

DICTAMEN SOBRE CARACTER DE CONTRATO DE OBRAS CON EMPRESA MIXTA

Se requiere al letrado que suscribe para que emita su opinión en Derecho en relación con los extremos que luego se dirán y a la vista de los siguientes

ANTECEDENTES

I

Por la Entidad Mercantil MERCAX se anunció concurso para la adjudicación de obras para la construcción de la denominada «obra civil del matadero de esta unidad alimentaria».

Realizados los trámites pertinentes, se acordó adjudicar provisionalmente las obras concursadas a la empresa «M. N.» por un importe de 89.503.642,20 pesetas (ochenta y nueve millones, quinientas tres mil seiscientos cuarenta y dos pesetas con veinte céntimos).

La adjudicación definitiva tuvo lugar por acuerdo del Consejo de Administración de MERCAX, formalizándose el contrato en escritura pública otorgada ante Notario. En dicho otorgamiento comparece en representación de MERCAX, don A. B. en la fecha Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de X.

Hay que añadir que la cláusula tercera de la escritura de adjudicación dice así:

3.^a Sumisión a fuero.—Los otorgantes expresamente, con renuncia a cualquier otro, se someten a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de X.

II

El concurso en cuestión se resolvió de acuerdo con las Bases aprobadas por MERCAX. De su contenido interesa destacar lo siguiente:

— Se declaran inhabilitados para concursar a las personas «que lo estén por la Legislación de Contratos del Estado» (Base quinta).

— Entre los documentos se exige declaración jurada de no incurrir en las incompatibilidades «a que se refiere el artículo 20 del Régimen General de Contratación del Estado» (Base décima, a).

— El jurado podrá decidir la adjudicación provisional del contrato incluyendo prescripciones especiales que «el adjudicatario no quedará obligado a aceptar», aunque en tal caso no se realiza la adjudicación (Base decimoquinta).

— La formalización de la adjudicación se realizará «ante el notario que designe Mercazaragoza» (Base decimosexta).

— En lo no previsto en las bases «será de aplicación la Ley de Contratos del Estado» y disposiciones complementarias (Base decimoséptima).

— El concursante renuncia expresamente al fuero de su domicilio y se somete a los Tribunales de Zaragoza que sean competentes para la resolución de cuantas incidencias o reclamaciones pudieran surgir a consecuencia de esta contratación (Base final).

III

El contrato se somete asimismo al Pliego de Condiciones Económico-administrativas aprobado por MERCAX. De dicho pliego interesa recordar lo siguiente:

— La fianza definitiva responderá «en los casos de resolución del contrato prevista en la Ley de Contratos del Estado» (art. 1.º).

— La ejecución del contrato se realizará «a riesgo y ventura del contratista en la forma establecida en el artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado» (art. 2.º).

— MERCAX se reserva el derecho a realizar las modificaciones contractuales que considere necesarias y a aumentar el volumen de las obras hasta un 25 por 100 (art. 5.º).

— Se declara aplicable expresamente lo establecido en el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre (art. 7.º).

— MERCAX podrá acordar por sí y unilateralmente la resolución del contrato con abono de daños y perjuicios a su favor por incumplimiento de los plazos (art. 11).

— Son causa de resolución del contrato «las que se indican en la Ley de Contratos del Estado y cada una de las que se citan a continuación...» (art. 14).

— En caso de desacuerdo entre el adjudicatario y MERCAX prevalecerá el criterio de esta última (art. 15, 2, b).

— Por vía supletoria será de aplicación lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre (artículo 25).

IV

En el Registro Mercantil de X aparece inscrita la Sociedad Anónima MERCAX. De la certificación literal de todos los asientos obrantes en los libros de inscripción del archivo del Registro, obtenido por la empresa que formula la presente consulta, se desprenden los siguientes datos:

a) Por Decreto de 7 de abril de 1966 se acordó la creación, con carácter de Empresa Nacional de la Sociedad Anónima «Mercados Centrales de Abastecimiento» (MERCASA). En cumplimiento de sus fines, MERCASA proyectó la construcción del mercado o mercados centrales mayoristas con matadero en X, para realizar, cuyo proyecto se estimó como medio idóneo el siguiente:

1. Constituir una Sociedad Anónima con aquellos organismos oficiales interesados y demás representantes de la producción, comercio y consumo de X.

2. Una vez constituida dicha Sociedad, el Ayuntamiento de X se incorporaría a la misma por el sistema de adquisición de acciones que prevé el artículo 11 del Reglamento de Bienes de las entidades locales.

3. Mediante la modificación de los Estatutos que prevé el artículo 105,2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y previo el expediente de municipalización a que se refiere el artículo 104, la primitiva Sociedad Anónima se convertiría en Empresa Mixta, quedando sometida al citado Reglamento.

A la vista de tales antecedentes, los comparecientes constituyen una Sociedad Mercantil Anónima que se denominará Mercados Centrales de Abastecimiento de X, S. A., (MERCAX), que tendrá su domicilio social precisamente en el Ayuntamiento de X, con un capital social de 60.000.000 de pesetas y que se registrará por la Ley de 17 de julio de 1951, y por sus Estatutos Sociales y demás Disposiciones legales.

b) El capital social se distribuye por suscripción de la siguiente manera:

1. MERCASA, 58.000.000 de pesetas.
2. La Cooperativa «Casa de Ganaderos de X», 400.000 pesetas.
3. La Cámara Sindical Agraria, 1.000.000 de pesetas.
4. La Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos, 150.000 pesetas.
5. La Unión Territorial de Cooperativas del Campo, 100.000 pesetas.
6. Don J. G., como asentador de frutas y verduras, 150.000 pesetas.
7. Don A. D., como asentador de frutas y verduras, 140.000 pesetas.

c) Como pactos especiales y expresos en la escritura de constitución de la sociedad aparecen los siguientes:

1. MERCASA se compromete a vender al Ayuntamiento de X acciones por valor de 12.000.000 de pesetas, tan pronto dicha Corporación haya cumplido con los requisitos legales para la adquisición de valores mobiliarios.

2. En cualquier momento, MERCASA podrá ceder a personas naturales o jurídicas dedicadas a la producción, al comercio o al consumo, una cantidad de acciones, hasta un total del 23 por 100 del capital social.

3. Terminada la fase de constitución los socios acomodarán sus participaciones en el capital social a los siguientes porcentajes: el 51 por 100 a cargo del Ayuntamiento de X, el 28 por 100 a cargo de MERCASA y el 23 por 100 a cargo de los restantes socios.

4. Si el Ayuntamiento no puede suscribir acciones hasta el porcentaje del 51 por 100 antes indicado, MERCASA se subrogará en esta obligación de adquirirlas en nombre del Ayuntamiento.

d) En la escritura de constitución aparecen los nombres del primer Consejo de Administración de la Sociedad. Aparecen, asimismo, inscritos los Estatutos de MERCAX, en los que se lee, entre otras cosas, lo siguiente:

1. «Se crea una Sociedad Anónima para el cumplimiento del objeto social expresado en el artículo siguiente» (art. 1.º).

2. Tendrá por objeto social la promoción, construcción y explotación del mercado o mercados centrales mayoristas y sus servicios complementarios, así como mejorar en todos los órdenes el ciclo de comercialización de los productos alimenticios (art. 2.º).

3. Son de la exclusiva competencia de la Junta general las materias que señala el artículo 50 de la Ley de Sociedades Anónimas y las relacionadas en el artículo 21 de los presentes Estatutos (art. 15).

4. La Sociedad será administrada y regida por un Consejo de Administración con plenitud de facultades, excepto las expresamente reservadas por la Ley o por los Estatutos a la Junta General. Estará constituido por quince miembros como mínimo y veinte como máximo, nombrados por la Junta general (art. 26).

5. El Consejo elige de su seno un Presidente y uno o más Vicepresidentes, así como el Secretario (art. 27).

6. El inventario de los bienes sociales y el balance de la situación de la sociedad deberá ser redactado conforme al capítulo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas y se someterá para su aprobación o reparo a la Junta general ordinaria (art. 33).

7. Los productos líquidos de la sociedad, deducidos los gastos, cargos sociales e impuestos y amortizaciones, constituyen los beneficios, que se repartirán mediante reparto de dividendos del 6 por 100 a

los accionistas, constitución de una reserva voluntaria, dividendos complementarios de hasta un tercio del remanente, si lo hubiere, y otras atenciones que determine la Junta, incluida la participación del personal de la sociedad (art. 35).

V

Por conducto notarial se notifica a «M. N.» acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de la Empresa Mixta Municipal MERCAX, cuya parte dispositiva dice literalmente así:

Declarar resuelto el contrato celebrado entre la Empresa Mixta «Mercados Centrales de Abastecimiento de X., S. A.», y la Compañía Mercantil «M. N.» sobre construcción de la obra civil del matadero de la unidad alimentaria de X. por incumplimiento del plazo final de ejecución, sin perjuicio de que por las partes interesadas se practique la oportuna liquidación definitiva, en los términos expresados en el último de los considerandos del presente Acuerdo.

Efectivamente el Acuerdo está redactado según el esquema jurisdiccional de los resultandos y considerandos y, entre los argumentos que se contienen en estos últimos—y a los efectos que interesan a la presente consulta— deben recordarse los siguientes:

— Que MERCAX es una Empresa mixta constituida en cumplimiento de convenio previamente suscrito entre el Ayuntamiento de X y MERCASA, «... regida en lo no previsto en sus Estatutos por lo dispuesto en la Ley de Régimen Local y Reglamentos que la desarrollan, así como en la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas» (Cdo. 1.º).

— «Que pese a no poder estimarse a MERCAX como parte integrante de la Administración Pública, es lo cierto que, para precisar su naturaleza jurídica, no puede olvidarse que concurren en ella importantes notas características y peculiares del Derecho Público, que informa toda su actuación en las que acabamos de referirnos en el considerando anterior, debiendo destacarse su condición indiscutible de concesionaria de un servicios público municipal y obligatorio a tenor de lo dispuesto en los artículos 103 y 176,3 de la vigente Ley de Régimen Local, así como su condición de empresa mixta creada para la prestación de un servicio municipalizado en régimen de monopolio por Orden ministerial de Gobernación de fecha 22 de febrero de 1973» (Cdo. 2.º).

— «Que desde un punto de vista objetivo ... MERCAX se constituye con el exclusivo objeto de atender adecuadamente a la prestación de un servicio público..., de tal forma que la idea del interés público... impregna toda su actuación, pudiendo afirmarse que aún cuando no

sea Administración, ejercita funciones administrativas, respecto de la cual el Ayuntamiento de X conserva la soberanía y la titularidad de las potestades en virtud de las cuales se garantiza la adecuada prestación de aquel servicio..., y así el régimen jurídico de los contratos que celebra en el desempeño de aquella función administrativa, será el definido por la *normativa propia de la contratación administrativa*» (Considerando 3.º).

— Que MERCAX «nace como un mero instrumento a través del cual el Ayuntamiento de X lleva a cabo la prestación de un servicio público en la forma más adecuada a su peculiar naturaleza» (Cdo. 4.º).

— En apoyo de esta tesis se cita en el quinto Considerando una sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1970, con ocasión de conflictos planteados entre el Ayuntamiento de X y la Sociedad Cooperativa Concesionaria del Servicio de un Mercado.

— Que, de acuerdo con el artículo 126 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales «los actos de los concesionarios realizados en el ejercicio de las funciones delegadas serán recurribles en reposición ante la Corporación concedente, frente a cuya resolución se admitirá recurso jurisdiccional, con arreglo a la Ley». Se añade que no es obstáculo a la obligación de tal precepto el que el objeto del contrato sea aquí la realización de una obra, ni tampoco el hecho de la forma de empresa mixta, que viene a reforzar la condición de agente delegado de MERCAX (Cdo. 6.º).

— Que, por tanto, y al amparo del artículo 126.3 del Reglamento de Servicios «puede legítimamente MERCAX ... dictar un acuerdo unilateral de resolución del contrato celebrado con «M. N.», de carácter inmediatamente ejecutivo, previa la oportuna notificación en forma y susceptible de recurso administrativo de reposición ante la Corporación Local delegante» (Cdo. 7.º).

— Que lo anterior encuentra asimismo apoyo en el artículo 11 del Pliego de Condiciones Económico-administrativas (Cdo. 8.º).

A la vista de lo anterior, se formula la siguiente:

CONSULTA

Primero.—Si el contrato de obras concluido entre MERCAX y «M. N.» es contrato administrativo.

Segundo.—Si MERCAX tiene poderes de rescisión unilateral respecto del referido contrato.

Tercero.—Si el Acuerdo de MERCAX notificado por conducto notarial a «M. N.» debe y puede ser recurrido en reposición ante el Ayuntamiento de X y ulteriormente en vía contencioso-administrativa.

Cuarto.—A qué vías jurídicas puede recurrir «M. N.».

DICTAMEN

Para contestar debidamente a las cuestiones planteadas, examinaremos sucesivamente los siguientes temas:

I. LA NATURALEZA JURÍDICA DE MERCAX

A) Al resumirse en los antecedentes el Acuerdo del Consejo de Administración de MERCAX que da origen a la presente consulta, se ha visto cuál es la tesis que mantiene la referida entidad acerca de su propia naturaleza jurídica. Por una parte admite expresamente «no poder estimar a MERCAX, como parte integrante de la Administración Pública»; por otra, se afirma «su condición indiscutible de concesionaria de un servicio público municipal y obligatorio» (Considerando 2.º), por lo que «aun cuando no sea administración ejercita función administrativa» y a sus contratos debe de aplicarse «la normativa propia de la contratación administrativa» (Considerando 3.º), ya que MERCAX nace como un mero instrumento a través del cual el Ayuntamiento de X lleva a cabo la prestación de un servicio público» (Considerando 4.º).

Ahora bien, la tesis que acaba de resumirse significa pura y simplemente un esfuerzo absolutamente falto de base legal para atribuir a MERCAX facultades exorbitantes de Derecho Público que difícilmente se compaginan con su naturaleza jurídica de sociedad anónima sometida al Derecho Mercantil, en cuanto a su constitución, y al Derecho Civil en cuanto se refiere a sus relaciones contractuales con otros entes privados.

B) Porque, en efecto, que es una entidad mercantil en forma de sociedad anónima es algo que no se niega ni siquiera por la propia interesada. En el Considerando primero del Acuerdo que se discute se reconoce que MERCAX es una empresa mixta constituida en cumplimiento del previo convenio suscrito entre MERCASA y el Ayuntamiento de X.

Ahora bien, MERCASA es una empresa nacional en forma de sociedad anónima constituida por Decreto 975/1966, de 7 de abril, y cuyo objeto es la construcción e instalación de mercados centrales, así como contribuir al mejoramiento del ciclo de comercialización de los artículos alimenticios, estando facultada para lograr tales objetivos en forma directa o «mediante la constitución de sociedades mixtas con corporaciones públicas y con particulares» (art. 2.º). Es obvio que al constituir tal entidad lo que quiso el Estado es, en ejecución de preceptos contenidos en la Ley del Plan de Desarrollo, disponer de un organismo adaptable al tráfico mercantil y jurídico privado y libre de los formalismos que el Derecho administrativo impone. La idea está expresa-

mente dicha en el preámbulo del referido Decreto 975/1966, en cuyo párrafo segundo se lee:

La consecución de la finalidad prevista en las Disposiciones citadas (*las del Plan de Desarrollo*) exige una actuación *en régimen de Empresa Privada* que proporcione la necesaria agilidad, dada la función *marcadamente comercial* a realizar y que haga posible una libertad de acción muy difícil de lograr dentro de la Organización Administrativa Estatal, sin perjuicio del inexcusable control por parte de ésta.

Si la actuación de MERCASA —cuyo capital de 780.000.000 de pesetas fue aportado exclusivamente por la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes— está sometida al régimen jurídico propio de las empresas privadas, resulta un disparate pretender que las empresas constituidas por MERCASA en forma de sociedades mixtas y, por ende, con capital aportado parcialmente por particulares, poseen facultades exorbitantes de Derecho Público, propias de la Administración Pública en sentido estricto y que, por ende, ni siquiera posee MERCASA. Esto iría contra el elemental principio de que nadie puede dar más de lo que tiene.

C) De las certificaciones obrantes en los libros del Registro Mercantil de X. —ya resumidas en los antecedentes de este dictamen— se desprende claramente que MERCAX es una empresa en forma de sociedad anónima constituida por aportación de capital de la ya citada MERCASA, del Ayuntamiento de X y de personas privadas. Aun suponiendo que su objeto social fuese la gestión de un auténtico servicio público, interesa conocer cómo regula nuestro ordenamiento jurídico positivo la gestión de servicios públicos a través de sociedades mercantiles.

El artículo 67 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955, establece que la gestión directa de los servicios municipales pueden adoptar alguna de las siguientes formas: 1) Gestión directa por la Corporación (*sin órgano especial de Administración o con órgano especial de Administración*); 2) Función pública del servicio, y 3) Sociedad privada municipal.

Por de pronto hay que subrayar que según se desprende del artículo 69,1 en relación con el 43 del dicho Reglamento «serán atendidos necesariamente por *gestión directa sin órgano especial* los servicios que impliquen *ejercicio de autoridad*»; de lo cual se desprende, al menos, que las funciones encomendadas a MERCAX nada tienen que ver con el ejercicio de la autoridad municipal —pues en tal caso no podría gestionarse como sociedad privada municipal—, por lo que carece de justificación pedir para ella facultades exorbitantes en materia de contratación administrativa, ni en cualquiera otra. Añadamos que cuando la Ley ha querido que el Organismo erigido por el Municipio

para la gestión del servicio (incluso si es de naturaleza económica) tenga personalidad jurídica *pública*, ha ideado la fórmula expresa para ello que, en el caso de las Corporaciones Locales, es la fundación pública del servicio (art. 85 del Reglamento de Servicios).

Ahora bien, cuando se trata de sociedad privada municipal, entonces la gestión del servicio lo es «en régimen de empresa privada, que adoptará la forma de responsabilidad limitada o de sociedad anónima y se constituirá y actuará con sujeción a las normas legales que regulen dichas compañías mercantiles, sin perjuicio de las adaptaciones previstas por este Reglamento» (art. 89,1).

Con lo dicho, queda claro que las Corporaciones Locales pueden gestionar determinados servicios públicos, asumiendo directamente el riesgo económico de su explotación, en forma de sociedad privada municipal o provincial; en estos casos la aportación del capital se realiza totalmente con cargo a la dicha Corporación Local. Pero la Ley de Régimen Local y el Reglamento de Servicios permiten incluso fórmulas todavía menos administrativas, como es el caso de la «gestión por empresa mixta» que el Reglamento regula en capítulo independiente (cap. IV: artículos 102 a 112), entre las formas de gestión *directa* y las de gestión *indirecta*. De acuerdo con el artículo 102 del Reglamento «en las empresas mixtas, los capitales de las Corporaciones Locales y de los particulares, o de aquellos entre sí, se aportarán en común para realizar servicios susceptibles de municipalización o provincialización».

Según el artículo 104, la constitución de las empresas mixtas puede realizarse de acuerdo con uno de estos dos procedimientos: 1) *Adquisición* por la Corporación interesada de participaciones o acciones de empresas ya constituidas, y 2) *Fundación* de la sociedad con la intervención de la Corporación y aportación ulterior de los capitales privados. La elección de uno u otro procedimiento tiene importancia práctica, ya que cuando la Corporación interviniese en la empresa de acuerdo con el primer procedimiento, «la sociedad continuará rigiéndose por sus propios estatutos» (art. 105,1); si bien «la Junta general podrá, no obstante, con el *quórum* dispuesto para la modificación de los estatutos, modificarlos para que la empresa pase a ser *propia*mente mixta y sometida al presente Reglamento» (art. 105,2).

Pues bien, de las inscripciones registrales que figuran en el Registro Mercantil de X, resulta que el Ayuntamiento de X, una vez cumplidos los trámites legales del expediente de municipalización, se incorporó a MERCAX por el procedimiento de adquirir acciones de una empresa que ya estaba constituida. No consta, por lo demás, que la Junta general de la sociedad modificase los estatutos en la forma prevista en el artículo 105,2, por lo que se llega a la consecuencia de que MERCAX ni siquiera tiene el carácter de «*Empresa propiamente mixta*» y por tanto sometida al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Vale la pena hacer esta observación aunque, a nuestro juicio ni

siquiera tal especial calificación entrañaría un fenómeno de publicación de la empresa con el consiguiente reconocimiento de facultades exorbitantes del Derecho privado.

D) MERCAX intenta reforzar su tesis, como se ha visto, con un nuevo argumento: el de su «condición indiscutible de concesionaria de un servicio público municipal». Empero, al llegar a este punto de la discusión quede claramente de relieve la incongruencia de los argumentos empleados, pues, una de dos: o el servicio municipal se presta mediante el sistema de empresa de economía mixta o se presta mediante el sistema de concesión. El sistema de concesión, en efecto, constituye una de las tres formas de gestión *indirecta* de los servicios municipales que enumera el artículo 113 del tantas veces citado Reglamento de Servicios. Bien es verdad que el artículo 109 del Reglamento permite suponer que la aportación del Municipio a la creación de la empresa mixta puede consistir en el valor de la concesión. Pero cuando esto ocurre—y como expresamente se dice en el citado precepto—«en la escritura fundacional deberá fijarse el valor de la aportación del Municipio ... incluido el de la concesión, si la hubiere». En el caso que nos ocupa ni puede presumirse que tal concesión exista ni, desde luego, nada se dice sobre el particular—como sería lo obligado—en la escritura fundacional.

Ahora bien, aun admitiendo a efectos dialécticos que MERCAX fuese concesionaria del Ayuntamiento de X, se ha de advertir que en virtud de la concesión surge una relación jurídico-administrativa entre concedente y concesionario que hay que distinguir cuidadosamente de las relaciones que surgen entre concesionario y usuarios del servicio. Normalmente las relaciones con los usuarios del servicio están sometidas al régimen jurídico privado; pero puede ocurrir que estas relaciones, y precisamente para velar por los intereses de los usuarios, estén sometidas a fiscalización administrativa, lo que genera la posibilidad de que las reclamaciones y recursos del usuario en relación con el funcionamiento del servicio puedan deducirse ante la Administración Concedente. Precisamente en este sentido se ha pronunciado la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1974, en relación con el servicio público de suministro de electricidad; afirma que la naturaleza pública o administrativa de dicho servicio «alcanza no sólo a las relaciones jurídicas entre el Estado y las empresas, sino también en determinados aspectos, a las de éstos con los usuarios o abonados en cuanto originan motivos de acción administrativa, de intervención del Estado...», por lo que «... la contienda entre la empresa y sus abonados ha de estimarse administrativa por versar sobre ... obligaciones nacidas de una reglamentación administrativa exigible con independencia del título civil o contrato de suministro». De la doctrina que se sienta en esta sentencia se desprende, pues, con claridad, de una parte, el carácter privado del contrato de suministro que liga a la concesionaria con los usuarios del servicio, de otra, que la concesionaria está sometida al cumplimiento

de prescripciones expresamente impuestas por la Administración y que, en caso de incumplimiento, legitiman al particular usuario para recurrir a la Administración concedente. A esta conclusión ha llegado el profesor J. SALAS (en *Sobre la Naturaleza Jurídica de las Relaciones entre los Usuarios de Servicios Públicos y las Empresas Concesionarias*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», n.º 4, 1975, página 29 y siguientes) y el Letrado que suscribe este Dictamen (en *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, 7.ª ed., 1976, p. 57, por nota).

Por lo que se refiere a la concesión de servicios municipales, en este mismo sentido se ha de interpretar la posibilidad de que los particulares recurran en reposición ante la Corporación concedente contra los actos de los concesionarios «realizados en el ejercicio de facultades delegadas», a que se refiere el artículo 126,3 del Reglamento de Servicios. Lo que no se puede, naturalmente, es interpretar este precepto en el sentido que lo hace el Acuerdo de MERCAX que ahora se discute: ni aquí estamos en presencia de una concesión administrativa; ni, aunque la hubiese, existen facultades exorbitantes delegadas por el Ayuntamiento de X.; ni la relación que nos ocupa tiene nada que ver con el supuesto servicio público concedido a los usuarios del mismo; ni, en fin, un contrato de obras concluido con un tercero privado—no usuario, en tal sentido, del servicio— puede conceptuarse en forma alguna como una manifestación de facultades o potestades administrativas.

II. LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN EL ORDENAMIENTO POSITIVO ESPAÑOL Y EN LA DOCTRINA: LA SUMISIÓN AL DERECHO PRIVADO

A) La aparición de empresas públicas es una consecuencia de la cada vez más frecuente gestión por la Administración Pública de actividades industriales y mercantiles. Lo que ocurre es que para realizar tales actividades se utilizan diferentes tipos de Organismos que, con una cierta imprecisión, se engloban bajo la denominación genérica de «Empresa Pública». En otra ocasión, el Letrado que suscribe el presente Dictamen (en «Las Empresas Públicas», en *Estudios de Administración*, Madrid, 1961) propuso la siguiente clasificación de las diversas formas jurídicas que pueden adoptar las empresas públicas: 1) La «empresa propia» sin personalidad jurídica diferenciada; 2) El establecimiento público de carácter industrial; 3) La empresa de propiedad pública en forma de sociedad mercantil, y 4) La sociedad de economía mixta con participación pública mayoritaria.

Hasta cierto punto esta clasificación coincide con la que se contiene en la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 28 de diciembre de 1958, en cuyo artículo 1.º 2 se declara que quedan sometidos a las Disposiciones de dicha Ley: 1) Los Organismos Autónomos; 2) Los Servicios Administrativos sin personalidad jurídica distinta del Estado, y 3) Las Empresas Nacionales.

Si hemos traído aquí las anteriores clasificaciones es para demostrar mediante un razonamiento *de maiore ad minus* que si normalmente los que hemos llamado «establecimientos públicos de carácter industrial» están sometidos en su actuación al Derecho Privado, esto ocurre *en todo caso* en relación con las empresas constituidas en forma de sociedad mercantil.

En efecto, en el trabajo antes citado, el Letrado que suscribe manejó como ejemplo de establecimiento público de carácter industrial el caso de la RENFE, llegando a la conclusión de que «aunque estas empresas hayan sido estructuralmente concebidas sobre los moldes del establecimiento público tradicional... es lo cierto que frente al mercado, es decir, en sus relaciones con los particulares actúan como personas jurídicas privadas». Esta opinión ha sido expresamente recogida y respaldada por el profesor GARRIGUES (en «Sobre la Naturaleza Jurídica de la RENFE y su capacidad para celebrar contratos sometidos al Derecho Mercantil», en *Homenaje a Segismundo Royo-VILLANOVA*, Madrid, 1977, p. 371), lo que demuestra una curiosa coincidencia de puntos de vista de la doctrina administrativista y mercantilista.

Pues bien, si esto puede decirse de las empresas públicas en forma de establecimiento público industrial, la afirmación vale *a fortiori* en relación con las empresas en forma de sociedad mercantil. Desde un punto de vista doctrinal, éstas se diferencian de las anteriores en que mientras los establecimientos públicos son *entidades administrativas* (es decir, *son* la Administración) las sociedades estatales (o municipales) son *propiedad* de la Administración. No debe extrañar, por consiguiente, que su sometimiento al Derecho Privado se encuentre en la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 con carácter indiscutible. Así, en la exposición de motivos de dicha Ley (en su apartado 6) se lee:

De las empresas nacionales se ocupa el título tercero. La Ley las define como *Entidades de Derecho Privado* creadas para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transportes y otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas.

«Aún siendo creaciones directas o indirectas del Estado, tales empresas, con actuación inmediata frente al mercado, requieren una libertad de movimientos difícilmente conciliable con las normas más formalistas del Derecho Administrativo, por lo que la Ley, y en esto responde tanto a la actual realidad española como al ejemplo de otros países, *las somete a un Régimen de Derecho Privado*, salvo las escasas peculiaridades recogidas en dicho título tercero.»

De acuerdo con lo dicho, el artículo 91 de la Ley citada dice así:

Art. 91. Las empresas nacionales se regirán por las normas de Derecho Mercantil, Civil y Laboral, salvo lo

establecido en este título y disposiciones especiales aplicables a las mismas.

Naturalmente en el referido título tercero no se contiene ninguna peculiaridad con respecto al régimen de contratación de estas empresas, ni a la posibilidad de recursos administrativos contra sus acuerdos. Y ello contrasta con las peculiaridades que la Ley establece en relación con los llamados Organismos Autónomos, que son Entidades de Derecho Público (art. 2.º), que han de regirse en materia de contratación por normas específicas (art. 41 a 48 de la Ley) y cuyos actos y acuerdos están sometidos a los correspondientes recursos de alzada y revisión ante la Administración de la cual el Organismo Autónomo depende (art. 76).

Sería absurdo que si esto es así para las empresas en forma de sociedad anónima constituidas por el Estado, fuese de manera distinta para las creadas con intervención de las Corporaciones Locales.

B) Para que no quepa duda acerca de las conclusiones a que acabamos de llegar nos vamos a permitir examinar lo que ocurre en el Derecho Comparado. Pues, en efecto, el fenómeno de la gestión por el Estado y demás Corporaciones Públicas de actividades mercantiles e industriales se ha producido en otros países incluso con anterioridad al nuestro, sobre todo en aquellos que, después de la II Guerra Mundial, siguieron una política de nacionalizaciones. Un conocido mercantilista francés, el profesor R. HOUIN (en «La gestión des entreprises publiques et les méthodes du droit commercial», en el vol. *La distinction du Droit Privé et du Droit Public et l'entreprise publique*, 1952, p. 101), al plantearse la pregunta de si las reglas del Derecho Mercantil son aplicables a las empresas públicas (en cuya designación incluye establecimientos públicos y sociedades anónimas estatales) responde:

El Derecho Mercantil comporta dos grandes series de disposiciones: unas relativas a los contratos y a las obligaciones mercantiles; otras que conciernen al régimen de la profesión mercantil. Si las primeras pueden, sin gran dificultad pero con gran provecho aplicarse a las empresas públicas, no ocurre siempre lo mismo con las segundas.

Si hemos traído a colación la anterior cita es porque representa una tendencia que sugiere cierto reparo a la igualdad total de tratamiento entre los establecimientos públicos mercantiles y las entidades mercantiles totalment privadas. No obstante se advierte que la materia relativa a contratación se somete sin duda a los principios propios del Derecho Privado.

Por su parte, otro autor francés, J. C. VENEZIA (en «Las Empresas Públicas en Francia», en *La Empresa Pública*, ed. por el Real Colegio de España en Bolonia, 1970, vol. II, pp. 1307 y ss.) se refiere al proble-

ma del derecho aplicable a las Empresas públicas. «El principio es aquí—dice—el de la aplicación del Derecho privado y el de la competencia de la jurisdicción ordinaria. Pero este principio plantea un cierto número de problemas y sufre un número de excepciones.» Las referidas excepciones tienen que ver con las empresas organizadas bajo la forma de *establecimientos públicos*; pues en relación con las empresas de economía mixta la solución del profesor VENEZIA se ofrece sin reservas:

En lo que concierne a las Sociedades de economía mixta, su naturaleza jurídica no plantea dificultad: aunque el Estado sea accionista mayoritario o minoritario, existe siempre *una persona* moral de *Derecho privado* que realiza actos de comercio y que tiene la cualidad de *comerciante* (*op. cit.*, p. 1319).

En la doctrina italiana M. S. GIANNINI (en «Actividades económicas públicas y formas jurídicas privadas», en *La Empresa Pública*, cit., vol. I, pp. 101 y ss.) reconoce que «existe hoy una opinión común en el sentido de que una actividad económica pública puede ser desarrollada mediante formas jurídicas privadas». Ahora bien, como en el Derecho italiano una de las características es que las Empresas Públicas del Estado o de los entes locales frecuentemente «son gestionadas por órganos del ente público al que pertenecen» (que es exactamente lo que ocurre en el caso de las sociedades privadas municipales a que se refiere el artículo 90 de nuestro Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales: «la Corporación interesada asumirá las funciones de Junta General») recurre a la distinción entre el régimen aplicable a las relaciones entre la Empresa y la Entidad Pública que la creó y el régimen de las relaciones entre la Empresa y los terceros particulares:

Puede decirse, pues, que los Entes Públicos-Empresas representan una forma en la que la Empresa está sometida a un poder de dirección y de control públicos conformados a esquemas publicísticos.

En lo demás, en cambio, el Ente Público-Empresa obra con entera sujeción a las normas de Derecho privado: así en lo que respecta a su actividad comercial, en lo relativo a sus poderes de iniciativa, en cuanto al ámbito de su autonomía privada, en lo que se refiere a las relaciones de trabajo desde el nivel directivo a todos los demás (*loc. cit.*, pp. 111-112).

Obsérvese que las reservas se formulan siempre en relación con empresas que, o bien revisten la forma de establecimiento público o son Sociedades Anónimas de capital íntegramente público. Una vez más habremos de subrayar que tales reservas no son de aplicación

al caso de las Sociedades Anónimas de capital mixto (es decir, simultáneamente público y privado).

En forma análoga se pronuncia la más caracterizada doctrina española sobre la materia. Así, VILLAR PALASÍ (en *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, en el número 3 de esta REVISTA, 1950, p. 73) afirma que la Empresa Pública se caracteriza por realizar su actividad económica sometiéndose a las reglas del Derecho privado, sin disponer de poderes exorbitantes, ni privilegios para el cobro de sus créditos en sus relaciones con terceros. Y GARCÍA-TREVIJANO (en *Aspectos de la Administración Económica en el número 12 de esta REVISTA, 1953, pp. 15 y ss.*) distingue, incluso con referencia a los llamados establecimientos públicos, entre *organización y actividad*: aunque la organización del ente pudiese realizarse utilizando la Administración sus poderes exorbitantes (por ejemplo, la potestad expropiatoria) la actividad del mismo, una vez constituido, queda encuadrada dentro de la actividad privada, con todas las consecuencias que de ello se derivan.

III. PARA QUE EXISTA CONTRATO ADMINISTRATIVO UNA DE LAS PARTES CONTRATANTES HA DE SER UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Con los argumentos que nos han traído hasta aquí, el Letrado que suscribe ha puesto de manifiesto su total discrepancia con la tesis mantenida por el acuerdo del Consejo de Administración de MERCAX cuyo examen es objeto de la presente consulta. Así ha quedado demostrado: 1) Que MERCAX no es Administración Pública, ni es un órgano de la misma; 2) Que no tiene específicamente atribuidas facultades propiamente administrativas que le conviertan en agente-delegado de la Administración Municipal; 3) Que no tiene la condición de concesionario y que, aunque la tuviese, ello no alteraría el carácter privado de los contratos de obras que concluyese con terceros particulares, y 4) Que, por definición, al revestir la forma jurídica de Sociedad Anónima con capital de aportación mixta, queda automáticamente sometida al régimen del Derecho privado en sus relaciones contractuales con terceros.

Pero queda aún por examinar un último argumento absolutamente definitivo, desde el punto de vista de la dogmática de los contratos administrativos, para negar tal calificación al que se examina con motivo de la presente consulta, a saber: para que exista contrato administrativo una, al menos, de las partes contratantes ha de tener la condición de Administración Pública, condición que obviamente no tiene ni «M. N.» ni MERCAX.

La base de esta afirmación se encuentra, desde luego en nuestros textos legales más directamente aplicables al caso que nos ocupa. Así, el artículo 3.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa encomienda al conocimiento de esta Jurisdicción:

a) Las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, *celebrados por la Administración Pública*, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie.

La expresión «celebrados por la Administración Pública» es categórica y no deja lugar a dudas; así es que si, como se ha demostrado, ninguna de las dos partes contratantes es en nuestro caso «Administración Pública» ni hay contrato administrativo, ni existe la posibilidad de reconducir la cuestión litigiosa planteada a la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

A la misma conclusión se llega a la vista del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 de enero de 1953 (y si se llegase a otra distinta sería el Reglamento el que habría de ceder ante una Ley posterior y de superior rango normativo). En su artículo 1.º —que viene a determinar su ámbito de aplicación— se habla de «los contratos *que celebren las Corporaciones Locales*», y reiteradamente ha quedado dicho y demostrado que MERCAX no es una Corporación Local.

B) Intentando demostrar lo contrario, el Acuerdo que se examina se refiere en su quinto considerando a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1970, que «con ocasión —nos dice MERCAX— del conflicto planteado entre el Ayuntamiento de Madrid y la Sociedad Cooperativa Concesionaria del servicio de un mercado afirma que en la *relación entre ambas* existe más una delegación de funciones que una transferencia global de facultades».

Bastaría el propio pasaje de la Sentencia citado por MERCAX para demostrar la improcedencia de sacar conclusiones en apoyo de su tesis, pues la frase «relación entre ambas» (es decir, entre el Ayuntamiento de Madrid y la Sociedad Cooperativa) es suficientemente significativa. Naturalmente la relación entre concedente y concesionario es una relación sometida al régimen jurídico-administrativo. Bien es verdad que —como se desprende de la lectura total de la referida Sentencia— la cuestión se planteó como consecuencia de reclamación dirigida al Ayuntamiento de Madrid por un particular usuario del servicio concedido; pero la intervención municipal en este caso —como el que ya se ha examinado en el apartado I del presente Dictamen, resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1974— lo es precisamente por consecuencia de las facultades y poderes que la Administración tiene sobre el funcionamiento del servicio público y en defensa de los derechos de los *usuarios* del dicho servicio. Obviamente «M. N.» no puede conceptuarse como usuario de un pretendido servicio público prestado por MERCAX.

C) Hay que reconocer que algunos problemas de interpretación pueden sugerir el examen de otra Sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal

Supremo de 16 de marzo de 1973 que admitió el carácter administrativo de los contratos directamente concertados por una Sociedad Anónima Municipal para la urbanización de parcelas pertenecientes al Patrimonio Municipal. El Tribunal Supremo, confirmando la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid afirma que nos encontramos en presencia de un servicio municipalizado, por lo que «cualquiera que sea el órgano que lo ejecuta o pretenda llevar a efecto, esta jurisdicción es la que ha de conocer de las incidencias derivadas de tales actos administrativos». En sus propios Considerandos, el Tribunal Supremo añade que estamos en presencia de uno de esos casos en que la dirección y administración de la Empresa constituida se asume por la Corporación Municipal respectiva.

Aparte de que se trata de afirmaciones que han sido expresamente rechazadas por la doctrina más autorizada (así los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, en su *Curso de Derecho Administrativo*, I, p. 505, afirman que «esta tesis no es de recibo», invocando en contra la doctrina del Consejo de Estado—en su dictamen de 9 de mayo de 1968, relativo a un contrato suscrito por la «Empresa Nacional Bazán» con otra Empresa privada—, hay además una circunstancia particular que hace que la doctrina de esta Sentencia no pueda aplicarse al caso que nos ocupa: en ella se trata de una Sociedad Anónima Municipal, constituida íntegramente con capital municipal y regida por la propia Corporación constituida en Junta General; mientras que en nuestro caso se trata de una sociedad mixta en la que el Ayuntamiento de X se limita a tener una participación social y una adecuada representación en los órganos de gobierno de la Sociedad constituidos de acuerdo con los Estatutos Sociales.

IV. NO PROCEDE EL RECURSO DE REPOSICIÓN ANTE EL AYUNTAMIENTO

A) Por definición el recurso de reposición es el que se interpone, con carácter previo al Contencioso-administrativo ante el propio órgano que dictó el acto administrativo que se pretende recurrir. Para el Letrado que suscribe es, pues, un puro disparate jurídico hablar de recurso de reposición (al menos la cuestión sería discutible si se hablase de recurso de alzada) ante el Ayuntamiento de X para revisar un acuerdo adoptado por una persona jurídica distinta y de Derecho privado— como es MERCAX.

Añádase que, siendo el recurso de reposición trámite previo a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa—artículo 52 de la Ley Jurisdiccional en relación con el artículo 126 de la Ley de Procedimiento Administrativo— los actos que escapan a la competencia de dicha Jurisdicción no pueden ser recurridos en reposición. Anteriormente ha quedado demostrado que en el supuesto que nos ocupa no hay materia propia de dicha Jurisdicción.

B) Pero es que además ni siquiera es aconsejable la interposición de dicho recurso de reposición *ad cautelam*; ello significaría, por el contrario, caer en la trampa cuidadosamente preparada por MERCAX. En efecto, la resolución del recurso constituirá, formalmente al menos, un acto administrativo cuya discusión podría considerarse de la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

V. CARÁCTER CIVIL DEL CONTRATO QUE SE EXAMINA Y BREVE CONSIDERACIÓN EN CUANTO AL FONDO DEL ASUNTO

A) Negado el carácter administrativo del contrato concluido, obviamente se desprenden de aquí las siguientes consecuencias:

a) MERCAX carece de facultades unilaterales de resolución del contrato y, por consiguiente, las alusiones que en tal sentido se encuentran en el artículo 11 del Pliego de condiciones económico-administrativas han de interpretarse de acuerdo con los principios generales contenidos en el Código Civil y con el juego que dicho Cuerpo legal permite a la autonomía de la voluntad de las partes para establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente (art. 1.255), con la restricción fundamental de que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» (art. 1.256).

b) Las alusiones reiteradas que en el Pliego de condiciones se contienen a la legislación sobre contratos del Estado ha de entenderse, pues, como una incorporación de dichas prescripciones, pactada por las partes al amparo del ya citado artículo 1.255 del Código Civil y con las ya dichas limitaciones que se contienen en el 1.256.

c) La expresa renuncia que se contiene en la base final del Pliego de bases del concurso al fuero del propio domicilio con sometimiento a los tribunales de X nos indica con toda claridad que estamos en presencia de un contrato civil: si se tratase de un contrato administrativo esta cláusula sería incomprensible.

d) «M. N.» puede demandar judicialmente a MERCAX ante la jurisdicción ordinaria. Frente a lo que se dice en la notificación recibida por conducto notarial por «M. N.», la Jurisprudencia ha reiteradamente declarado «que la calificación de los contratos no depende del arbitrio de las partes, sino de la condición de los mismos» (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1976).

B) En la consulta que se formula al Letrado que suscribe no se toca la cuestión de fondo, es decir, las razones que puedan haber determinado a MERCAX para resolver el contrato por pretendido incumplimiento de lo pactado imputable a «M. N.». No obstante, por la posible aplicación que pudiese tener a nuestro caso, se quiere insistir en la sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1976 (art. 3.994), que se acaba de citar. Precisamente el supuesto de hecho que dio lugar a tal decisión judicial se refiere a un acuerdo

municipal de resolución de contrato de construcción de viviendas, en el que se hace unilateralmente responsable al contratista de los daños y perjuicios sufridos por el retraso en la construcción de las obras.

Sin embargo, frente a las alegaciones municipales la sentencia es condenatoria para el Ayuntamiento que «se lanzó a una promoción de viviendas careciendo de los recursos financieros que exige el artículo 25, número 2, del Reglamento de Contratación de 9 de enero de 1953; ... y a esta imprevisión o negligencia municipal, que descansaba en el contratista ante la oficial formación del presupuesto habría de continuar la obra aun sin pagarle, debe añadirse que tampoco cuidó la Corporación de adecuar el terreno o solar correspondiente al grupo de viviendas para hacer en él viable el proyecto de construcción», todo lo cual «... habría de conducir al impago, como así ocurrió, ocasionando el agotamiento financiero de la Sociedad Constructora hasta hacer que a la misma le fuese imposible continuar las obras».

En resumen, cuando la causa real del retraso está en la actitud del propio Ayuntamiento la responsabilidad es de éste y no del contratista.

CONCLUSIONES

De cuanto se ha dicho hasta aquí se desprenden las siguientes:

Primera.—MERCAX no forma parte de la Administración Pública ni es un órgano del Ayuntamiento de X; por el contrario, según se desprende del Registro Mercantil, es una Sociedad Anónima de carácter mixto que se rige por sus Estatutos Sociales y en cuyos órganos de gobierno tiene una representación —junto con otras— el Ayuntamiento de X.

Segunda.—MERCAX no es concesionaria de un servicio público municipal; pero, aunque lo fuese, sus relaciones contractuales con terceros —en concreto con «M. N.»— están sometidas al Derecho privado.

Tercera.—MERCAX no tiene facultades exorbitantes delegadas por el Ayuntamiento de X en orden a la gestión de un servicio público y, en cualquier caso, «M. N.» no tiene la condición de usuario de tal servicio público.

Cuarta.—El hecho de que MERCAX haya adoptado la forma de Sociedad Anónima de capital mixto la somete, por definición, en sus relaciones con terceros, al régimen de Derecho privado.

Quinta.—Para que haya contrato administrativo hace falta que una de las partes contratantes tenga carácter de Administración pública; carácter que no se da ni en MERCAX ni en «M. N.».

Sexta.—Es inviable un recurso de reposición ante el Ayuntamiento de X para revisar un acuerdo que ni es acto administrativo ni pro-

cede del propio Ayuntamiento de X, como el recurso de reposición requiere.

Séptima.—Tratándose de un contrato de naturaleza civil, la jurisdicción competente es la ordinaria y ante ella puede ser demandada MERCAX por parte de «M. N.».

Y este es nuestro dictamen que, como siempre, sometemos a cualquier otro mejor fundado.

Madrid, 19 de agosto de 1977

Fernando GARRIDO FALLA

BIBLIOGRAFIA

