navarra) sin que se justificase debidamente la creación de estos entes ni se fijasen claramente las funciones a desarrollar.

Las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) supusieron un intento de reforma del sector público y de su actuación, en la línea de lo establecido en la Ley 27/2013 para las entidades locales, si bien puede decirse que la reforma ha resultado de escaso calado y dichas leyes han generado importantes críticas doctrinales. SANTAMARÍA PASTOR<sup>17</sup> agrupa esas críticas en tres bloques: la división de la regulación en dos normas, la focalización de la regulación en la Administración y la existencia de microrreformas que alteran la regulación existente pese a la apariencia de continuidad de la normativa anterior.

En lo relativo a las sociedades mercantiles públicas su regulación es una clara muestra de estos defectos. A la hora de establecer su ámbito subjetivo de aplicación, se establece que las sociedades públicas no son Administraciones Públicas, pero se las somete (art. 2.2 b) tanto de la LPAC como de la LRJSP) a las normas de ambas leyes que específicamente se refieran a ellas (una obviedad) y *en todo caso cuando ejerzan potestades administrativas*. En el caso de la LRJSP se añade específicamente la aplicación de los principios de actuación recogidos en su artículo 3.

Para LÓPEZ GONZÁLEZ<sup>18</sup>, el artículo 2.2 b) de la LRJSP en relación con su artículo 25 suponen una cláusula de retorno y sometimiento al Derecho administrativo de tal forma que la actuación de las sociedades mercantiles públicas cuando ejerzan potestades administrativas quedará sujeta al Derecho administrativo y al sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

---

<sup>15</sup> La nueva redacción del artículo 85.2 LBRL fue declarada constitucional por la STC 41/2016, de 3 de marzo (FJ 14).

<sup>16</sup> MONTOYA MARTÍN, E. (2014). “Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local antes y después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36, pp. 1-41.

<sup>17</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016). “Panorámica general de la reforma del procedimiento administrativo”, en *La reforma del procedimiento administrativo y del régimen jurídico del sector público*, Institut d’Estudis Autonòmics, Palma de Mallorca, pp. 9-21.

<sup>18</sup> LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I. (2016). *El Derecho administrativo y la actividad relacional de las entidades de Derecho privado de la Administración*, Foro. Nueva época, vol.19, núm. I, pp. 65-76.

La nueva regulación generó un debate en la doctrina administrativista. Para CHINCHILLA MARÍN<sup>19</sup>, las sociedades mercantiles públicas estarían a medio camino entre la Administración pública y la empresa privada. En los casos en los que ejercen potestades administrativas el ejercicio de estas debe sujetarse al Derecho administrativo por muy anómalo que parezca, tal y como estableció la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2012 (rec. 2616/2009) respecto de una sociedad que gestionaba dominio público portuario.

Considera que, cuando una sociedad mercantil pública actúa, está actuando en último término la Administración pública de la que depende. Por ello debería poder exigirse responsabilidad a la Administración por sus actos.

Por el contrario, FUERTES LÓPEZ<sup>20</sup> entendía que, aunque el régimen jurídico de las sociedades mercantiles públicas presente elementos de derecho público en todo caso ha de mantener su esencia mercantil. Rechaza por ello el que la Administración tenga que responder en todo caso por las deudas de sus sociedades mercantiles ya que ello rompería un pilar básico del derecho societario. Ante las continuas extensiones del derecho público a estas sociedades se cuestiona si verdaderamente es necesaria su existencia.

La nueva regulación de las sociedades mercantiles estatales se contiene en los artículos 111-117 de la LRJSP (capítulo V del Título II *Organización y funcionamiento del sector público institucional*) a lo que se han de sumar los artículos 81-83 (capítulo I *Del sector público institucional*) y los artículos 84-87 (capítulo II *Organización y funcionamiento del sector público institucional estatal*). A ello ha de sumarse la modificación del artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas por la disposición final 6.ª de la LRJSP.

No obstante, la importancia de la regulación se diluye en la disposición final 14.ª cuando establece que estas normas no tienen carácter básico salvo el capítulo I que se limita a recoger una serie de principios generales de actuación (art. 81) y a regular el Inventario de entidades del sector público estatal, autonómico y local (arts. 82-83).

De esta forma, la nueva regulación, pese a su supuesto carácter reformador de la Administración pública, queda limitada a la Administración General del Estado lo que ha llevada a MONTOYA MARTÍN<sup>21</sup> a calificar esta ley como una *ley tramuntojo que no es lo que parece o pretende ser*. La ausencia de carácter básico determina que la aplicación de estas normas como dere-

---

<sup>19</sup> CHINCHILLA MARÍN, C. (2017). “Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿Realidad o ficción?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 203, pp. 17-56.

<sup>20</sup> FUERTES LÓPEZ, M. (2018). “Acotaciones al estudio de Carmen Chinchilla sobre las sociedades públicas y la responsabilidad por sus deudas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 206, pp. 67-97.

<sup>21</sup> MONTOYA MARTÍN, E. (2016). “Las sociedades estatales en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”, en LÓPEZ MENUDO, F. (dir.) *Innovaciones en el Procedimiento Administrativo Común y el Régimen Jurídico del Sector Público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, pp. 199-234.

cho supletorio a las sociedades públicas de las Comunidades Autónomas sea prácticamente imposible ya que todos los ordenamientos autonómicos han regulado esta materia con mayor o menor intensidad normativa.

Sin embargo, la referencia a las potestades administrativas sí tiene carácter básico y ha generado una cierta polémica doctrinal. Algunos autores como SÁNCHEZ MORÓN<sup>22</sup> criticaron esta posibilidad, incluso cuando se trataba de un mero proyecto de ley, cuestionando que a las sociedades mercantiles —art. 113 LRJSP— se les pudiera atribuir por ley *excepcionalmente* potestades administrativas en tanto que el artículo 128 LRJSP prohíbe taxativamente a las fundaciones públicas el ejercicio de potestades públicas. Este autor se pregunta qué diferencia hay entre ambos tipos de potestades, criticando el que se pueda atribuir a sujetos de Derecho privado potestades públicas inherentes al poder público y a relaciones de supremacía, razón por lo que han estado reservadas a las Administraciones Públicas con las garantías del Derecho público, desde la vinculación positiva a la ley al ejercicio por funcionarios públicos por medio de las normas garantistas del procedimiento administrativo.

No obstante, GAMERO CASADO<sup>23</sup> defiende esa atribución de potestades a las sociedades mercantiles públicas al entender que no toda potestad administrativa es desfavorable o se enmarca en relaciones de sujeción, por lo que habría que distinguir entre aquellas que suponen el ejercicio de autoridad en el mismo sentido que las funciones reservadas a funcionarios públicos por el artículo 9.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre<sup>24</sup>. Este autor considera que la nota característica del ejercicio de las potestades sería su ejecutividad en cuan-

---

<sup>22</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M. “La regulación del sector público institucional en el proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”, *Documentación Administrativa*, núm. 2, enero-diciembre 2015.

<sup>23</sup> GAMERO CASADO, E. “¿El retorno al derecho administrativo?: manifestaciones en las leyes de procedimiento, régimen jurídico y contratos del sector público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 189/2018.

<sup>24</sup> Al analizar la posible cooperación de una sociedad pública en la tramitación de procedimientos sancionadores las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de septiembre (rec. 5442/2019) y 7 de octubre de 2020 (rec. 5429/2019) consideran que en las Administraciones públicas la tramitación del procedimiento administrativo es esencial para la adopción de sus decisiones en el ejercicio de sus potestades públicas ejerciéndose a través de funcionarios públicos. Fue más allá la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de octubre de 2021 (rec. 1518/2019) que anuló procedimientos administrativos no sancionadores tramitados por la sociedad mercantil estatal INECO por encargo del Ministerio de Fomento. Ahora bien, esta sentencia ha sido casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2023 (rec. 8778/2021) que en su FJ 3.º llega a afirmar que: “De modo que la actuación de estas sociedades mercantiles estatales colaborando con una Administración pública en el ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas no puede considerarse ajena a los principios y reglas de la ley de procedimiento administrativo a las que están sometidas, ni su actividad al tiempo de tramitar los expedientes que le han sido encomendados puede descartarse como un verdadero procedimiento administrativo”.

La sentencia cuenta, no obstante, con un voto particular que rechaza esa posibilidad y destaca la ausencia de un control efectivo por parte del Ministerio respecto de las resoluciones elaboradas por INECO.

to capacidad para desplegar efectos unilateralmente, pero no la ejecutoriedad o susceptibilidad de ejecución forzosa. Esta sería una potestad administrativa específica que solo podrían ejercer los sujetos que la tengan específicamente atribuida.

Sin embargo, esta distinción no deja de suscitar dudas. Es difícil establecer una separación perfecta entre ejecutividad y ejecutoriedad ya que ambas se complementan. Para que se puede ejecutar un acto de forma unilateral se necesita la ejecución forzosa si la otra parte rechaza esa ejecución. FERNÁNDEZ FARRERES<sup>25</sup> recuerda que las potestades comportan la sujeción o sometimiento de otros sujetos a soportar los efectos derivados de su ejercicio, pero los derechos y obligaciones no surgen de las potestades sino de las relaciones jurídicas que el ejercicio de la potestad administrativa es capaz de crear.

Por ello, la atribución de potestades administrativas a las sociedades públicas en los términos que defiende GAMERO CASADO plantea importantes problemas de eficacia práctica. Para este autor la jurisprudencia ha admitido potestades en las que no existe una relación de sujeción tales como la celebración de contratos públicos o el otorgamiento de subvenciones. No obstante, la capacidad de contratar concurre en toda persona que no esté incurso en las prohibiciones del artículo 1263 del Código Civil y el rasgo diferenciador de la contratación administrativa eran las prerrogativas de la Administración para imponer la modificación, interpretación o resolución del contrato. En cuanto a las subvenciones, los particulares pueden efectuar donaciones modales, pero no tienen la prerrogativa de reintegro y así autores como CORTELL GINER<sup>26</sup> rechazan que se pueda extender el otorgamiento de subvenciones a entidades que no sean Administración pública.

En todo caso, para CANALS AMETLLER<sup>27</sup> es indiscutible que la noción de *potestad administrativa* resurge como criterio de aplicabilidad de la legislación de procedimiento administrativo común, y, en definitiva, del Derecho público.

En definitiva, es cuando menos dudoso que las sociedades públicas puedan llegar a ejercer potestades administrativas, al menos en el concepto canónico del término. Una prueba de ello es la revisión de oficio de sus actos en materia de contratación.

---

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2012). *Sistema de Derecho Administrativo*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), p. 261.

<sup>26</sup> CORTELL GINER, R. P. (2009). “El concepto legal de subvención y las entidades privadas del sector público”, *Revista Española de Control Externo*, núm. 32, pp. 79-96.

<sup>27</sup> CANALS AMETLLER, D. (2018). “La actuación de las Administraciones públicas ante la reciente reforma del procedimiento administrativo común”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, [https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/la\\_actuacion\\_de\\_las\\_aapp\\_ante\\_la\\_reciente\\_reforma\\_pac.pdf](https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/la_actuacion_de_las_aapp_ante_la_reciente_reforma_pac.pdf) (acceso último el 7 de junio de 2023).

### III. LA REVISIÓN DE OFICIO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. SU EXTENSIÓN A LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA A LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS

Si la creación de sociedades mercantiles públicas se enmarcaba en el fenómeno de la huida del derecho administrativo, en los últimos tiempos se ha producido una suerte de regreso a la normativa pública en materia de contratación, no solo en lo relativo a la adjudicación de contratos sino en ocasiones también en la ejecución y resolución contractual.

La asimilación de la contratación de las sociedades mercantiles públicas a la establecida para la Administración es una constante en nuestra normativa desde que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las Sentencias de 15 de mayo de 2003 Comisión c. España (C-214/00) y 16 de octubre de 2003 Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. —SIEPSA— (C-283/00) considerase que la normativa española que excluía a las sociedades mercantiles públicas de las normas sobre adjudicación de contratos públicos vulneraba la normativa europea.

Sin embargo, esa equiparación de la normativa de contratación de las sociedades mercantiles públicas con la contratación pública *stricto sensu*, lo que en nuestro derecho tradicionalmente era la contratación administrativa, ha encontrado posturas a favor y en contra.

En concreto, se ha planteado si, dado que los contratos de los poderes adjudicadores que no son Administración pública persiguen fines de interés general al igual que un contrato administrativo tradicional, es posible atribuirles las prerrogativas exorbitantes tradicionales de todo contrato administrativo, singularmente la resolución, interpretación y modificación.

Si bien es evidente que las prerrogativas enumeradas en el artículo 190 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), sólo son aplicables *ex lege* a los contratos administrativos se ha planteado si sería posible su establecimiento en los pliegos contractuales al amparo de la libertad contractual reconocida en el artículo 34 de la LCSP y en el artículo 1255 del Código Civil.

BAUZÁ MARTORELL<sup>28</sup> destaca que esta posibilidad ha sido rechazada por la Abogacía del Estado (Dictamen 18/2005 e Instrucción 1/2008), la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía (Informe 6/2010, de 7 de julio) o el Consejo Consultivo de

<sup>28</sup> BAUZÁ MARTORELL, F.J. *La resolución contractual en los PANAPS y el privilegio de decisión ejecutoria*, 27 de diciembre de 2022, <https://www.obcp.es/opiniones/la-resolucion-contractual-en-los-pa-naps-y-el-privilegio-de-decision-ejecutoria> (acceso último el 7 de junio de 2023).

las Islas Baleares (Dictamen 108/2022, de 30 de noviembre). Por el contrario, es aceptada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña (Informe 14/2009, de 30 de septiembre), la Junta Consultiva de las Islas Baleares (Informe 3/2014, de 27 de noviembre de 2015) y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución 214/2015 de 6 de marzo). Este autor considera que las prerrogativas en un contrato privado son frontalmente contrarias al ordenamiento jurídico en el que las relaciones jurídicas entre sujetos privados están presididas por el principio de igualdad de tal forma que tales cláusulas contractuales serían inválidas pudiendo impugnarse de forma directa, solicitar su revisión de oficio o impugnarlas de forma indirecta con ocasión de actos de aplicación de los pliegos.

Sin embargo, en ocasiones se ha aceptado la resolución de contratos privados como ocurre en el Dictamen 269/10, de 22 de julio de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña e incluso el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha considerado que la disolución de una sociedad mercantil pública y la asunción de sus contratos por la Administración territorial determinaba el cambio de naturaleza jurídica de tales contratos que pasaban a ser contratos administrativos.

En cuanto a la prerrogativa de la revisión de oficio, tradicionalmente quedaba fuera del ámbito de las sociedades mercantiles públicas. En este sentido, CORDÓN MORENO<sup>29</sup> cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1995 (rec. 622/1991): *Las empresas nacionales, hoy sociedades estatales mercantiles, no son en rigor Organismos Autónomos (el Organismo Autónomo es el Instituto Nacional de Industria —INI— que las constituye y cuyo capital público las integra), sino entes de naturaleza privada que actúan en el tráfico jurídico equiparadas a sujetos privados y regidos por el Derecho civil, mercantil y laboral. No hay personificación pública y no gozan, por tanto, del carácter de Administración pública (...) se hallan regidas “in totum” por el Derecho privado, pues que actúan en el ámbito mercantil o industrial que les es propio como uno más de los sujetos privados, al menos en lo que constituye su núcleo esencial de actuación, según dispone al ap. 2 de dicho art. 6.º.*

En la concepción de la contratación administrativa que surge de la Ley de Contratos del Estado de 1965 la contratación administrativa estaba sujeta al Derecho administrativo y por tanto los actos que se integraban en el procedimiento administrativo de contratación eran susceptibles de ser revisados de oficio.

En el caso de los contratos privados, la doctrina de los actos separables entendía que la formación de la voluntad contractual de la Administración estaba sujeta al derecho administrativo con la consiguiente competencia de la

---

<sup>29</sup> CORDÓN MORENO, F. (2013). *La revisión de oficio de los actos administrativos y disposiciones de carácter general y su control jurisdiccional. Un estudio desde la jurisprudencia*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), p. 38.

jurisdicción contencioso-administrativa y posibilidad de revisión de oficio<sup>30</sup>. Por el contrario, se ha rechazado la posibilidad de revisar de oficio contratos laborales basándose en que se trata de una materia atribuida a la competencia de la jurisdicción social (Dictámenes del Consejo de Estado 701/1991, de 4 de julio y 248/2000, de 9 de marzo).

La posibilidad de revisión de oficio no planteaba ninguna duda en el ámbito de los contratos celebrados por las Administraciones públicas territoriales ni tampoco en el caso de los organismos de derecho público. Debe tenerse en cuenta que el artículo 106 de la LPAC permite la revisión de oficio a las Administraciones públicas, tal y como se definen en el artículo 2.3, y, por tanto, excluyendo a las entidades privadas con la salvedad ya indicada de los supuestos en los que ejerciten potestades administrativas, en este caso sin referencia alguna a la *excepcionalidad* de ese ejercicio.

El Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, contemplaba en sus artículos 40 a 49 la invalidez de los contratos cuando lo fuera los actos que les servían de soporte o por su clausulado. Las causas de nulidad eran las contempladas en el artículo 41 que añadía a las causas de nulidad de la legislación de procedimiento administrativo, la adjudicación a una empresa incurso en prohibición de contratar y la adjudicación de contratos sin crédito adecuado. A ello se añadían como causas de invalidez las previstas en el Derecho civil.

GARCÍA-ÁLVAREZ<sup>31</sup> destaca que la revisión de oficio surgió a raíz de la suspensión del recurso contencioso-administrativo (y, por tanto, del recurso de lesividad) tras la guerra civil y la creación del recurso de agravios en 1944 en materia de personal. Fue en este recurso en el que el Consejo de Estado perfiló la posibilidad de revocar/revisar actos por la Administración con garantías como la audiencia del interesado hasta que la revisión apareció en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957.

En cuanto a la declaración de nulidad, el artículo 45 del Reglamento General de Contratación contemplaba la revisión de oficio al amparo de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. De ahí pasó a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 que amplió la revisión de oficio a los actos anulables, en línea con la regulación inicial de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esa posibilidad desapareció en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Admi-

<sup>30</sup> Vid. GARCÍA TREVIANO FOS, J. A. (1959). “Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: La explotación del “Hotel Andalucía-Palace” de Sevilla”, *Revista de Administración Pública*, núm. 28, enero/abril, pp. 147-165.

<sup>31</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, G. “Efectos de la invalidez de los contratos públicos: El heterogéneo origen y difícil sistematización de las nulidades contractuales en Derecho Administrativo”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (coords.), (2017). *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 331-356.

nistraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en consonancia con lo establecido por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, reguló la invalidez de los contratos en los artículos 31 a 36. Su redacción originaria incluía dentro de esta regulación de los contratos inválidos a los contratos sujetos a regulación armonizada y a los subvencionados también sujetos a regulación armonizada (art. 31). A su vez se permitía la revisión de oficio (art. 34) respecto de los celebrados por la Administraciones públicas y de los sujetos a regulación armonizada.

Se abre así por tanto la posibilidad de revisar de oficio contratos celebrados por poderes adjudicadores que no son Administraciones públicas de tal forma que la revisión de oficio salía del ámbito de la Administración pública y se extendía a entes del sector público regidos por el derecho privado. La competencia para declarar la nulidad correspondería, dejando a salvo lo que pudieran establecer las Comunidades Autónomas que en todo caso deberían atribuir la a un órgano cuyas decisiones agotasen la vía administrativa<sup>32</sup>, al órgano de contratación, cuando se tratase de contratos de una Administración Pública, o al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que estuviese adscrita la entidad contratante o al que correspondiese su tutela, cuando ésta no tuviese el carácter de Administración Pública. En este último caso, si estuviera vinculada a más de una Administración, sería competente el órgano correspondiente de la que ostentase el control o participación mayoritaria.

Así, por ejemplo, en el supuesto contemplado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2021 (rec. 3772/2020) un Ayuntamiento revisó de oficio una adjudicación de un contrato sujeto a regulación armonizada realizada por una sociedad municipal que posteriormente se extinguió, asumiendo sus obligaciones el Ayuntamiento.

Posteriormente, a los efectos de transponer la Directiva 2007/66/CE, se promulgó la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio,

---

<sup>32</sup> Esta previsión fue objeto de una sorprendente y un tanto tardía impugnación por parte del Gobierno de Aragón al recurrir la previsión idéntica del artículo 41.2 de la LCSP/17. La STC 68/2021, de 18 de marzo de 2021 (FJ 9 b.), considera que no se trata de una norma supletoria como alegaba la recurrente. El precepto debe entenderse dictado al amparo del título competencial del Estado en materia de régimen básico de las Administraciones públicas, que condiciona la potestad de organización autonómica dada la singular naturaleza de la institución de la revisión de oficio. La cláusula «sin perjuicio» permite entender que los restantes criterios no tienen carácter básico y se aplican únicamente a la administración general del Estado.

reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

Dicha Ley introdujo unos supuestos específicos de nulidad contractual derivados de la Directiva 2007/66/CE y articuló una cuestión de nulidad para hacerlas valer antes los tribunales administrativos de contratación que constituían el núcleo de la reforma. Esta cuestión de nulidad planteaba múltiples problemas tales como calificar estos supuestos como causas de nulidad y establecer unos plazos para su impugnación.

La LCSP elimina la cuestión de nulidad integrándola en el recurso especial de contratación<sup>33</sup> y unifica las causas de nulidad en el artículo 39 en tanto que las causas de anulabilidad se recogen en el artículo 40.

La gran novedad radica en que se amplía su aplicación —art. 38— a todos los contratos celebrados por las entidades del sector público y no solo a los celebrados por poderes adjudicadores sujetos a regulación armonizada, tal y como contemplaba la legislación anterior.

La revisión de oficio se contempla en el artículo 41 que establece en su apartado 2.º: *A los exclusivos efectos de la presente Ley, tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas, así como los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la presente Ley. La revisión de oficio de dichos actos se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior.*

Esta previsión conecta con el recurso de alzada impropio que se contempla en el artículo 44.6 de la LCSP y que atribuye el conocimiento del recurso contra los actos de los poderes adjudicadores no administraciones públicas a los órganos superiores de la Administración a la que estén adscritas cuando se trate de actos no susceptibles de recurso especial conforme el apartado 1 del citado precepto.

Por último, el artículo 27 de la LCSP atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa los actos de preparación y adjudicación de los contratos de entidades del sector público que no sean Administración pública, atribución que se extiende a las modificaciones contractuales que incumplan los artículos 204 y 205 al entender que debió procederse a una nueva adjudicación en los contratos celebrados por poderes adjudicadores.

Tanto la revisión de oficio como el recurso de alzada impropio serían manifestaciones de la tutela que, en el caso de las sociedades mercantiles estatales, se atribuye en los artículos 169 d) y 176 de la LPAP y 116.1 de la LRJSP al departamento ministerial relacionado con la actividad de la sociedad previa decisión del Consejo de Ministros o, en defecto de tal decisión, al Ministerio de Hacienda.

---

<sup>33</sup> La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de mayo de 2016 (rec. 401/2015) establece que, una vez que ha transcurrido el plazo de interposición del recurso especial, la nulidad solo puede hacerse valer mediante la revisión de oficio.

Para GONZÁLEZ GARCÍA<sup>34</sup> se trata del caso más llamativo de la publicación del régimen jurídico de los bienes de las sociedades mercantiles, superando la necesidad de recurrir a principios generales para proceder a su revisión y a buscar la implicación de la Administración matriz en su otorgamiento para señalar que son directamente impugnables a través de esta vía tradicionalmente reservada para los actos administrativos.

CHINCHILLA MARÍN<sup>35</sup> entiende que con esta posibilidad de revisión de oficio carece de sentido calificar de privados a contratos cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de aplicación de la LCSP por el solo hecho de que la entidad contratante sea una sociedad mercantil pública.

Por tanto se trata de actos de sociedades mercantiles que (dejando a un lado las exigencias del derecho europeo en cuanto a los recursos contra los poderes adjudicadores en contratos sujetos a regulación armonizada) pasan a tener la condición de actos administrativos rompiendo la clásica definición de ZANOBINI en cuanto declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un órgano de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa y que, como señala MUÑOZ MACHADO<sup>36</sup> es la definición de acto administrativo más difundida que aparece en todos los manuales de Derecho administrativo. Esta imposibilidad de considerar como actos administrativos los acuerdos de sociedades públicas se reconocía por la propia jurisprudencia y así puede citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 24 de septiembre de 2018 (rec. 832/2015) negando que el rechazo de una sociedad pública a pagar una cantidad a una contratista pueda calificarse como acto administrativo.

Por el contrario, como destaca GAMERO CASADO<sup>37</sup> la calificación como actos administrativos *rompe (o cuando menos resquebraja) el elemento conceptual del acto administrativo que lo vincula necesariamente con una Administración pública*.

En el recurso de alzada impropio al que hemos aludido, la Abogacía General del Estado<sup>38</sup> considera que el mismo trata de obtener: (...) *la emanación de un acto administrativo (el dictado, en resolución de la alzada impropia, por el titular*

<sup>34</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2018). “El patrimonio de las sociedades mercantiles públicas”, *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, (FERNÁNDEZ TORRES, I., VARONA FJ, MARTÍNEZ ROSADO, J. (coords), Iustel, Madrid, p. 423.

<sup>35</sup> CHINCHILLA MARÍN, C., *op cit*, p. 29. Puede deducirse que, a sensu contrario la autora sí mantendría esa calificación para los contratos excluidos de la LCSP como son los patrimoniales.

<sup>36</sup> MUÑOZ MACHADO, S. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo XII, 2.ª edición, BOE, Madrid, p. 14.

<sup>37</sup> GAMERO CASADO, E. “¿El “retorno” al Derecho administrativo?: Manifestaciones en las leyes de procedimiento, régimen jurídico y contratos del sector público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 189/2018.

<sup>38</sup> Dictamen de 5 de noviembre de 2019 con cita de la Instrucción 3/2018, de 6 de marzo. El Dictamen versa sobre la competencia para conocer del recurso de alzada impropio si no se ha establecido un ministerio específico de tutela y entiende que no puede atribuirse al Ministerio de Hacienda sino al departamento más relacionado con la actividad de la sociedad.

de la Administración o entidad pública a la que está adscrita o de la que depende la entidad autora del acto impugnado) cumpliéndose así la condición necesaria para ser fiscalizado ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Por el contrario, en el caso de la revisión de oficio, el legislador ha calificado expresamente la actuación del poder adjudicador como acto administrativo por lo que no sería necesaria, al menos a priori, la intervención de la Administración a la que está adscrita si bien el legislador ha reservado a esta última la resolución del procedimiento de revisión.

Esta calificación como acto administrativo aparecía ya en el proyecto de ley<sup>39</sup> y suscitó dudas durante la tramitación parlamentaria. En concreto, las enmiendas<sup>40</sup> 214 (Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana) y 839 (Sr. Homs Molist - Grupo Mixto) tenían el mismo contenido y justificación planteando que no había ninguna justificación para lo que calificaban como una *vuelta al Derecho administrativo* por lo que proponían una redacción similar a la del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF) de tal forma que la revisión quedaría limitada a los contratos administrativos y a los sujetos a regulación armonizada.

La enmienda 839 entendía que la redacción del proyecto producía una *hipertrofia de los órganos administrativos que habrían de resolver y una petrificación de los procedimientos de adjudicación*.

La enmienda<sup>41</sup> 492 (Grupo Parlamentario Socialista) planteaba la adición de un nuevo apartado en el que se atribuía (con una redacción mejorable) la competencia para el ejercicio de la revisión de oficio a las Administraciones de las que dependen las entidades del sector público. Se justificaba en que, de lo contrario, la regulación contenida en la LPAP podría considerarse excluyente del ejercicio de esa potestad.

Suele indicarse que la LCSP es una ley de consenso pese a que GONZÁLEZ GARCÍA<sup>42</sup> entienda que es un *consenso relativo* cuestionando la afirmación de que el 90 % de las enmiendas fueron transaccionada pero lo cierto es que ninguna de estas enmiendas prosperó, si bien ponen de manifiesto los problemas que suscita la ampliación de la revisión de oficio a estos nuevos actos. De un lado, la oportunidad en cuanto a revisar de oficio actuaciones de entes sujetos al derecho privado y, de otro lado, desde un punto de vista procedimental/competencial, cómo articular en la práctica este mecanismo en función de la situación de autonomía/control de estos entes respecto de su Administración matriz.

<sup>39</sup> El anteproyecto recogía la asimilación a actos administrativos pero referida a “poderes adjudicadores”.

<sup>40</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), Serie A, 16 de marzo de 2017, núm. 2-2, pp. 157-158 y 643-645.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pp. 410-411.

<sup>42</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., (2018). “La tramitación parlamentaria de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XXVIII, pp. 45-58.

En cuanto a la oportunidad la respuesta es clara, en la materia contractual se está produciendo un retorno a mecanismos de derecho administrativo, al menos en el ámbito contractual con la *excusa* del derecho europeo de contratos públicos, tal como indica GIMENO FELIÚ<sup>43</sup>: *Una de las principales novedades [de la LCSP] es que se adopta una uniformización del régimen jurídico en la licitación, con independencia de la naturaleza pública o privada del poder adjudicador.*

De otro lado, la competencia para tramitar y resolver la revisión de oficio plantea la relación de los entes instrumentales con su Administración matriz.

En el ámbito estatal, la LRJSP establece unas relaciones de dependencia entre los entes de la Administración institucional y los departamentos ministeriales en términos un tanto abstractos ligados sobre todo a un control económico y financiero. Así el artículo 91 establece que la ley de creación establecerá el departamento de dependencia o vinculación de los organismos públicos; los artículos 98 (organismos autónomos) y 103 (entidades públicas empresariales) aluden a la “dirección estratégica” por parte de la Administración General del Estado.

En las sociedades mercantiles estatales el artículo 112 LRJSP menciona la *supervisión general que ejercerá el accionista* y es el artículo 116<sup>44</sup> el que directamente contempla la tutela funcional sobre tales sociedades. El precepto no especifica con precisión el contenido de tal tutela que parece ir referida a aspectos económicos, pero contiene una importante previsión en su apartado 4 al recoger que: *En casos excepcionales, debidamente justificados, el titular del departamento al que corresponda su tutela podrá dar instrucciones a las sociedades, para que realicen determinadas actividades, cuando resulte de interés público su ejecución.* En esos casos, si el cumplimiento de tales instrucciones requiere la variación de los Presupuestos de Explotación y Capital se precisará la autorización del órgano competente conforme la legislación presupuestaria y, en el cumplimiento de tales instrucciones, los administradores no incurrirán en la responsabilidad prevista en la legislación de sociedades de capital.

Para GUIMERÁ RICO<sup>45</sup>, el régimen jurídico de las sociedades mercantiles públicas las deja reducidas a organismos públicos sin separación de patrimonio y sin verdadera autonomía de gestión.

CHINCHILLA MARÍN recuerda que el Tribunal Supremo en las Sentencias de 27 de noviembre de 2012 (rec. 318/2012) y 2 de enero de 2013 (rec. 1687/2012) admitió en la reclamación de pago efectuada por una administración territorial la eficacia interruptiva de la prescripción de los requeri-

---

<sup>43</sup> GIMENO FELIÚ, J. M. “Novedades introducidas en el anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público”, <https://www.obcp.es/opiniones/novedades-introducidas-en-el-anteproyecto-de-ley-de-contratos-del-sector-publico> (acceso último el 7 de junio de 2023).

<sup>44</sup> Con anterioridad, ya el artículo 17 de la Ley 22/2006, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid, otorgaba a la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid la facultad de dictar instrucciones obligatorias a sus sociedades dependientes. Como se expondrá a continuación este precepto tuvo un papel importante en la enajenación de las viviendas de la Empresa Municipal de Vivienda y Suelo de Madrid.

<sup>45</sup> GUIMERÁ RICO, J. J., *op cit*, p. 583.

mientos de pago efectuados por un organismo autónomo dependiente de la misma entendiendo que: (...) *no podemos estimar que no pueda la Comunidad de Madrid litigar en defensa de derechos que forma parte de sus organismos personificados puesto que esa autonomía funcional se centra en el cumplimiento de sus objetivos para el que asignan recursos pero en ningún caso lo independizan el ente matriz, que sigue ostentando potestades de control y tutela sobre el mismo puesto que son fondos públicos los que se ventilan* —artículo 24 Ley 9/1990, de 8 de noviembre—.

A estos efectos ha de recordarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2008 (rec. 268/2006) que perfiló el control de la Administración General del Estado sobre los organismos públicos.

Se trataba de una instrucción dirigida desde el Consejo de Ministros a Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) para facilitar el ejercicio de las reclamaciones de los pasajeros afectados por la suspensión de actividades en un aeropuerto.

Impugnado ese mandato por una línea aérea, la Sala recuerda (F.J. 5.º) que las relaciones de estos organismos con la Administración territorial de la que dependen no son de jerarquía sino de tutela, concepto que la sentencia reconduce a las de dirección, evaluación y control, aprobación del plan anual de objetivos, funciones que entrarían en el marco de directrices generales, pero en ningún caso referidas a actuaciones concretas en relación con supuestos determinados. De esta forma, para adoptar decisiones que fuesen más allá de esa función tutelar, tal y como ocurría con la instrucción impugnada, se requeriría una norma con rango de ley.

Sin embargo, un voto particular de dos magistrados consideró que la instrumentalidad y la autonomía de estos entes debía supeditarse a los intereses públicos por lo que no cabía una interpretación restrictiva de las facultades estatales de dirección y control.

Aun cuando no sea aplicable a estas entidades el principio de jerarquía, para ORTIZ MALLOL<sup>46</sup> las vías por las cuales se realiza la dirección por el ente matriz pueden ser, en ocasiones, las mismas que se utilizan para ejercer la potestad jerárquica.

Evidentemente, la LCSP al establecer la posibilidad de revisión de oficio supera las objeciones señaladas en la sentencia puesto que nos encontramos ante una previsión legal expresa, pero la ampliación de la posibilidad de revisión de oficio en esta materia a entidades sujetas al derecho privado plantea importantes problemas que la escasa regulación de la LCSP deja a la resolución casuística tanto por la Administración como por los tribunales de justicia.

Estos problemas ya se han planteado en la práctica jurídica en dos supuestos que pasamos a analizar y que sirven para mostrar la finalidad y las dificultades que se plantean en la revisión de oficio de actos de contratación de entidades públicas sometidas al Derecho privado.

---

<sup>46</sup> ORTIZ MALLOL, J., (2004). “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: Algunas notas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 163, enero-abril, p. 251.

#### IV. LA REVISIÓN DE OFICIO DE LA ADJUDICACIÓN DE TRENES POR PARTE DE FEVE/RENFE

Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha (FEVE) era una entidad pública empresarial que fue extinguida por el Real Decreto-ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios.

Como tal entidad pública empresarial se regía por el derecho privado excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tuviera atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria y, en lo tocante a la contratación, *por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas* —art. 57.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)—. Por ello era de aplicación la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

En 2010 FEVE adjudicó un contrato de fabricación y suministro de cuatro unidades de tren-tram por medio de un procedimiento negociado sin publicidad. En los tres años siguientes suscribió con la contratista una serie de protocolos adicionales por los que incrementó el número de unidades a suministrar en otras veinticuatro adicionales a las inicialmente adjudicadas y acordó el suministro de piezas de parque por importe de más de ocho millones de euros.

En diciembre de 2012 la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento acordó el inicio de un procedimiento de revisión de oficio. Tras un primer procedimiento que caducó, se inició un segundo procedimiento de revisión que declaró la nulidad tanto de la adjudicación inicial como de los actos posteriores.

Esa declaración de nulidad fue anulada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de mayo de 2015 (rec. 387 y 388/2013) por motivos formales, esencialmente por la competencia para acordar la revisión que fue acordada por el Secretario de Estado de Transportes cuando correspondía al Ministro que, además, no podía delegar esa competencia<sup>47</sup>.

Iniciado un nuevo procedimiento de revisión de oficio fue informado por el Consejo de Estado en su Dictamen 1037/2016, de 23 de febrero de 2017.

La empresa contratista se oponía a la revisión puesto que tales contratos tenían naturaleza privada y además habían sido transferidos a Renfe Viajeros S.A.

---

<sup>47</sup> El artículo 12 de la LOFAGE al enumerar la revisión de oficio dentro de las competencias de los Ministros recogía que correspondían a los Ministros “en todo caso” por lo que el Tribunal Supremo consideró que era indelegable. El artículo 61 de la LRJSP no recoge esa expresión.

Para el Consejo de Estado, FEVE era una entidad pública empresarial y estos entes se rigen por el derecho privado salvo en la formación de la voluntad de sus órganos. En esa formación de la voluntad han de incluirse los actos de preparación y adjudicación de los contratos. Por el contrario, en lo relativo a los efectos y extinción queda (...) *vedado a la Administración contratante interferir en ese ámbito mediante el ejercicio de poderes o potestades ajenas o extrañas al fuero privado*.

El órgano consultivo aborda de una manera mucho más detallada si ese régimen jurídico se ve alterado por la cesión de los contratos a una sociedad mercantil estatal como es Renfe Viajeros S.A.

Comienza destacando que la utilización de técnicas de derecho privado por la Administración ha de entenderse que tiene una naturaleza funcional por lo que no se transfiere el derecho privado sin más, sino que tiene perfiles propios derivados de su utilización por las Administraciones públicas.

Entiende que en los contratos se pueden distinguir, desde los glosadores, dos fases: el contrato *in fieri* (perfección) y el contrato *in facto esse* (relación permanente con un haz de derechos y obligaciones nacidos del contrato). En el caso de las cesiones del contrato lo que se cede es el contrato *in facto esse*.

En los contratos celebrados por las Administraciones públicas, tanto públicos como privados, hay, además de las dos fases expuestas de perfección y de ejecución y cumplimiento, una tercera fase interna de conformación de la voluntad, inexistente en los contratos celebrados por sujetos privados *stricto sensu*.

En esta fase deben concurrir una serie de presupuestos legales que no se integran en el contrato y cuya omisión determina la invalidez. Al tratarse de una fase sujeta al Derecho administrativo los remedios contra esa invalidez también son administrativos.

En la cesión de contratos privados por las Administraciones públicas a otros sujetos se cede el contrato *in facto esse* pero no las acciones relativas a esa fase administrativa que no solo no forman parte del contrato, sino que son intransmisibles al tratarse de potestades públicas.

Por tanto, aun tratándose de contratos privados, la formación de la voluntad contractual se regía por el Derecho administrativo y el acto de adjudicación del Consejo de Administración de FEVE ponía fin a la vía administrativa sin que la cesión de los contratos a Renfe Viajeros S.A. comportase la transmisión de las acciones para la depuración de la validez de esos actos.

Por todo ello entra en el fondo de la revisión de oficio y considera que procede la nulidad, habida cuenta que en la adjudicación por el procedimiento negociado sin publicidad se alteraron sustancialmente los términos en los que el contrato se había licitado por procedimiento abierto. Además, insta a la depuración de las responsabilidades administrativas o de otro orden que pudieran existir.

Recurrida la declaración de nulidad, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2018 (rec. 229/2917) confirma la resolución recurrida.

Entiende la Sala que la novación subjetiva producida como consecuencia de la extinción de FEVE no varió la naturaleza<sup>48</sup> y contenido de los contratos celebrados ni afectó a la potestad de oficio que, antes y después, correspondía al Ministro de Fomento sin que tal potestad pudiese ser objeto de transmisión.

Confirma, en definitiva, la nulidad de los actos revisados destacando (...) *las circunstancias concurrentes en este procedimiento de contratación [son] tan llamativamente contrarias al interés público y a los principios inspiradores de la contratación administrativa.*

Este procedimiento de revisión de oficio de un contrato privado o, mejor dicho, de la adjudicación del contrato, muestra una serie de características/problemas de estas revisiones de oficio.

En primer lugar, estas revisiones de oficio deberían limitarse a casos especialmente graves para el interés público y en los que las irregularidades cometidas sean de especial intensidad. Si bien esto debe tenerse presente en toda revisión de oficio, en estos casos cobra especial relevancia.

En segundo lugar, este supuesto muestra las dificultades de aplicar la revisión de oficio a contratos privados celebrados por entidades que se rigen por el Derecho privado. Es cierto que la doctrina de los actos separables hace que la formación de la voluntad se rija por el derecho administrativo, pero, en este caso, la cesión del contrato a una sociedad mercantil pública planteó dudas sobre la aplicación de esa teoría, tal y como lo demuestra la especial intensidad de la motivación del dictamen del Consejo de Estado en este punto.

Para concluir el análisis de este procedimiento de revisión, ha de recordarse que la revisión puede suponer, tal y como contempla el artículo 106.4 de la LPAP, la responsabilidad patrimonial de la Administración y, en este caso, la empresa contratista formuló una reclamación pidiendo más de cinco millones de euros.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de enero de 2020 (rec. 3/2017) desestimó esa solicitud destacando el papel activo que había tenido la contratista en la producción de los actos anulados. La sentencia es contundente al afirmar que: *Indudablemente la Administración cometió errores de tramita-*

---

<sup>48</sup> Por el contrario, en los casos de extinción de sociedades mercantiles públicas en los que la administración territorial se subroga en sus contratos, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid viene entendiendo desde su Sentencia de 19 de febrero de 2009 (rec. 1147/2006) que, puesto que estos contratos se celebraban por sociedades mercantiles públicas con el objeto de prestar de un servicio público por parte de la Administración, que actuaba movida por satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de sus competencias, ello determinaría que al asumirse por la Administración pasarían a calificarse como contratos administrativos siendo competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ese criterio ha sido reiterado en otras sentencias de esa Sala tales como las de 4 de septiembre de 2017 (rec. 489/2015), 13 de octubre de 2017 (rec. 531/2015), 15 de noviembre de 2017 (rec. 524/2016) y 3 de mayo de 2018 (rec. 227/2017).

Postura contraria es la mantenida por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la Sentencia de 15 de noviembre de 2017 (rec. 15/2017).

*ción en los dos expedientes previos, pero no por ello puede calificarse su conducta como antijurídica, pues no cabe duda de que quien es parte activa en un contrato que por su propia naturaleza es esencialmente fraudulento y lesivo de los intereses generales debe soportar, como mínimo y sin perjuicio del eventual ejercicio de otras acciones de mayor reproche jurídico, la actuación revisora de la Administración.*

Recurrida en casación, el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de junio de 2021 (rec. 3070/2020) fijó como doctrinal casacional el que, cuando en la adjudicación de un contrato se procede a la revisión de oficio por incurrir dicha adjudicación en causa de nulidad de pleno derecho y siempre que el contratista haya sido participe en los actos que sirven de presupuesto a esa declaración de nulidad, no puede considerarse que el daño que pudiera haberse ocasionado con la ejecución del contrato luego declarado nulo, sea antijurídico a los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración contratante. En concreto, en el presente caso, consideró que la colaboración de la recurrente en la nulidad del contrato era *palmaria*.

## V. LA REVISIÓN DE LA ENAJENACIÓN DE LAS VIVIENDAS PROPIEDAD DE LA EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA DE MADRID

La crisis económica sufrida por España entre los años 2008 y 2014 motivó una serie de fuertes ajustes en las Administraciones públicas, llegando incluso a producirse una reforma constitucional el 27 de septiembre de 2011 afectando al artículo 135 imponiendo a las Administraciones el principio de estabilidad presupuestaria.

Esa estabilidad exigió fuertes reducciones de gasto y que las Administraciones buscasen aumentar sus ingresos, a la vez que se producía una reorganización de la Administración institucional, fundamentalmente mediante la supresión y refundición de organismos.

Una de las medidas para obtener ingresos fue la venta de elementos patrimoniales de las Administraciones y en Madrid se decidió, tanto por el Instituto de Vivienda de Madrid (IVIMA), organismo autónomo de carácter comercial y financiero de la Comunidad de Madrid, como por la Empresa Municipal de Vivienda y Suelo (EMVS) del Ayuntamiento de Madrid, la enajenación de las viviendas de protección pública que estaban arrendadas a particulares.

Para facilitar tales enajenaciones se modificó el artículo 18 del Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 74/2009, de 30 de julio, a través del Decreto 59/2013, de 18 de julio de 2013. La nueva redacción establecía que: *Las viviendas con protección pública para arrendamiento y arrendamiento con opción de compra, podrán ser enajenadas por sus titulares por promociones completas, de manera parcial, incluso individualmente, y a precio libre, en cualquier momento del período de vinculación a*

*dicho régimen de uso, previa autorización de la Consejería competente en materia de vivienda, a un nuevo titular o titulares, siempre que sean personas jurídicas, incluyendo sociedades o fondos de inversión inmobiliaria, pudiendo retener, si así lo acuerdan, la gestión de las promociones, con la obligación por parte del nuevo o los nuevos titulares, de atenerse a las condiciones, plazos y rentas máximas establecidos, subrogándose en sus derechos y obligaciones.*

Tanto la enajenación realizada por el IVIMA como la de la EMVS generaron múltiples problemas jurídicos<sup>49</sup> y en el caso de la de la EMVS fue objeto de un procedimiento de revisión de oficio.

Tras la enajenación de 1.860 viviendas realizada por la EMVS en 2013, la Cámara de Cuentas de Madrid en su informe de fiscalización de 2016 realizó una serie de observaciones críticas sobre el proceso de enajenación, fundamentalmente referidas a defectos en la tramitación (ausencia de pliegos y trato privilegiado a determinados licitadores) así como a la valoración de los inmuebles enajenados que no se realizó por una sociedad de tasación sino por una consultora.

Debe indicarse que, en este caso, a la dificultad de la aplicación de la revisión de oficio a los actos de entes sujetos al derecho privado (especialmente tratándose de una sociedad mercantil) se unía el que se trataba de un contrato patrimonial y por tanto excluido de la regulación de los contratos públicos.

El procedimiento de revisión se inició por el Ayuntamiento de Madrid en 2017 considerando que las irregularidades puestas de manifiesto por la Cámara de Cuentas y otras alegadas por el propio Ayuntamiento determinaban que en la enajenación se hubiera prescindido totalmente del procedimiento por lo que concurría la causa de nulidad del artículo 62.1e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actualmente el art. 47.1 e) de la LPAC).

El acuerdo de inicio del procedimiento presta una especial atención a la posibilidad de revisar el acuerdo de la EMVS pese a su condición de sociedad mercantil.

El Ayuntamiento parte de la integración del patrimonio de la EMVS en el patrimonio global del Ayuntamiento al ser una de las formas de prestación de los servicios públicos locales (art. 85.2 d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local) y ser las sociedades públicas pertenencias de la Administración conforme recogió la STC 14/1986, de 31 de enero.

Con relación al espinoso problema de la regulación aplicable a los contratos patrimoniales considera que les es de aplicación la normativa de contratación pública ya que, aunque esta los excluya de su ámbito de aplicación,

---

<sup>49</sup> La enajenación del IVIMA fue anulada por un defecto de tramitación (falta de aprobación por el Consejo de Administración del organismo autónomo) por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de mayo de 2019 (rec. 567/2018).

la normativa patrimonial (arts. 8.1, 30.2 y 110 de la LPAP) remitiría a su vez a la normativa de contratos a lo que se suma el que la enajenación de los bienes patrimoniales locales ha de hacerse por subasta.

Asimismo, recuerda que la legislación de contratos califica como poderes adjudicadores a las sociedades mercantiles públicas en los contratos sujetos a regulación armonizada.

En el trámite de audiencia, la compradora de las viviendas formuló alegaciones en las que consideraba que no era posible aplicar el procedimiento de revisión de oficio ya que se trata de una potestad administrativa que solo es aplicable a actos administrativos como indicó la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de febrero de 2016 (rec. 12/2015).

La remisión del artículo 110 LPAP a la normativa de contratos públicos no es de aplicación puesto solo es aplicable (arts. 2.2 y disposición final 2.<sup>a</sup>) a la Administración local y entidades de derecho público dependientes.

Si bien al ser contratos patrimoniales la aplicación de la legislación de contratos queda excluida, también resulta del TRLCSP la imposibilidad de revisión ya que las sociedades mercantiles no son Administración pública y solo se las consideraba poderes adjudicadores en los contratos sujetos a regulación armonizada. De igual forma, el artículo 21.2 de dicho texto refundido establecía la competencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de los litigios que afectasen a la preparación y adjudicación de los contratos privados de los entes y entidades que no tuvieran el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estuvieran sujetos a una regulación armonizada.

En esta fase del procedimiento de revisión ya era patente que la principal cuestión a dilucidar no era tanto el fondo del asunto en cuanto a si el procedimiento de contratación era nulo de pleno derecho como si era factible su revisión al tratarse de una sociedad mercantil.

Por ello en la solicitud de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid se introdujeron por el Ayuntamiento nuevos argumentos a favor de la revisión.

Así se planteó que, puesto que la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid aprobó el plan de viabilidad, ello podría considerarse como un acto administrativo<sup>50</sup>. Se citaba también la posibilidad de revisión al amparo de la LCSP de 2017 y el que la jurisprudencia penal consideraba como fondos públicos los de las sociedades mercantiles de la Administración.

El Dictamen 184/18, de 19 de abril de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid rechazó la posibilidad de revisar de oficio.

El órgano consultivo autonómico recuerda que ha de partirse de la aplicación restrictiva de la potestad de revisión de oficio, tal y como viene esta-

---

<sup>50</sup> Esta referencia supone introducir más confusión en el procedimiento de revisión de oficio. ¿Qué se está revisando?, ¿un acto de la Junta de Gobierno de la ciudad de Madrid o la adjudicación del contrato de enajenación de viviendas acordada por la EMVS?

bleciendo una reiterada y constante jurisprudencia. Asimismo, destaca que en ningún caso puede considerarse a las sociedades mercantiles públicas como Administraciones públicas como ha destacado el Consejo de Estado en su Dictamen 1773/2009, de 12 de noviembre y también ha recogido la jurisprudencia de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo.

Si bien es cierto que en ocasiones se ha procedido al levantamiento del velo para imputar a la Administración territorial las actuaciones de la sociedad mercantil pública, la finalidad de la aplicación de esa doctrina es evitar perjuicios de terceros<sup>51</sup>.

La regulación de la LPAC no permite aplicar la revisión de oficio a las actuaciones de las sociedades mercantiles públicas puesto que no son Administración pública ni sus actos son actos administrativos (art. 34 LPAC). Si bien el artículo 2.2. b) de la LPAC establece que, cuando las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas ejerzan potestades administrativas, se sujetarán a dicha ley, es evidente que la enajenación de su patrimonio no es ninguna potestad administrativa sino mera gestión patrimonial<sup>52</sup>.

Otra cuestión planteada que resulta de especial interés es la aplicación de la normativa de contratación pública a este contrato que, en cuanto enajenación de bienes, tiene naturaleza patrimonial.

La tesis del Ayuntamiento de Madrid era que, si bien los contratos patrimoniales están excluidos de la aplicación de la normativa de contratación pública, al remitirse la LPAP a la legislación de contratos resulta aplicable esa normativa<sup>53</sup>.

Este reenvío doble ha generado un importante debate doctrinal y posiciones diversas en la doctrina de los órganos consultivos de contratación.

GONZÁLEZ GARCÍA<sup>54</sup> defiende que los bienes de las sociedades mercantiles públicas son bienes públicos a los que les son de aplicación los principios recogidos en la LPAP y, por ende, sus contratos patrimoniales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por la LPAP y sus dis-

---

<sup>51</sup> *Vid.* al respecto, la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 23 de diciembre de 2022 (rec. 500/2021) que exige la existencia de infracapitalización y de fraude o abuso del derecho. Comentada por NIETO GARRIDO, E., <https://www.gobiernolocal.org/acento-local/la-responsabilidad-del-ayuntamiento-por-las-deudas-de-su-sociedad-mercantil-insolvente-la-aplicacion-de-la-doctrina-del-levantamiento-del-velo-por-la-sala-de-lo-contencioso-administrativo-del-tsj-de/> (acceso último el 7 de junio de 2023).

<sup>52</sup> Ha de recordarse lo anteriormente expuesto sobre la discusión doctrinal relativa a la atribución de potestades administrativas a entidades de derecho privado.

<sup>53</sup> Nos encontramos ante un supuesto de una evidente descoordinación normativa que, por desgracia, cada vez son más frecuentes en nuestro ordenamiento a raíz de la mala técnica legislativa que prevalece en los últimos años: abuso de los decretos leyes, falta de transparencia en las enmiendas pactadas y descoordinación entre las leyes en tramitación. *Vid.* al respecto: ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., “La vocación de nuestro tiempo por la legislación y los retos para el legislador”, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2020.

<sup>54</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J. <https://globalpoliticsandlaw.com/blog/2020/02/23/bienes-sociedades-mercantiles-publicas-bienes-publicos/> (acceso último el 7 de junio de 2023).

posiciones de desarrollo y, en lo no previsto, por la legislación de contratos públicos, siendo aplicable la teoría de los actos separables.

LACASA TRIBÓ<sup>55</sup> señala que las juntas consultivas de contratación se dividen en dos grupos, las que consideran aplicable a los contratos patrimoniales la normativa de contratación pública y las que no.

Así los Informes 4/2009 de 15 de abril y 10/2010, de 15 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón consideran que, puesto que la legislación de contratos excluye de su ámbito de aplicación objetivo a estos contratos, no cabe aplicar a los mismos sus normas.

Para JAVALOYES DUCHA<sup>56</sup> esta postura es la más acertada ya que la remisión de la legislación patrimonial a la de contratos se hacía en un momento en el que esta última sí comprendía los contratos patrimoniales en tanto que la actual normativa de contratos los excluye expresamente.

PASCUAL MARTÍN y CEBRIÁN HERRANZ<sup>57</sup>, al analizar los contratos sobre los bienes integrantes de los patrimonios públicos de suelo, entienden que remisiones como la del artículo 112 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, carecen hoy de efectividad sin perjuicio de que los pliegos se remitan puntualmente a la legislación de contratos.

La Junta Consultiva de Contratación del Estado mantiene una postura ambigua ya que, si bien reconoce que son contratos excluidos, admite la aplicación de sus normas si hay un reenvío de la normativa patrimonial —Informe 25/08, de 29 de enero de 2009—. En el Informe 47/11, de 1 de marzo de 2012 rechaza la aplicación del procedimiento negociado y el contrato menor puesto que tales figuras no están contempladas en la normativa patrimonial. En el Informe 7/96, de 7 de marzo de 1996, admite la aplicación supletoria de la legislación de contratos cuando así lo contemple la normativa patrimonial autonómica.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su Informe 4/2017, de 9 de junio, sobre calificación de contrato de enajenación de bienes del patrimonio público del suelo consideró que el régimen jurídico aplicable a los contratos del patrimonio público del suelo sería, como consecuencia de quedar los contratos patrimoniales excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP, la legislación básica del Estado en materia patrimonial, la regulación autonómica tanto urbanística como patrimonial y supletoriamente se aplicarían las normas estatales no básicas de la legislación

<sup>55</sup> LACASA TRIBÓ, A. (2023). “Los contratos patrimoniales de las entidades locales: algunos aspectos conflictivos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. I, Sección Tribuna, marzo.

<sup>56</sup> JAVALOYES DUCHA, M. H. (2019). “Los negocios patrimoniales en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Especial referencia a la gestión patrimonial en las entidades locales”, *Revista de Derecho Local, Tribuna*, núm. 70, enero.

<sup>57</sup> PASCUAL MARTÍN, J. I. y CEBRIÁN HERRÁN, L., (2020). “Los contratos sobre los patrimonios públicos del suelo: Naturaleza y régimen jurídico”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 45, pp. 189-222.

patrimonial estatal, y en su defecto los principios de la legislación de contratos para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2021 (rec. 7504/2019) se opta por la aplicación supletoria de la legislación de contratos lo que lleva a la Sala a entender que los contratos patrimoniales se perfeccionan con la formalización.

El Dictamen 184/18 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid consideró que la enajenación de las viviendas por la EMVS, además de ser un contrato patrimonial, no se trataba en modo alguno de un contrato sujeto a regulación armonizada y por tanto la EMVS no podía calificarse como poder adjudicador por lo que la posibilidad de revisión de oficio quedaba excluida.

La invocación de la LCSP de 2017 que efectuaba el Ayuntamiento de Madrid en cuanto amplía la revisión de oficio a todos los contratos del sector público aun cuando no estén sujetos a regulación armonizada, considerando a tales efectos sus actos como actos administrativos, no solo no permitía la revisión de oficio, sino que se oponía a tal revisión por dos razones.

En primer lugar, por cuanto la disposición transitoria 1.ª apartado 2.º de la LCSP de 2017 recoge la regla tradicional *tempus regit actum* de tal forma que los contratos adjudicados antes de su entrada en vigor se rigen por la normativa anterior y, en segundo lugar, por cuanto en el procedimiento de elaboración de la LCSP no prosperó una enmienda que pretendía permitir la revisión de oficio a contratos adjudicados con anterioridad.

En concreto la enmienda 806<sup>58</sup> del Grupo Parlamentario Socialista proponía añadir a la actual disposición final 4.ª (normas aplicables a los procedimientos regulados en esta ley y a los medios propios personificados) un párrafo 4.º con el siguiente tenor: *Los procedimientos de revisión de oficio de adjudicaciones previstos en esta Ley podrán ser utilizados desde la entrada en vigor de esta ley, aunque las adjudicaciones se hayan realizado con anterioridad.*

La motivación que se acompañaba al texto de la enmienda era la siguiente: *Concreción de la aplicación de los procedimientos de revisión de oficio para procedimientos anteriores a la norma por razón de la nulidad de las mismas.*

Dejando a un lado el que la motivación era meramente descriptiva, lo cierto es que la enmienda muestra que, en el procedimiento legislativo, se tenía plena conciencia en cuanto a que la regulación anterior no permitía la revisión de oficio de actos de entidades del sector público que no fueran Administración pública salvo que se tratase de contratos de poderes adjudicadores sujetos a regulación armonizada y que, al rechazarse la enmienda,

---

<sup>58</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), Serie A, 16 de marzo de 2017, núm. 2-2, pp. 610-611. Llama la atención la coincidencia temporal con la fase previa al planteamiento del procedimiento de revisión de oficio de la venta de viviendas efectuada por la EMVS. Además suponía la introducción de una regla de derecho transitorio en una disposición final. *Vid.* SANZ PÉREZ, A. L., (2012). “Apuntes sobre la técnica legislativa en España”, Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 26, p. 30.

no es posible aplicar la nueva regulación a contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor.

El dictamen concluía indicando que, aun cuando no procediera la revisión de oficio, ello no afectaba a otros procedimientos que afectaban a esta operación puesto que la misma estaba siendo objeto de diligencias penales y de un procedimiento de responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas.

Las diligencias penales fueron archivadas<sup>59</sup> y el procedimiento ante el Tribunal de Cuentas concluyó con la Sentencia de la Sala de Justicia de 17 de julio de 2019 (recurso de apelación 20/19).

En la citada Sentencia se considera (FJ. 15.º) que la remisión de la normativa de contratos a la legislación patrimonial determinaba que los únicos preceptos de dicha normativa aplicables al caso serían los artículos 2.2 y 8.1 de la LPAP por remisión de la disposición final 2.ª de la citada norma.

La sentencia destaca que: *El régimen legal de aplicación al caso planteado, en los términos en que han sido detallados, evidencian la complejidad del régimen mixto —público y privado— que rige la gestión económica de este tipo de Sociedades, que son mercantiles, pero también son públicas, en orden a la determinación del marco jurídico aplicable a las operaciones de transmisión patrimonial que son objeto de enjuiciamiento en la presente “litis”. Dicha complejidad normativa ya fue puesta de manifiesto por la Instrucción, en fase de Actuaciones Previas y ha sido subrayada por la Consejera de instancia, en su Fundamento Jurídico Undécimo, hasta el punto que dicha dificultad motivó la ampliación del plazo prevenido legalmente para dictar Sentencia en la aludida Primera Instancia.*

Por ello entiende (FJ. 19.º) que, si bien pudieron existir irregularidades, estas fueron eminentemente formales y no constituyeron una quiebra de los principios de transparencia y concurrencia del artículo 8 de la LPAP lo suficientemente grave como para erigirla en una vulneración de las normas jurídicas que regulan la contratación, habida cuenta que no son extrañas en la praxis de los negocios en un contexto mercantil.

Por todo ello concluye entendiendo que no existe responsabilidad contable y revoca la sentencia de instancia dictada por una consejera de cuentas.

A la sentencia se formuló un voto particular por un consejero de cuentas que (en lo que interesa a este artículo) afirma que el FJ. 15.º es contradictorio al referirse al régimen jurídico aplicable a los contratos patrimoniales, pero, a continuación, afirma que se muestra de acuerdo con las referencias normativas de la sentencia de tal forma que reduce su discrepancia a la interpretación del artículo 8 de la LPAP en relación con la normativa de vivienda protegida de la Comunidad de Madrid.

Esta sentencia del Tribunal de Cuentas muestra la dificultad de precisar el régimen jurídico aplicable a las sociedades mercantiles públicas y los problemas que puede plantear la aplicación de la revisión de oficio a sus actos contractuales.

---

<sup>59</sup> [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/02/08/companias/1644325465\\_757054.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/02/08/companias/1644325465_757054.html) (acceso último el 7 de junio de 2023).

## VI. CONCLUSIONES

La extensión de la revisión de oficio a la totalidad de los procedimientos de contratación de los poderes adjudicadores que no son Administración pública, singularmente las sociedades mercantiles públicas, plantea una serie de cuestiones tanto sobre la revisión de oficio como sobre su régimen de contratación y, en general, sobre la naturaleza de estas sociedades públicas y su utilización como una forma de prestación de los servicios públicos.

La revisión de oficio es, como se ha indicado, una de las prerrogativas de la Administración más *exorbitantes*. La posibilidad de desvincularse unilateralmente de sus propios actos es una posibilidad vedada a los particulares y solo puede explicarse por los intereses generales que defiende la Administración pública. Es por ello que en la regulación general del procedimiento administrativo únicamente se atribuye a las Administraciones públicas.

De esta forma, la posibilidad de que una sociedad mercantil, por muy pública que sea la titularidad de sus acciones, pueda acudir a este mecanismo llama poderosamente la atención. O quizás no tanto, por cuanto es un hecho notorio que las sociedades mercantiles se han convertido en una suerte de organismos autónomos o, peor aún, negociados administrativos que realizan funciones administrativas de forma más o menos encubierta.

Podría considerarse que frente a la *huida del Derecho Administrativo* nos encontramos ante una especie de *reconquista* pero, lamentablemente, no es así sino una utilización selectiva de algunas de sus instituciones.

En el ámbito de la contratación, esa recuperación de instituciones y controles administrativos se ha debido al Derecho europeo que exigía que la contratación de los poderes públicos se ajustara a unos principios básicos de publicidad y transparencia que permitiesen el acceso a los contratos de las empresas europeas en el marco del mercado único. Una vez que se garantizase el derecho de acceso a los contratos públicos, a las instituciones europeas les era indiferente la naturaleza privada o no de los contratos y de los poderes adjudicadores.

Con esta finalidad, se ha unificado en gran medida la preparación y adjudicación de los contratos públicos con independencia de la naturaleza jurídica del poder adjudicador. En esta unificación la extensión de la revisión de oficio es un paso más.

No obstante, esta publicación se limita a la preparación y adjudicación. Desde la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, la contratación pública española se ha centrado en la adjudicación de los contratos como si el contrato fuera un fin en sí mismo y no un mero instrumento para la ejecución de políticas públicas. De esta forma la ejecución contractual queda relegada y, en el caso de los contratos públicos gestionados por entes sometidos al Derecho privado, supuestamente desaparece ese interés público y quedan sometidos al ordenamiento jurídico privado.

Es difícil de entender que se pueda revisar de oficio la adjudicación de un contrato por parte de una sociedad mercantil pero no las actuaciones que en la ejecución contractual (modificaciones, revisiones de precios, prórrogas, etc.) puedan dictarse en manifiesta contravención de las normas legales y lesionando el patrimonio de estas sociedades que sí tiene en todo caso naturaleza pública.

De otro lado también es cuestionable que la posibilidad de revisión quede limitada al ámbito de la contratación pública. Si las sociedades mercantiles públicas desarrollan políticas públicas no es fácilmente entendible que sus actos de preparación y adjudicación contractual sean revisables y no, por ejemplo, sus actos en materia de personal o de responsabilidad patrimonial.

Curiosamente esas dos materias son contempladas específicamente en la Constitución Española tanto en lo que se refiere al empleo público (arts. 23 y 103)<sup>60</sup> como en la garantía institucional de la responsabilidad patrimonial que el artículo 106.2 atribuye al *funcionamiento de los servicios públicos*.

Por tanto, si las sociedades mercantiles públicas prestan servicios públicos e incluso pueden ejercer potestades públicas cabría preguntarse la razón de su sometimiento (al menos sobre el papel) al Derecho privado y si no estaríamos en realidad ante unos pseudo organismos autónomos a los que el legislador les da un carácter anfibio, sometidos en cada caso a la rama del ordenamiento que más interesa sin que sepamos a ciencia cierta la razón de esa elección normativa.

De otro lado, como se ha indicado, la revisión de oficio es una prerrogativa administrativa completamente opuesta a la regla general del derecho privado en cuanto a que nadie puede ir contra sus propios actos. Si las sociedades mercantiles estatales aplican esta potestad supone que entes que actúan en el tráfico jurídico privado pueden (a través de su Administración matriz) revocar sus actos y, consecuentemente, sus negocios jurídicos, de tal forma que se introduce un importante factor de inseguridad jurídica.

Por ello parece razonable entender que la reforma de la LRJSP se quedó corta y que debería aprobarse un estatuto general de la sociedad mercantil pública como una variante de las sociedades mercantiles, con peculiaridades importantes tanto en cuanto a su régimen de personal, contratación como, a mi juicio, en la responsabilidad por los daños causados en la prestación de servicios públicos.

Si al atribuirse potestades administrativas a sociedades mercantiles estas quedan sometidas a las disposiciones de la LPAC no puede negarse su condición de Administración pública. Pretender que estas sociedades tengan un doble régimen jurídico no hace sino crear confusión en cuanto a su actuación con riesgos de ineficacia y/o corrupción.

---

<sup>60</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 2 de julio de 2020 (rec. 1906/2018) aplica los principios de mérito y capacidad en la selección de personal en las sociedades mercantiles estatales. Sin embargo, como se ha expuesto, no se admite la revisión de oficio en los contratos laborales.

Ahora bien, si las sociedades mercantiles públicas gestionan servicios públicos y ejercen potestades administrativas sometiéndose a la legislación de procedimiento administrativo, ¿merece la pena que sigan sometiéndose al derecho privado?

En este sentido la posibilidad de revisar de oficio los actos de adjudicación y preparación de los contratos de las sociedades mercantiles públicas muestra a las claras su naturaleza de organismos públicos con ropajes mercantiles.

En realidad, es el propio legislador el que levanta el velo/máscara de estas sociedades y nos muestra su naturaleza jurídico-pública.