

LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS COMO PROMOTORAS PÚBLICAS DE VIVIENDA, SUELO Y EQUIPAMIENTOS

PRIMERA PARTE: RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL

avs
PROMOTORES PÚBLICOS
DE VIVIENDA Y SUELO

Boletín Informativo
n° 86
julio 2006

AUTORÍA

Enrique Bueso Guirao
Manuel Zurita González

COLABORACIÓN:

Fernando Acedo-Rico Henning
José Antonio Carrillo Morente

SUPERVISIÓN

Francisca Cabrera Marcet

PRESIDENTE

Francesc Villanueva i Margalef

EDITA

Asociación Española de Promotores Públicos
de Vivienda y Suelo

DOMICILIO SOCIAL

Luis Vives, 2 Entlo 1º
46003 VALENCIA
Tels.: 96 392 42 98 - 96 391 90 13 - 96 392 40 53
Fax: 96 392 23 96

SITIO WEB

www.a-v-s.org

IMPRIME

La Sénia
Metge Amalio Marqués, 17 - Alginet
Depósito Legal V. 1361 - 1989

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN

1.1.- Regulación actual del Promotor Público: Novedades legislativas

1.2.- El urbanismo como función pública

2.- LA SOCIEDAD URBANÍSTICA

2.1.- Concepto

2.1.1.- Definición

2.1.2.- Caracteres

2.1.3.- Fundamento

2.1.4.- Ventajas de las sociedades públicas

2.2.- Clases

2.2.1.- Instrumentales

2.2.2.- Mixtas

3.- NORMATIVA DE APLICACIÓN

3.1.- Normativa Estatal

3.1.1.- Legislación urbanística

3.1.2.- Normativa de Régimen Local

3.1.3.- Normativa de organización de la Administración General del Estado

3.1.4.- Normativa relativa a aspectos concretos de su actuación

3.2.- Normativa de CC.AA.

4.- ASPECTOS ORGANIZATIVOS DE LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS INSTRUMENTALES

4.1.- Procedimiento de constitución

4.1.1.- Fase interna: expediente administrativo de municipalización

4.1.2.- Fase externa

4.2.- Órganos de gobierno

4.2.1.- Introducción

4.2.2.- Junta General

4.2.3.- Consejo de Administración

4.2.4.- Gerente

4.3.- Personal a su servicio

ÍNDICE

5.- CAPACIDAD DE ACTUACIÓN

5.1.- Objeto Social de las Sociedades Urbanísticas

- 5.1.1.- Competencias Urbanísticas
- 5.1.2.- Competencias en materia de vivienda
- 5.1.3.- Ejercicio de dichas competencias

5.2.- Régimen Patrimonial

- 5.2.1.- Adquisición de bienes
- 5.2.2.- Enajenación de sus bienes

6.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTUACIÓN DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA

6.1.- Planteamiento

6.2.- Relación Administración matriz - Sociedad Urbanística

- 6.2.1.- Problema de la encomienda de gestión
- 6.2.2.- No aplicación de la Ley de contratos a dicha relación

6.3.- Especialidad de su régimen de contratación

- 6.3.1.- Introducción
- 6.3.2.- Aplicación parcial LCAP
- 6.3.3.- Aplicación de los principios de publicidad y concurrencia

6.4.- Recursos frente a su actuación

7.- RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

7.1.- Régimen General de las Sociedades Públicas

7.2.- Endeudamiento de las sociedades urbanísticas

8.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA MIXTA

8.1.- Concepto

8.2.- Procedimiento de constitución

8.3.- Órganos de gobierno

9.- DISTINCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL DEL ENTE PÚBLICO EMPRESARIAL

9.1.- El Ente Público Empresarial

9.2.- Caracteres y régimen jurídico de la Entidad Pública Empresarial

10.- LA SOCIEDAD URBANÍSTICA EN LA NORMATIVA DE LAS CC.AA.

(Boletín nº 87)

1.- INTRODUCCIÓN

1.1.- REGULACIÓN ACTUAL DEL PROMOTOR PÚBLICO: NOVEDADES LEGISLATIVAS

Es ya una tradición analizar en nuestros boletines informativos el estatuto jurídico de las Sociedades Urbanísticas, forma jurídica que adopta la gran mayoría de los miembros asociados de AVS. Este estudio se va actualizando, con carácter general, con una periodicidad de dos años debido a la constante evolución de la normativa de aplicación a las mismas.

La realización de la actualización es necesaria pues nos permite tener el estatuto jurídico de dichas sociedades al día para conocer la realidad jurídica cotidiana de nuestras empresas, pero además permite tener una publicación que desde AVS puede ser remitida a las distintas administraciones que se están planteando la constitución de una sociedad al objeto de determinar el alcance de las mismas.

Este nuevo boletín supone una revisión y puesta al día del Boletín nº 79, de julio de 2004, en el que se realizó un estudio pormenorizado de las "Sociedades urbanísticas" en base a la vigente legislación estatal y de las distintas Comunidades Autónomas, complementada con distintas resoluciones judiciales o administrativas, que determinan los distintos criterios de interpretación y aplicación de la referida normativa.

En estos dos años transcurridos desde julio de 2004, se han producido distintas novedades legislativas y resoluciones judiciales y administrativas que, o bien asientan la doctrina que sobre las sociedades urbanísticas establecía dicho boletín, como en el caso de la amplitud de competencias, la utilización de la figura de la encomienda de gestión, la libertad de enajenación de bienes y el endeudamiento, o bien establecen restricciones y limitaciones en algunos campos, como en el supuesto de la sujeción a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el caso de alcanzar distintas cuantías.

Con dicha finalidad actualizadora y revisora se ha elaborado el presente estudio, que debido a la complejidad cada vez mayor de la materia y a la profusa regulación de las distintas CC.AA, se ha partido en dos Boletines independientes:

- Primera parte: Boletín 86, la regulación general de la Sociedad Urbanística, analizando los distintos aspectos jurídicos de esta singular forma del promotor público.
- Segunda parte: Boletín 87, la específica regulación de las sociedades urbanísticas por las Comunidades Autónomas en su legislación del suelo.

1.2.- EL URBANISMO COMO FUNCIÓN PÚBLICA

El urbanismo es una función pública, así se desprende claramente de la normativa urbanística y de las manifestaciones jurisprudenciales, en concreto lo afirma claramente el Tribunal Constitucional en sus recientes sentencias 61/97, de 30 de marzo, 164/2001, de 11 de julio y 27 de febrero de 2002.

Ante la complejidad de la materia urbanística, en el año 1975, el legislador apreció la necesidad de creación de Entes Instrumentales que actuasen bajo el mundo del derecho privado en ciertos ámbitos de actividad donde, ponderando los intereses

públicos, actuase como la máxima eficacia y eficiencia permitiendo la dinamización en la ejecución urbanística. Los resultados no se hicieron esperar, la creación de sociedades urbanísticas por parte de las Administraciones Publicas ha sido y es una constante en alza desde los años 80, imparable y de gran arraigo ya en nuestra sociedad.

El urbanismo –como servicio- no es un servicio mínimo, pudiendo no prestarse por las administraciones, pero lo cierto es que la sociedad lo demanda especialmente.

Dentro de un concepto amplio del urbanismo realizado por estas sociedades se incluye:

- no solo la gestión pura fundamentalmente encaminada a la realización de nuevas urbanizaciones,
- sino también las reurbanizaciones, remodelaciones y renovaciones urbanas,
- la promoción de suelo de todo tipo (residencial, industrial, comercial, etc.),
- la construcción de viviendas, especialmente las protegidas, para las clases económicas mas desfavorecidas,
- la realización, conservación y edificación de equipamientos para usos públicos y privados.

Partiendo de la tesis de la necesidad del ejercicio del urbanismo por las administraciones y de que el mismo se preste de una forma rápida y eficaz, la sociedad pública urbanizadora o "sociedades urbanísticas" como suelen denominarse, se configura como un elemento esencial para el desarrollo de esta función pública bajo el manto del derecho privado.

2.- LA SOCIEDAD URBANÍSTICA

2.1.- CONCEPTO

2.1.1.- Definición

En materia de gestión urbanística, ya desde la **ley del suelo de 1956 y el texto refundido de 1976**, se contemplan las llamadas específicamente "**Sociedades Urbanísticas**" que pueden ser definidas como "las sociedades constituidas por la administración pública para la ejecución del planeamiento".

Según el profesor **GARCÍA DE ENTERRÍA** era indispensable "huir de las reglas constrictivas de una gestión pública ordenada por el derecho administrativo y financiero. La fórmula señalada fue la creación por las administraciones públicas de las sociedades urbanísticas sometidas a un derecho especial. Se trataba con ello de eliminar las reglas de la contabilidad pública, de financiación de entidades locales, de contratación administrativa, de procedimiento administrativo, de funcionarios públicos, del sometimiento a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, realizando sistemas de gestión empresarial".

Podemos **definir ampliamente** la Sociedad Urbanística como "aquella sociedad mercantil cuya propiedad corresponde total o parcialmente a un ente público, dedicada a la ejecución de las actividades urbanísticas".

2.1.2.- Caracteres

Resaltándose como **notas esenciales** las siguientes:

1. **Sociedad Mercantil.-** Adoptan necesariamente una forma de sociedad mercantil excluyendo las personas jurídicas no mercantiles (sociedades civiles, comunidades de bienes, etc.). La forma mercantil debe de revestir una de las previstas por dicho Derecho como de responsabilidad limitada, es decir que la responsabilidad patrimonial de ente que las crea se limita al capital aportado.
2. **Propiedad Pública.-** La participación en el capital social del Ente Público puede ser total o parcial, dando lugar a las sociedades íntegramente municipales y a las mixtas, en las que participa la iniciativa privada. Es recomendable que el capital público sea mayoritario, pues esta necesidad es exigida por la legislación urbanística para poder actuar con el carácter de sociedad pública y obtener ciertas ventajas en su actuación.
3. **Finalidad Urbanística.-** Aunque las actuaciones urbanísticas no se conciben en un sentido estricto, pueden alcanzar a todas las actuaciones de planificación, gestión y disciplina urbanística con el único límite de imposibilidad de intervenir en actos que impliquen ejercicio de autoridad reservados a la Administración Pública

2.1.3.- Fundamento

En relación a su finalidad, el **Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales**, al regular los Órganos desconcentrados y descentralizados para la gestión de los servicios públicos, establece la razón última y fundamental de la creación de estas empresas, es el **principio de eficacia**, al indicar que:

*"... el Pleno podrá acordar el establecimiento de entes descentralizados con personalidad jurídica propia, **cuando así lo aconsejen la necesidad de una mayor eficacia en la gestión**, la complejidad de la misma, la agilización de los procedimientos, la expectativa de aumentar o mejorar la financiación o la conveniencia de obtener un mayor grado de participación ciudadana en la actividad de prestación de los servicios".*

Más concretamente, Ángel Sánchez Martín y Rosendo Sánchez García, citando a ALBI, indican "que las **finalidades perseguidas** por las corporaciones locales al crear las referidas empresas son tres:

- la sujeción al derecho privado,
- la limitación de la responsabilidad, y
- el dominio absoluto de la empresa por la Corporación que la crea.

Dentro de la primera de éstas, la sujeción al derecho privado, el citado autor indica que se persigue la **evasión de los modos administrativos**, lo que se refiere a la evasión de:

- 1.- la técnica rígida del presupuesto,
- 2.- los trámites de la contratación administrativa,
- 3.- las trabas para el reclutamiento de personal,
- 4.- los efectos dilatorios de las intervenciones tutelares".

De todo lo expuesto podemos **CONCLUIR** que las presentes sociedades se han constituido fundamentalmente con la finalidad de lograr **una mayor eficacia de la actuación administrativa**, de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución, permitiendo mediante esta forma de actuación la gestión de un servicio público municipal con sometimiento en su prestación al derecho privado, frente al rígido procedimiento administrativo.

Por algún sector doctrinal y ciertos profesionales, se ha afirmado que el hecho de actuar por la administración en el campo del derecho privado es una forma de **fraude de ley**. Ello no es cierto, la Ley así lo ha previsto de forma intencionada y expresa para facilitar la gestión de los servicios públicos, así **GARRIDO FALLA**, al analizar la contratación pública de estas sociedades, es muy claro al indicar que:

"... se nos podrá decir que la utilización de entes instrumentales es una manera indirecta de burlar el dicho principio de pública licitación. (...) Pero hay que decir (...) que se trata de una «burla legal», es decir, querida por la Ley como excepción al mentado principio".

2.1.4.- Ventajas de las sociedades públicas

Con carácter previo es necesario indicar que las sociedades o empresas públicas, no solo en el estado español, sino en la normativa de los distintos estados, gozan de ciertas ventajas en relación con las empresas privadas.

Esta posición no es sino la lógica consecuencia de la posición de preeminencia de que goza la administración en su actuación frente a los particulares. La administración en las sociedades modernas goza de esa posición de privilegio debido a que

actúa en el ejercicio y defensa de los intereses públicos, lo que le da una serie de facultades y prerrogativas para la prestación de las actividades que le son propias, de los que los particulares no gozan, son las denominadas potestades administrativas.

Las empresas públicas no son sino una forma de las que se vale la administración para la prestación de servicios públicos. Debido a ser una forma de prestación de un servicio público, es lógico que se beneficien sus sociedades públicas de alguna de esas prerrogativas y ventajas que ella misma posee, pues no son sino una administración con personificación privada/mercantil, que utilizan para facilitar su actuación en aquellos sectores en los que, debido al rígido procedimiento administrativo, no puede intervenir con la eficacia necesaria.

Las ventajas a las que nos referimos han ido sufriendo una progresiva reducción, debido a una paulatina aplicación (errónea a entender de un gran sector doctrinal) del principio de libre competencia. Principio que, como posteriormente se analizará, no se vulnera mediante la actuación en forma societaria pública.

Centrándonos en las sociedades urbanísticas, dedicadas a la promoción de suelo y vivienda que son las que nos afectan, articularemos dichas prerrogativas distinguiendo las siguientes materias:

- Facilidades en cuanto a su actuación en general.
- Facilidades en relación con la promoción de vivienda y suelo.
- Ventajas fiscales.

1.- Facilidades de actuación en general.

Al ser una administración con personificación privada, gozan de beneficios inherentes a su carácter de administración y a su forma de sociedad mercantil privada:

- En relación a su participación en la organización administrativa pública, pueden obtener todo tipo de información privilegiada y utilizar distintos medios de la administración matriz. Así, pueden conocer futuras actuaciones de la misma, pues muchos de ellos los ha formulado o redactado la sociedad, y posicionarse antes que el sector privado. También pueden utilizar a la propia administración para que realice actos de autoridad que directamente les beneficien y no pueden realizarlos por sí mismas, como desahucios administrativos, ser beneficiarias de expropiación, obtener el cobro por vía de apremio, etc.
- Por otro lado, en sus relaciones con la administración matriz, no se encuentran sujetas a la normativa de contratación pública, pudiendo aquella realizarles los encargos de gestión directamente.
- Por ser una personificación privada, tienen facilidades de actuación en el mercado, así no se encuentran sometidas al régimen presupuestario, ni a la intervención previa, a las trabas para el reclutamiento de personal, ni a la normativa de contratación pública en la mayor parte de sus actuaciones.

2.- Facilidades en relación con la promoción de vivienda y suelo.

El objeto fundamental de las sociedades urbanísticas, como posteriormente se desarrollará, es la promoción y gestión del suelo y equipamientos, soliendo tener también

competencias en materia de vivienda, como elementos necesarios e imprescindibles para la promoción de grupos de vivienda y equipamientos de toda índole, aparcamientos, edificios administrativos y fundamentalmente asistenciales (3ª edad, jóvenes, universitarios, familias monoparentales, etc.).

Por ello, suelen tener relativas ventajas como promotor público de vivienda y urbanismo, que analizaremos:

- En materia de vivienda, son consideradas a todos los efectos promotores públicos en los planes de vivienda estatales y de las CC.AA., lo que les permite la realización de vivienda sociales (las denominadas de promoción pública), que está vedado a los promotores privados y, en ciertos regímenes de promoción, se les otorga ventajas económicas o subvenciones específicas.
- En materia de urbanismo, pueden ser consideradas administraciones actuantes y ser las destinatarias de la cesión del patrimonio público de suelo y asignárseles su administración, recibir de forma directa terrenos ya urbanizados y utilizar el sistema de expropiación en la ejecución del planeamiento, etc.

3.- Ventajas fiscales.

Con carácter general, las sociedades públicas han perdido muchas de sus ventajas fiscales, no obstante ello, conservan una esencial: la bonificación del 99% en el impuesto de sociedades (IS), siempre y cuando las actuaciones se refieran a materias objeto de su competencia.

Por otro lado, las sociedades dependientes de administraciones locales, en función de su objeto, pueden obtener ciertas bonificaciones en materia de impuestos locales, siempre y cuando sean aprobadas estas por ordenanzas fiscales por el Ayuntamiento, en concreto en relación al impuesto de bienes inmueble (IBI), el impuesto sobre instalaciones, construcciones y obras (ICIO), etc.

2.2.- CLASES

De acuerdo con la normativa de aplicación, se puede establecer una clasificación fundamental de las sociedades urbanísticas en función de la pertenencia del capital de la misma; pueden ser instrumentales o mixtas:

- **Instrumentales**, aquellas cuyo capital pertenece íntegramente a la Corporación local. Estas no son sino la prestación directa de un servicio público.
- **Mixtas**, pues el capital pertenece parcialmente a la corporación.

En estas últimas tradicionalmente se hace una distinción entre las mixtas, propiamente dichas, aquellas en cuyo capital es mayoritaria la participación de la administración, que son consideradas como verdaderas empresas públicas, y las denominadas **participadas**, en las que el capital público es minoritario.

2.2.1.- Instrumentales

Es una "Sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad Local o a un ente público de la misma" (art. 85.2.d) LBRL). Puede ser **definida** siguiendo a Ángel Sánchez como "la empresa pública, con financiación y predominio exclusivo de la administración pública, pero dotada formalmente de autonomía patrimonial y funcional, y sujeta al derecho peculiar de las sociedades mercantiles de capital".

Son por lo tanto sus **características** fundamentales:

- a) Forma mercantil de responsabilidad limitada. Sociedad anónima o de Responsabilidad limitada. Constituyéndose principalmente conforme a lo preceptuado en la Ley de Sociedades Anónimas, de 22 de diciembre de 1989, Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 23 de marzo de 1995, y demás normativas de aplicación.
- b) Capital de pertenencia íntegramente a la administración, bien de forma directa o bien indirecta, siendo accionista único de la sociedad un ente u otra sociedad de la referida corporación local.
- c) Personalidad jurídica independiente de su Administración matriz, que la dota de autonomía patrimonial y funcional.
- d) Actuación sometida al Derecho Privado. No obstante ello, posteriormente se matizará esta afirmación.

2.2.2.- Mixtas

Desde un punto de vista legal, se **define tradicionalmente** como la prestación indirecta de un servicio público, "Sociedad mercantil (...) legalmente constituida cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad local".

En estas líneas la propia administración, a través de la Dirección General de Tributos, analizando la extensión de la bonificación del impuesto de sociedades, ha indicado y aclarado que por **empresa mixta** "se entiende la que tenga socios de capital privado". Recalcando lo dicho indica que "respecto a esta cuestión, este Centro Directivo entiende que tanto del Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre creación de sociedades urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y las Corporaciones Locales, como del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, se desprende la posibilidad de crear consorcios o cualquier otra forma asociativa legalmente autorizada, para la prestación de los servicios públicos de competencia municipal o provincial, por lo que las actividades de las sociedades constituidas a estos efectos cuyo capital pertenezca a las distintas Administraciones Públicas citadas en el artículo 32.2 de la Ley 43/1995, podrán, en su caso, beneficiarse de la bonificación que nos ocupa, siempre y cuando cumplan los requisitos al efecto previstos".

Hoy día, el criterio de considerar el carácter de mixtas a las sociedades en las que interviene un socio privado, ha sido consagrado por el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las administraciones públicas (RDL 2/2000, de 16 de junio), que indica:

"d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas".

Como **características esenciales** de estas empresas se pueden extraer las siguientes:

- a) La heterogeneidad de su capital (público/privado), al concurrir la Administración y los particulares.
- b) La duración temporal de la misma, tanto el TRRL como el RBCL imponen un límite de duración de 50 años.
- c) La responsabilidad económica de las Corporaciones locales se limitará a su aportación a la Sociedad.

3.- NORMATIVA DE APLICACIÓN

3.1.- NORMATIVA ESTATAL

De la iniciativa pública en la actividad económica nadie duda ya, así expresamente se reconoce en los artículos 38 y 128.2 de la Constitución Española, a la vez que lo ha sido expresamente especificado por el Tribunal Constitucional.

Además de este reconocimiento, el fundamento legal de las sociedades urbanísticas se encuentra en distintas normas tanto del Estado como de las CC.AA., dejando la de éstas para el siguiente apartado. Analizaremos en este apartado la estatal, incidiendo en la siguiente normativa:

- Por un lado la normativa específica urbanística, pues no puede olvidarse que se trata de sociedades urbanísticas, siendo esta legislación normativa de carácter especial en su regulación.
- Por otro, la de régimen local relativa a la prestación de los servicios públicos, centrándonos fundamentalmente en ella, por ser la que regula y configura de forma más sistemática las sociedades urbanísticas municipales y ha servido de base para la configuración de la teoría general de la sociedad pública por la doctrina y Jurisprudencia, amén de ser las empresas públicas locales las más numerosas.
- La normativa relativa al régimen jurídico de la Administración del Estado (Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado).
- Además de esta normativa, le es de aplicación distinta normativa estatal concreta en relación a distintos aspectos de su actuación, como la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) o la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC).

3.1.1.- Legislación urbanística

Como es sabido, y de ello se ha encargado de recordarlo el Tribunal Constitucional en su sentencia 61/1997, el urbanismo en sentido estricto y, en concreto, la gestión urbanística es competencia de las Comunidades Autónomas. No obstante ello, también ha destacado el alto Tribunal la normativa urbanística anterior a la entrada en vigor de la Constitución con su nuevo reparto de competencias. Se encuentra en vigor como derecho supletorio en la medida en que la normativa urbanística de aquellas administraciones no las regulen o la regulen parcialmente, dejando en vigor la normativa urbanística preconstitucional al declarar inconstitucional en gran medida la Disposición Derogatoria.

Además, las CC.AA. han regulado muy parcialmente en su normativa de suelo la gestión mediante sociedades urbanísticas; es necesario que se analicen los distintos textos estatales en vigor al objeto de tener una idea lo mas clara posible de esta normativa estatal aplicable a dichas sociedades.

Se puede destacar la Comunidad de Castilla y León que en el Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León,

desarrolla y analiza ampliamente la figura de la sociedad urbanística, declarando la inaplicabilidad, con carácter general, de la normativa urbanística estatal y la del Real Decreto 1069/78 en relación con las mismas. De igual forma, el Decreto 305/2006, de 18 julio, Reglamento de Urbanismo de Cataluña, determina la inaplicabilidad del 1069/79 en dicha comunidad, si bien no regula de forma tan profunda dichas sociedades.

Analizaremos la normativa urbanística estatal:

1. Texto Refundido de la Ley del suelo de 1976 (R.D. 1346/1976) (TRSL).

Establece en su artículo 115 que "el Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, con arreglo a la legislación aplicable en cada caso para la ejecución de los Planes de Ordenación".

2. Reglamento de Gestión Urbanística (R.D. 3288/1978) (RGU).

En desarrollo de la Ley, reafirma la posibilidad de creación de sociedades urbanísticas por las distintas administraciones, ya en su **exposición de Motivos**, al establecer que estas sociedades se podrán crear para todos los fines previstos en el ámbito urbanístico.

- En relación a las Corporaciones Locales indica en el **artículo 7.1º** que: "Los Ayuntamientos podrán asumir la gestión urbanística a través de sus órganos de gobierno ordinarios o constituir gerencias con este objeto. Para el desarrollo de actuaciones establecidas en el planeamiento, podrán igualmente crear órganos especiales de gestión, fundaciones públicas de servicios, sociedades, o utilizar las demás modalidades gestoras previstas en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales".
- En el **artículo 21** dispone que "Las Administraciones urbanísticas podrán crear, conjunta o separadamente, sociedades anónimas cuando así convenga a la promoción, gestión o ejecución de actividades urbanísticas. El acuerdo de creación, así como, en su caso, el de participación en la Sociedad ya creada, se regirá por la legislación que a cada Entidad le sea aplicable".

3. Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre "Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales" (RSU).

Este Real Decreto, dictado en desarrollo del ya referido artículo 115 del Texto refundido de 1976, tiene por objeto fundamental potenciar la gestión urbanística a través de las referidas sociedades urbanísticas, es clara la **Exposición de Motivos** del mismo cuando indica que:

*"... Tal es la finalidad del presente Real Decreto, que tiende **además** a facilitar la constitución de estas Sociedades (sociedades urbanísticas); **concretar su objetivo sin excluir ninguno de los fines comprendidos en el ámbito urbanístico**; fomentar la colaboración de la Administración Central, la Institucional y la Local, entre sí y con las Cajas de Ahorro, y facilitar la movilización de la asignación de urbanismo de los presupuestos de las Corporaciones Locales y el Patrimonio Municipal de Suelo, a través de las Sociedades o Empresas de economía mixta, previstas en el tan citado artículo 115 de la Ley del Suelo".*

En concreto el **artículo 1.1º**, establece en la misma línea ya indicada, que:

"El Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, para la ejecución del planeamiento urbanístico. (...) También podrán adquirir acciones de estas Sociedades que se hallen constituidas".

3.1.2.- Normativa de Régimen local

Las sociedades promotoras de vivienda y suelo, como se ha indicado, han sido ampliamente reguladas por la normativa de régimen local. La más fundamental es la siguiente:

1. Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local – TRLBRL (RDL 2/2000, de 16 de junio).

Esta norma, en sus **artículo 85**, reformado por la reciente Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modificación del gobierno local, reconoce la posibilidad de la gestión de los servicios públicos mediante la constitución de sociedades mercantiles; y el **86**, enmarca ésta dentro de la posibilidad de las corporaciones locales de ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución Española.

En concreto, el **artículo 85** establece que:

"1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias.

2. Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:

A) Gestión directa:

- a) Gestión por la propia entidad local.*
- b) Organismo autónomo local.*
- c) Entidad pública empresarial local.*
- d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma.*

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

3. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad".

El referido **artículo 156 del RDL 2/2000**, de 16 de junio (LCAP), establece que La contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades:

- a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, siendo aplicable en este caso lo previsto en el apartado 3 del artículo 130 de la presente Ley.

- b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.
- d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Relacionando uno y otro precepto, se pueden establecer los siguientes **modos de gestión de los servicios públicos locales:**

A) Gestión directa:

- Gestión por la propia entidad local.
- Organismo autónomo local.
- Entidad pública empresarial local.
- Sociedad mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma.

B) Gestión indirecta, mediante las siguientes formas:

- Concesión.
- Gestión interesada.
- Concierto.
- Sociedad de economía mixta.

El nuevo **artículo 85 ter**, establece ya distintas condiciones específicas de actuación dándoles rango de Ley, lo que modifica y clarifica la regulación de dichas sociedades, pues las demás normas de régimen local tienen un rango jerárquico inferior, por lo que se deberán adaptar, quedando modificados aquellos aspectos de las mismas que se opongan a la actual regulación.

En concreto, el referido artículo dispone lo siguiente:

1. *Las sociedades mercantiles locales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.*
2. *La sociedad deberá adoptar una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma.*
3. *Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas.*

Como se observa, esta nueva regulación establece algunas **novedades y precisiones** con respecto a la anterior regulación, que ahora se apuntan, aun cuando serán posteriormente desarrolladas en profundidad:

- a) Precisa de forma clara que las sociedades se registrarán por el derecho privado, con carácter general, salvo determinados aspectos en los que les es de aplicación ciertas formas de la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación.
- b) Determina que deberá necesariamente que adoptar forma de sociedad mercantil en la que la responsabilidad de la corporación se limite al capital aportado, es decir, Sociedad Anónima o Sociedad de responsabilidad limitada.
- c) Serán los estatutos los que determinen la forma de designación de los miembros de los órganos de administración y dirección de los mismos, lo que otorga a sus constituyentes una mayor libertad que establecía el Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales.
- d) Por último, se descuelga de la ley, cuando así se preveía en la legislación anterior y en el proyecto de ley, la necesidad de que el capital esté íntegramente desembolsado, estableciendo exclusivamente la necesidad de su aportación íntegra.

2. El RDL 781/1986, de 18 de abril, Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

Continúa la línea de la ley de bases, en concreto en su **artículo 103.1** establece literalmente:

*"En los casos en que el servicio o actividad se gestione directamente en forma de empresa privada, **habrá de adoptarse una de las formas de Sociedad Mercantil de responsabilidad limitada.** La sociedad se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles..."*

También indica en su **artículo 104** que *"Para la gestión indirecta de los servicios podrán las entidades locales utilizar las formas de Sociedad mercantil (...) cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad"*.

Añadiendo en el **artículo 105** que *"... la responsabilidad de la Entidad se limitará a lo que expresamente conste en la escritura de constitución..."*, es decir, a lo aportado.

De ellos se pueden extraer **dos consecuencias**, confirmando la norma superior:

1. Una en relación a su forma, ha de ser una sociedad mercantil en la que se limite la responsabilidad de los socios, a lo aportado, en la misma línea que la Ley de Bases.
2. Otra en relación a su funcionamiento y actuación, que debe realizarse de acuerdo con la normativa mercantil, como anteriormente se ha precisado.

Es decir, solamente podrán conjugarse esos principios con la constitución de una Sociedad Anónima (S.A.) o de Responsabilidad Limitada (S.L.).

3. El Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

El Presente Reglamento establece en su **artículo 89** que *"la gestión directa de los servicios económicos podrá serlo en régimen de Empresa privada, que adoptará la forma de responsabilidad limitada o 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"*. En términos similares se refiere a las sociedades mixtas.

Como se observa, **establece criterios de actuación**, de acuerdo con la normativa relativa a las sociedades mercantiles pero con las especialidades que determina que afectan exclusivamente a la constitución y funcionamiento de los órganos rectores, que posteriormente analizaremos.

Como se ha indicado, tras la entrada en vigor de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modificación del gobierno local, se reconoce una mayor libertad en relación con la constitución y designación de los órganos de gobierno, pues serán los estatutos los que los determinen, dentro de la lógica potestad de autoorganización de la administración local.

3.1.3.- Normativa de Organización de la Administración General del Estado

La normativa relativa al régimen jurídico de la Administración del Estado, viene determinada por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que en su Disposición Adicional Duodécima, redactada por la nueva ley de Patrimonio, indica lo siguiente:

«Disposición adicional duodécima. Sociedades mercantiles estatales.

1. Las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.
2. Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, se regirán por el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación».

3.1.4.- Normativa relativa a aspectos concretos de su actuación

Como se ha indicado, además de esta normativa específica, de régimen local y urbanístico, a estas sociedades le es de aplicación en mayor o menor medida distinta normativa estatal concreta en relación a distintos aspectos de su actuación, tanto de carácter administrativo como civil y mercantil o laboral en relación con su personal. Sin ánimo exhaustivo, pues a lo largo del presente estudio se irán analizando unas y otras, se pueden enumerar las siguientes:

Administrativas: La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) o la Ley de Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y Procedimiento administrativo Común (LRJAP y PAC), Ley de patrimonio de Estado, etc.

Mercantiles: Las que regulan la forma mercantil concreta que adopta el promotor público como la Ley de Sociedades Anónimas, de 22 de diciembre de 1989 (LSA-) o la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 23 de marzo de 1995.

A lo largo del presente estudio se irá analizando la incidencia de cada una de las anteriores normativas en la actuación de la sociedad urbanística.

3.2.- NORMATIVA DE CC.AA.

La Comunidades Autónomas, tras la asunción de sus competencias, han regulado de diversa manera las sociedades urbanísticas, como instrumentos necesarios para la gestión pública del urbanismo, en un sentido amplio.

Algunas de ellas han establecido una completa regulación, mientras que otras las regulan muy parcialmente. Por su importancia, se desarrollan de forma detallada en el apartado X del presente estudio, al que nos remitimos.

4.- ASPECTOS ORGANIZATIVOS DE LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS INSTRUMENTALES

Se analizarán en los siguientes apartados los distintos aspectos constitutivos y de actuación de las sociedades urbanísticas instrumentales, entendiendo por tales las sociedades con capital 100% público, dejando el régimen jurídico de las empresas mixtas para el epígrafe VIII.

4.1.- PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN

El proceso para la constitución de estas sociedades mercantiles se realiza en dos fases perfectamente delimitadas en cuanto al tiempo, normativa de aplicación y sus efectos:

- **Una primera fase**, interna, que se realiza en la corporación que va a constituir la empresa pública; como tal acto de un organismo público está sujeta al derecho administrativo, se encuentra perfectamente reglada y se plasma en el oportuno expediente administrativo, denominado **expediente de municipalización** o provincialización del servicio. En esta fase es importante el hecho de que en la memoria que se ha de realizar en el expediente, han de constar los estatutos de la referida sociedad.
- **Una segunda fase**, externa, que se realiza fuera ya de la Corporación, sometida al derecho privado, fundamentalmente al derecho mercantil, el otorgamiento de la oportuna escritura de constitución de la sociedad, ante notario, y su inscripción en el Registro Mercantil, previo examen, verificación y calificación por el Registrador.

4.1.1.- Fase interna: Expediente administrativo de municipalización

El primer paso necesario es la municipalización o provincialización del servicio, proceso que se regula primordialmente en el Reglamento de Obras y Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, artículos 56 al 64, en el Real Decreto de 18 de abril de 1986, que aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local a través de su artículo 97 y, asimismo, en el artículo 86 de la Ley 7/85, de Bases de Régimen Local.

La aplicación de los preceptos del reglamento de servicios, como ya se ha indicado, se ha de tener en cuenta a la luz del principio de autonomía de los entes locales, por lo que algunos de los principios y requisitos que regulan han de entenderse derogados o limitados por el referido principio constitucional.

Discutida ha sido, en relación a las sociedades urbanísticas, la necesidad de tramitar expediente administrativo de municipalización.

a) Tesis de la innecesariedad del expediente de municipalización.

El análisis de la normativa específica aplicable considera que en los supuestos de Sociedades Urbanísticas, como excepción, al principio general, no es necesario dicho expediente. En concreto:

- El **Real Decreto 1169/78**, indica que la constitución de sociedades urbanísticas no necesitará expediente de municipalización o provincialización, sustituyéndose por informe de la intervención y acuerdo de pleno.
- El artículo **6º del R.D. Ley, de 14 de marzo de 1980**, dictado precisamente con la finalidad de agilizar la gestión urbanística, determina, igualmente, que no será

precisa la previa acreditación de la inexistencia o insuficiencia de la actividad privada para la creación de sociedades urbanísticas, así como tampoco el expediente de municipalización o provincialización de servicios, siempre que se trate de entidades en las que participen las Corporaciones Locales.

- En esta misma línea se manifiestan distintas CC.AA. que en sus normativas establecen dicha innecesariedad, como Castilla y León.

Cuestión que ha sido reiterada por el **Tribunal Supremo** en sus sentencias de 30 de enero de 1995, 17 de junio 1998 y 2 de octubre de 2000.

También la doctrina mayoritaria, entre otros Castillo Blanco, se manifiesta conforme con la exclusión de la necesidad del expediente en virtud del principio de especialidad y la lógica preeminencia de la normativa urbanística, norma especial, frente a la de régimen local, norma general.

b) Tesis que mantiene la necesidad del expediente de municipalización.

Hay autores, como Estanislao Arana García, que consideran necesario el referido expediente realizando una fundada justificación que seguidamente se expone:

El expediente administrativo a que se refiere el artículo 97 del Texto Refundido, desarrolla en el ámbito local la necesidad de motivación que el artículo 54 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común exige para el ejercicio de cualquier potestad discrecional como, por ejemplo, la de iniciativa pública económica.

Este procedimiento administrativo específico será necesario, por tanto, para el ejercicio de todas aquellas actividades que se presten en concurrencia con la iniciativa privada, es decir, en libre concurrencia. Dichas actividades serán, principalmente, aquellas que no estén reservadas legalmente al Poder Público. A diferencia de los principios jurídicos y económicos vigentes con anterioridad a la Constitución de 1978, una Administración Local puede crear una sociedad mercantil para la prestación de una actividad que también la desarrolle la iniciativa privada. Ahora bien, esta decisión tendrá que ser motivada, motivación que se cumple con el expediente regulado en el artículo 97 del Texto Refundido.

Al igual que en el caso anterior, nos encontramos con jurisprudencia del Tribunal Supremo que no aplica correctamente esta clara doctrina, eximiendo del cumplimiento de estos requisitos procedimentales a empresas que concurren con la iniciativa privada en el ejercicio de actividades económicas. Fundamentalmente, esta errónea interpretación ha tenido lugar en el caso de las sociedades municipales de gestión urbanística.

Este tipo de sociedades llevan a cabo una actividad de dación de bienes al mercado producida, por tanto, en concurrencia con la iniciativa privada. En este caso, la entrega de bienes tiene lugar en el mercado inmobiliario, concretamente en el ámbito de la gestión urbanística.

Conforme a esta naturaleza, por tanto, serían extensibles a las sociedades municipales de gestión urbanística, los principios y requisitos ya comentados y exigibles a toda iniciativa económica local.

Desde nuestro punto de vista, con independencia de los argumentos jurídicos y en base a la experiencia práctica, consideramos muy conveniente la redacción de la memoria y su exposición al público, con los estatutos de la sociedad, por dos razones fundamentales: por un lado justifica la necesidad de la prestación del servicio de este modo, frente a terceros y a la propia corporación, y por otro, determina el alcance de la actuación de la sociedad en base a la potestad de normativa y de autogobierno de la corporación local, al establecerse en el mismo su objeto social, los órganos de gobierno y otros aspectos necesarios para el funcionamiento de la sociedad. Conveniencia que se acrecienta más tras las recientes reformas que permiten una gran libertad de organización, incluso frente a las prescripciones del Reglamento de Servicios.

Por ello, la realidad es que la mayor parte de las sociedades urbanísticas municipales se constituyen realizando el referido expediente administrativo por lo que lo analizaremos con cierto detalle.

Las **fases procedimentales** son las siguientes:

1.- Acuerdo del pleno de la corporación municipal que inicia el Procedimiento.

En este acuerdo se establecerá el deseo de la constitución de una sociedad y la realización de un estudio donde se analice su viabilidad, competencia, etc., designándose al mismo tiempo una Comisión especial.

La composición de la misma se indica en la normativa citada (usuarios, representantes de la cámara oficiales), no obstante ello, se entiende por la doctrina más moderna, Arana García, que se ha de referir exclusivamente a concejales y técnicos municipales y no a todos los que originariamente se refería el art. 56.

Estos acuerdos corresponde adoptarlos al Pleno de la Corporación (art. 50 del Real Decreto 2568/86, de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales) con las siguientes características:

- Queda constituido válidamente con la asistencia al menos de 1/3 de sus miembros.
- El quórum requerido para la aprobación de la propuesta es el de mayoría simple, (arts. 90 y 99 del mismo Real Decreto).

2.- Constitución de la comisión y redacción de la memoria.

Seguidamente se constituirá la Comisión Especial, que será la encargada de redactar una memoria. El plazo para la redacción de la referida memoria será de 2 meses.

El contenido es muy amplio, el reglamento de Servicios le impone distintos contenidos:

- a) **Social:** (artículo 59) se determinará la situación del servicio, así como las previsibles ventajas de dicha municipalización.
- b) **Jurídico:** (artículo 60) este es muy importante pues se habrá de adjuntar un proyecto de Estatutos que, en su momento, será el instrumento esencial por el que se regirá la actuación de la sociedad creada.

- c) **Técnico:** (artículo 61) contendrá, en el caso de que así se requiera, las obras de implantación y su mantenimiento, así como las bases del planteamiento técnico del servicio.
- d) **Financiero:** (artículo 62), se realizará el estudio general de los costes que traerá consigo y los medios previstos para su satisfacción.

3.- Exposición al público de la memoria.

Ultimada la memoria se expondrá al público por un plazo no inferior a 30 días, durante los cuales estará de manifiesto en la secretaría de la Corporación, y podrán presentarse las observaciones pertinentes, tanto por personas físicas como jurídicas (art. 97 del Real Decreto, 782/86 en relación con el art. 63 del Reglamento de Obras Públicas y Servicios de las Corporaciones Locales de 1955).

Además se publicará en el Boletín Oficial de la Provincia.

4.- Aprobación definitiva.

Transcurrido dicho período sin que se hayan producido reclamaciones, o resueltas las mismas, se procederá a la aprobación definitiva por parte del Pleno de la Entidad Local, de la creación de la Sociedad y sus Estatutos (art. 97 del TRRL y art. 86.2 de la LRBRL).

4.1.2.- Fase externa

Esta segunda fase, como ya se ha indicado, se encuentra sometida al derecho privado, fundamentalmente al Derecho mercantil, y en concreto a la normativa aplicable a la sociedad, que dependerá de si se pretende constituir una S.A. (Ley de Sociedades Anónimas, de 22 de diciembre de 1989 -LSA-) o una S.L. (Ley de Sociedades de responsabilidad limitada, de 23 de marzo de 1995 -LSL-).

En ambas leyes se exigen iguales requisitos de constitución; en la Ley de Sociedades Anónimas, el artículo 7.1º es idéntico al 11.1º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada e indican ambos:

"La sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad anónima (o de responsabilidad limitada) su personalidad jurídica".

Con carácter previo es necesario obtener la correspondiente certificación negativa de la Dirección General de Registros y del Notariado, respecto a la denominación que se le quiere dar a la Sociedad. Se suele obtener esta durante el anterior período, pero debido a que su duración es limitada (dos meses) es conveniente que se solicite una vez cierta la aprobación del expediente.

Tras todo este proceso, la sociedad adquirirá plena capacidad de actuar válidamente en Derecho.

4.2.- ÓRGANOS DE GOBIERNO

4.2.1.- Introducción

La regulación de los órganos de gobierno, como ya se ha indicado, es una de las materias que siempre ha planteado más discusiones y conflictos en la Doctrina.

La razón de ello es que su regulación fundamental se encuentra en el Reglamento de Servicios de Corporaciones, norma preconstitucional que establece distintas limitaciones en su composición y funcionamiento, que plantea ciertas dudas con relación a la autonomía de los entes locales preconizada por la Constitución de 1978.

En concreto, los órganos de gobierno de las sociedades urbanísticas se determinan por normativa reglamentaria, así el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales determina los distintos órganos de la sociedad y las características y limitaciones con carácter excepcional. En concreto, establece los siguientes criterios:

- a) **Determinación de órganos obligatorios.** De acuerdo con el artículo 45, serán los siguientes:
- La corporación interesada, asumiendo las funciones de la Junta General.
 - El Consejo de Administración.
 - La Gerencia.

El tema planteaba dos problemas fundamentales, el hecho de que pudiera no interesar que el pleno no fuera a la junta general, como no lo es en las sociedades mixtas, y el hecho de no interesar la designación de gerente, pues sus funciones las puede asumir un consejero delegado.

- b) **Restricciones y limitaciones en relación al número y composición de los consejeros.** En concreto, el artículo 93 establece las siguientes condiciones:

1.- Los consejeros serán designados por la Junta general entre personas especialmente capacitadas y por períodos no inferiores a dos años ni superiores a seis.

2.- El número de consejeros no excederá del siguiente:

- Municipios de menos de 20.000 habitantes. 5
- Municipios de más de 20.000 habitantes. 9

3.- Existe una limitación de pertenencia de miembros políticos, se entiende concejales, a un tercio de dicho consejo, el resto deberán ser técnicos o expertos.

La limitación en orden al número y calidad de sus miembros, que en su origen tenía el objeto de convertir el consejo de administración en un órgano en el que predominaba más el componente técnico que el político, si bien es loable desde un punto de vista de la tecnificación de las sociedades, planteaba distintos problemas de orden político.

No permite esta composición, lo que se ha realizado en múltiples ocasiones, el establecer en el Consejo la misma distribución o representación de fuerzas políticas que las del Pleno, lo que era solicitado en muchos casos por los alcaldes en el momento de la constitución de las sociedades. El mantenimiento de la proporción facilitaba la gestión, pues discutido en profundidad y decidido un tema en el seno del consejo de

administración, permitía que la aprobación del pleno (Junta General) no fuera sino un trámite, evitando distintos problemas y situaciones difíciles.

En relación a dichas limitaciones del reglamento de Servicios, que no las recogía ninguna otra norma legal, se pueden establecer tres etapas sucesivas, que concluyen con la reciente reforma antes indicada:

1. **En una primera etapa**, la Doctrina considera que las limitaciones del título III del Reglamento de Servicios son incompatibles con la autonomía de las mismas para la elección del mejor modo de gestión de sus propios intereses, según proclama el artículo 140 de la Constitución, por lo que ha de considerarse, en lo que respecta a la existencia de los órganos obligatorios y al número máximo de miembros del Consejo de Administración, derogado, ya que dicho Reglamento es no solamente preconstitucional, sino que fue dictado en un régimen no democrático, totalmente incompatible con la legislación que regula las corporaciones democráticas de nuestros días.

Este tema se vio confirmado, especialmente, por el hecho de que los propios registradores mercantiles no pusieron problemas a la inscripción de sociedades municipales que no habían cumplido dichas limitaciones, desde la aprobación de la Constitución.

2. **En una segunda etapa**, con la Resolución da la DGRN, de 6 de octubre de 1999, que determina la vigencia y la aplicación de las limitaciones que, como se ha visto, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales impone al Consejo de Administración de las empresas de participación íntegra municipal, en su artículo 93, se plantea la necesaria observancia de las limitaciones.

Si bien la Resolución solamente se refiere al número de componentes del consejo, no haciendo referencia al criterio de composición del órgano rector (la presencia de consejeros políticos se encuentra limitada a un tercio de su número), ello parece deducirse de la lectura de la misma.

Por otro lado, plantea también el hecho de que deberá entenderse la obligatoriedad de todos estos órganos y su condición.

Esta tesis fue posteriormente confirmada, en cuanto a la adscripción de los consejeros, por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 30 de noviembre de 2000, en relación con la sociedad de Autobuses de Valladolid, sociedad anónima, y la Sociedad de abastecimiento de Aguas y saneamiento de esa ciudad, declara la nulidad del Acuerdo de la Junta General de ambas sociedades por no modificar los estatutos sociales "sin respetar la calidad o adscripción de sus miembros, a un tercio de miembros pertenecientes a concejales".

3. **En una tercera etapa**: con la publicación de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modificación del gobierno local, como se ha indicado, el legislador se ha hecho eco de las críticas realizadas ante la regulación del Reglamento de Servicios y establece una nueva regulación en el artículo 85 ter. 3º, de la Ley de Bases, así dispone que:

"Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas".

Como ya se ha indicado, gran parte de la doctrina opina que han quedado eliminadas dichas limitaciones, tras la aparición de esta nueva regulación, por los siguientes motivos:

- La sentencia del Tribunal Constitucional 35/1992 dispone que cuando exista una Ley que regule la materia con el carácter de básica, la consideración de tal calificativo de lo dispuesto en un Reglamento sólo puede derivar de lo prevenido directa o indirectamente de la Ley.
- La normativa básica de las Corporaciones Locales viene dada por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y por el texto refundido de las disposiciones legales en vigor en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, bloque normativo que no contiene norma alguna que imponga la designación del Pleno como junta general, el carácter obligatorio del gerente ni limitaciones numéricas o cualitativas de componentes del Consejo de Administración de una sociedad mercantil de propiedad municipal.

Sentadas las premisas anteriores, con nueva regulación podrían establecerse los siguientes criterios:

1. Serán los estatutos los que determinen la designación y composición de la junta general, la forma de designación de los miembros de los órganos de administración y dirección de los mismos, lo que otorga a sus constituyentes una mayor libertad que establecía el Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales, en virtud del principio de autoorganización de las corporaciones locales.
2. Desaparecen por tanto las limitaciones y el carácter obligatorio de los cargos regulados en el reglamento de servicios, por lo que la Junta general la formarán los miembros u órgano que determinen los estatutos, sean políticos o no los miembros del consejo de administración y, estos estatutos, definirán la existencia o no de gerente
3. El Reglamento de Servicios se aplicará de forma supletoria como norma reglamentaria, en el supuesto muy improbable de ausencia de regulación estatutaria.
4. Por último, en relación a la Junta General de la Sociedad, no existe problema en que sea la Junta de Gobierno en vez del Pleno, la razón de ello, aparte de la potestad de autogobierno que desarrolla y amplifica la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modificación del gobierno local, norma de carácter legal frente a la reglamentaria, se encuentra en los artículos que desarrollan la gestión de los servicios públicos, pues no indicando en ningún lugar la necesidad de que ésta sea el Pleno para las sociedades mercantiles, ni siquiera lo hacen para los Organismos Autónomos, ni para los entes públicos empresariales.

Bien al contrario, en distintos preceptos que regulan los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales (85 bis) parece asimilar de forma alternativa e indiferenciada al Pleno y la Junta de Gobierno para que sean uno u otro los que determinen los criterios de actuación, remuneración y selección del personal, actuación, etc.

4.2.2.- Junta General

A.- Régimen Jurídico.

El funcionamiento de la corporación como Junta General de la Empresa se acomodará, en cuanto al procedimiento y a la adopción de acuerdos de las Entidades Locales, aplicándose las normas reguladoras del régimen de las Sociedades Anónimas en las restantes cuestiones sociales.

En esta línea indica Lliset Borrell que "la adopción de acuerdos se someterá al principio de colegialidad, en los términos de la legislación local, en cuanto a convocatoria, quórum de constitución, régimen de debates, quórum de votación, publicación y comunicación de acuerdos, etc.". Por ello, sigue indicando este autor que "el régimen de impugnación de acuerdos, que forma parte del procedimiento administrativo, no se regirá por la Ley de Sociedades anónimas, concebido para la defensa de los socios minoritarios, sino por el régimen jurídico-administrativo concebido para la defensa del interés público y el respeto a los derechos privados".

B.- Clases de Juntas Generales.

Las Juntas generales podrán ser ordinarias o extraordinarias.

- La Junta general ordinaria, previamente convocada al efecto por los administradores, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para censurar la gestión social, aprobar en su caso las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado.
- Junta general extraordinaria, será toda junta que no sea la prevista en el párrafo anterior para tratar cualquier otro tema.

En relación a la celebración y convocatoria de la Junta general ordinaria se ha publicado una reciente **Sentencia de la Sala Primera (de lo Civil) del Tribunal Supremo, de 3 de abril de 2003**, que impone el criterio de que estas Juntas se han de celebrar necesariamente dentro de los seis primeros meses desde el cierre del ejercicio social para censurar la gestión, aprobar cuentas y balances del ejercicio anterior y resolver sobre la distribución de beneficios (artículo 95 LSA); cuando no han sido convocadas y celebradas en dicho plazo, si en momento posterior no son convocadas por la autoridad judicial, son nulas y por lo tanto sus acuerdos carecen de eficacia, con el consiguiente problema que ello puede producir en orden a la impugnación de acuerdos y su traslado al Registro Mercantil. Esta tesis que se separa de la mantenida por la Doctrina mercantilista mayoritaria y de la práctica habitual, puede crear muchos problemas a las sociedades que no cumplan el referido plazo.

C.- Convocatoria.

En relación al régimen jurídico de su convocatoria la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 542/2001, de 6 junio**, es clara en el sentido de que ésta se debe ajustar a la normativa administrativa y ser enjuiciada su convocatoria de acuerdo con la misma y por el orden contencioso administrativo.

"SEGUNDO. La primera cuestión a resolver debe recaer sobre la naturaleza jurídica de las sociedades anónimas municipales y en concreto de la entidad Gestión del Suelo de Oviedo S.A. (GESUOSA), toda vez que del pronunciamiento que sobre este punto se haga se derivará la existencia o no de un acto administrativo recurrible y la Jurisdicción competente para conocer del mismo, motivos invocados por las partes demandadas como causas de inadmisibilidad del recurso por inexistencia de acto administrativo impugnabile y falta de Jurisdicción de este Tribunal para conocer del mismo conforme a lo previsto en los apartados a) y c) del artículo 82 de la Ley Reguladora de 1956 (RCL 1956, 1890 y NDL 18435), al entender que se trata de una sociedad anónima municipal que se rige por las normas del derecho privado y sujeta a la Jurisdicción Civil.

En el presente caso nos encontramos ante una sociedad anónima de carácter municipal, en la que todo el capital y único socio titular lo es la Corporación Municipal, que persigue la prestación de servicios municipales en cuanto afectan a todo lo relativo al suelo, cuya Junta General es asumida por el Pleno de la Corporación y en la que la convocatoria, constitución y procedimiento y adopción de acuerdos se regirán por las normas que regulan las Sociedades Anónimas, según resulta todo ello de sus propios Estatutos, en consecuencia, el régimen aplicable a la misma viene determinado por sus propios Estatutos, por la Ley de Sociedades Anónimas y por la normativa reguladora de la materia local, en concreto el artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local que contempla a las sociedades mercantiles, cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad local, como uno de los medios de gestión directa de los servicios públicos, el artículo 103 del Texto Refundido de las Disposiciones en Materia de Régimen Local, en el que se dice que se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles, y artículos 89 y ss del Reglamento de Servicios que asimismo remite en su forma de actuar a las normas legales que regulan las compañías mercantiles, con las adaptaciones previstas en este Reglamento, señalando su artículo 92 que el funcionamiento de la Corporación constituida en la Junta General de la empresa se acomodará en cuanto al procedimiento y a la adopción de acuerdos, a los preceptos de la Ley y del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aplicándose las normas reguladoras de las Sociedades Anónimas de las restantes cuestiones señaladas.

De cuanto antecede resulta la existencia de una regulación mercantil de las relaciones de la sociedad anónima municipal con terceros, en tanto que en su relación interna, socios-concejales de la Corporación Municipal titular de la Sociedad, así como en materia de contratación en la que prima el servicio público encargado de gestionar, se halla sujeto al orden administrativo, pues aunque se trate de entidades mercantiles, se hallan sujetos a un régimen específico como la titularidad municipal única del capital social, el fin perseguido, distinto del ánimo de lucro mercantil, **la constitución de la Junta General por el Pleno Municipal, cuyo Presidente y Secretario serán los del Ayuntamiento o en quienes éstos deleguen y ello es así porque se impugna un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, actuando como Junta General de la Sociedad Anónima, en base esencialmente a una deficiente convocatoria acordada por el Alcalde de la Corporación por no motivar la resolución y no aportar la documentación relativa a la convocatoria, se trata así de un acto administrativo, sujeto a esta Jurisdicción Contencioso Administrativa, al impugnarse un acuerdo del Pleno Municipal convocado por su Alcalde".**

D.- Competencias.

Las competencias de la Junta General son:

- Nombrar al Consejo de Administración.
- Fijar la retribución de los Consejeros.
- Modificar los Estatutos Sociales.
- Aumentar o disminuir el capital.
- Emitir obligaciones y en general concertar operaciones de crédito.
- Proponer al Pleno la aprobación de las tarifas del servicio.
- Aprobar los Estados de previsión de gastos e ingresos anuales.
- Aprobar las Cuentas anuales, el Informe de Gestión y la Aplicación del Resultado.
- Determinación del número de Administradores, cuando los Estatutos establezcan el máximo y el mínimo.
- Fijación de garantías por parte de los administradores, o relevarles de ello.
- Separación de los Administradores.
- Adopción de acuerdo de ejercicio de la acción para exigir responsabilidad a los administradores.
- Concesión de facultades al Consejo.
- Nombramiento de Auditores de Cuentas.
- Distribución de dividendos y cantidades a cuenta.
- Acordar la transformación de la Sociedad.
- Otras facultades en los supuestos de disolución de la Sociedad y liquidación.

E.- Retribuciones a los miembros.

En relación a las retribuciones de la junta general y, también, del consejo de administración, el artículo 13 del **REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN, FUNCIONAMIENTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENTIDADES LOCALES (ROF)**, presenta determinados regímenes de incompatibilidades de orden retributo con cargo a los Presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes, fundamentalmente cuando se tiene dedicación exclusiva. En concreto dispone lo siguiente:

"Art. 13. 1. Los miembros de las Corporaciones Locales tendrán derecho a percibir, con cargo al Presupuesto de la entidad local, las retribuciones e indemnizaciones que correspondan, en los términos que se determinan en los párrafos siguientes.

6. Sólo los miembros de la Corporación que no tengan dedicación exclusiva percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los organismos colegiados de que formen parte, en la cuantía que señale el Pleno de la misma.

No obstante, todos podrán percibir esta clase de indemnizaciones cuando se trate de órganos rectores de Organismos dependientes de la Corporación local que tengan personalidad jurídica independiente, de Consejos de Administración de Empresas con capital o control municipal o de Tribunales de pruebas para selección de personal.

4.2.3.- Consejo de Administración

En relación a la regulación que del Consejo de Administración hace el RSCL es donde nos encontramos mayor polémica en la Doctrina y, como ya se ha indicado de acuerdo con la Ley de modernización de las Corporaciones locales, que reforma la Ley de Bases, pueden entenderse derogados y será la propia corporación la que determine sus componentes.

No obstante ello, como también se ha indicado, es necesario que este criterio ya apuntado por la doctrina sea corroborado por la Jurisprudencia y la DGRN, que ha considerado vigentes, hasta ahora, dichas limitaciones. Por ello, analizaremos estas:

A.- Limitaciones al consejo.

Como ya se ha analizado, el artículo 93 establece las siguientes condiciones:

- 1.- Los consejeros serán designados por la Junta general entre personas especialmente capacitadas y por períodos no inferiores a dos años ni superiores a seis.
- 2.- El número de consejeros no excederá de 5 en Municipios de menos de 20.000 habitantes, ni de 9 en los de más de 20.000 habitantes.
- 3.- La pertenencia de miembros políticos, concejales, se limita a un tercio de dicho consejo, el resto deberán ser técnicos o expertos.

Como ya hemos indicado, con la publicación de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modificación del gobierno local, desaparecen dichas limitaciones reguladas en el reglamento de servicios, por lo que los miembros del consejo de administración, lo serán en el número y con carácter político o técnico de acuerdo con lo que determinen los estatutos.

B.- Requisitos y caracteres del Consejo de Administración.

De acuerdo con la normativa del derecho mercantil, pueden extractarse las siguientes:

- En **relación a su RESPONSABILIDAD**, la LSA determina un sistema bastante duro, estableciendo un principio de responsabilidad solidaria de los componentes del consejo, por ello es habitual, en la actualidad, la suscripción de un seguro de responsabilidad civil que cubra esta contingencia. En concreto, el artículo 133 dice: "Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente, para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general".

- **Respecto a su RETRIBUCIÓN**, deberá constar expresamente establecida en los estatutos. Debiendo entenderse, de acuerdo con el artículo 13.6 del ROF, que los miembros de las Corporaciones Locales, aun cuando perciban retribuciones por dedicación exclusiva, si bien no podrán obtener un segundo "sueldo", sí **"podrán percibir esta clase de indemnizaciones cuando se trate de órganos rectores de Organismos dependientes de la Corporación local que tengan personalidad jurídica independiente, de Consejos de Administración de Empresas con capital o control municipal..."**.

- **Su NOMBRAMIENTO** es personal e individual y así se hará constar en el acuerdo de nombramiento, debiendo el consejero aceptar expresamente el cargo.

Esto es importante, ya que, aun cuando se nombren en atención a su cargo, su nombramiento es personal y continuarán en el mismo mientras no se revoque su nombramiento, aunque ya no ostente el cargo público.

- El consejo quedará **VÁLIDAMENTE CONSTITUIDO** cuando concurren presentes o representados la mitad más uno de los componentes, debiéndose adoptar los acuerdos por mayoría absoluta de los concurrentes.
- La **DELEGACIÓN CON CARÁCTER PERMANENTE DE FACULTADES** en cualquier consejero delegado o en la Comisión permanente requerirá voto favorable de las 2/3 partes de los consejeros y no producirá efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil.
- El Consejo de Administración, de acuerdo con la Ley 39/75 y el RD, de 5 de agosto de 1977, deberá nombrar un **LETRADO ASESOR** cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:
 - 1.- Capital social igual o mayor de 50 millones.
 - 2.- Plantilla de trabajadores fijos que exceda de 50.
 - 3.- Volumen anual de negocios superior a 100 millones de ptas.

C.- Proporcionalidad.

Se plantea el tema de si es necesario mantener en el Consejo de Administración de una sociedad la misma proporción política que en el Pleno municipal, es decir, nombrar proporcionalmente el número de consejeros en función de los distintos partidos políticos.

En el Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales, como se ha indicado, nada dice sobre si se debe guardar proporcionalidad alguna.

Las teorías que han surgido debido a ello son las siguientes:

- a) La que pudiéramos denominar mayoritaria, que establece que no existe imposición alguna en relación a dicha proporcionalidad y que será la Corporación siguiendo el régimen de mayoría la que designará los que considere adecuados, concejales o no (en las proporciones establecidas) y de uno u otro partido, gobernante o no. Se basa ello en el hecho de que el consejo de administración es un órgano de naturaleza mercantil que tiene una finalidad de gestión de la empresa, no gozando de carácter público, y que por lo tanto el control político se realiza desde el pleno.

- b) Por contra, se ha pretendido, por algún autor, que el consejo de administración debe guardar la proporción política del pleno, y ello por la analogía con la proporcionalidad que es exigible a las comisiones informativas de la Corporación.

No obstante estos planteamientos divergentes, la cuestión ha quedado zanjada tras la muy clara sentencia del la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de justicia de Canarias de 18-7-1997, que indica que dicha proporcionalidad no es ni legal ni necesaria. **El Fundamento de Derecho Tercero establece en concreto:**

*"**TERCERO.-** En cuanto al fondo, el recurso no puede acogerse según entiende la Sala. En efecto, este se basa en que el Consejo de Administración ha de guardar la proporcionalidad política del Pleno, y ello por analogía con la proporcionalidad que es exigible constitucionalmente en las comisiones informativas que se formen en la Corporación, como consecuencia de las facultades integradas en el derecho fundamental al ejercicio de la función pública en términos de igualdad.*

*Sin embargo, **no existe la identidad de razón que es preciso para aplicar a la composición del Consejo de Administración de una sociedad mercantil de capital público municipal la proporcionalidad política del Pleno, y ello porque no cabe asimilar una sociedad mercantil, aunque sea de capital exclusivamente público y constituida para la gestión directa de un servicio público, a los órganos administrativos que componen el Ayuntamiento, ni desde luego, cabe equiparar a los Concejales a los accionistas de una sociedad, y ello aunque aquello forme parte de la Junta General como miembros de la Corporación, pues en las sociedades públicas municipales el accionista es la entidad local correspondiente y no los Concejales; esa falta de identidad de razón se deriva además de la propia naturaleza de las sociedades mercantiles públicas como personas jurídicas distintas de la entidad local, sociedades que integran entes de naturaleza privada que actúan en el tráfico jurídico equiparadas a sujetos privados y regidos por el Derecho civil y mercantil; no hay, en el caso de las sociedades mercantiles de capital público municipal, personificación pública y no gozan, por tanto, del carácter de Administración pública. Siendo ello así en modo alguno cabe aplicarle un régimen, en cuanto a la composición de su Consejo de Administración, que está expresamente contemplado o admitido para unos órganos administrativos y públicos (las Comisiones Informativas)".***

4.2.4.- Gerente

Es la persona que actúa como apoderado general o factor del Consejo de Administración. A diferencia de las Sociedades Mercantiles, en las que puede existir o no, en las sociedades municipales tiene carácter obligatorio.

De acuerdo con Ángel Sánchez, se pueden considerar que son sus características las siguientes:

- a) Se trata de un órgano social, cuya actividad se imputa directamente a la Sociedad.
- b) Es un órgano necesario no facultativo.
- c) Su designación corresponde al Consejo, a no ser que los estatutos dispongan otra cosa.

- d) Es un órgano único, de tal manera que no puede haber más de una gerencia.
- e) Es un órgano de carácter técnico.
- f) Con carácter general, su vinculación con la sociedad se produce mediante un contrato laboral de "alta dirección".

4.3.- PERSONAL A SU SERVICIO

Al ser las Entidades instrumentales de carácter mercantil propiedad de la Administración, pero no Administración, el personal no se halla vinculado por una relación estatutaria sino laboral. En consecuencia, en principio, las relaciones que se susciten entre trabajador y empresa con motivo de la relación que les une se rigen por el Derecho Privado, y por tanto los trabajadores son contratados con sujeción a la normativa laboral, conociendo de estas relaciones los órganos competentes de la jurisdicción social.

No se exige el respeto a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, pues la relación laboral puede concertarse con carácter directo y particular, estableciendo la propia empresa sus criterios de selección. Esto es así pues la política de recursos humanos en las empresas públicas es diferente a la de la Administración, ya que deben de priorizarse principios de disponibilidad, especialización, eficiencia, etc.

La propia **Jurisprudencia del Tribunal Supremo** ha perfilado distintas cuestiones y caracteres del personal al servicio de las empresas públicas.

Analizaremos algunos de dichos aspectos:

- a) **Carácter de laboralidad** de los empleados de las referidas empresas. El Auto de 5/94 establece, en sus fundamentos de Derecho 3º y 4º, que el actor presta sus servicios (en lo que aquí interesa) en una Empresa Nacional (la "Carbonífera del Sur, S.A." -"ENCASUR"-), y por lo tanto es un trabajador sometido al Estatuto de los Trabajadores, tal como se deduce claramente del artículo 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958, a cuyo tenor "las empresas nacionales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil y laboral, por lo que concluye que no hay ninguna duda; la relación del señor H. L. con la Empresa Nacional "Carbonífera del Sur, S.A." es una relación de carácter laboral, y no de carácter funcionarial.

En esta misma línea la Sentencia de 29-03-99, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, indica que aun cuando una empresa pública para contratar a su personal acuda al sistema de convocatoria pública con el objeto de garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad de los aspirantes, no quiere decir, en modo alguno, que resulte equiparable a la administración pública, al igual que tampoco lo hace el hecho de celebrar una serie de pruebas teórico/prácticas para acceder a la plaza.

- b) En relación a los **incrementos salariales** de su personal, ha establecido el Tribunal Supremo que predominan los límites establecidos en las distintas leyes de presupuestos sobre los pactos específicos o convenios colectivos.

En concreto, la sentencia 18/11/94, de la Sala de lo Social, indica que la cuestión que discute consiste en determinar si resulta aplicable a los trabajadores de la empresa "Municipal de Recaudación de Málaga, S.A." los incrementos salariales

establecidos en los Presupuestos del Estado para el año 1993 o si, por el contrario, deben prevalecer los contemplados en el Convenio Colectivo de la indicada empresa, superiores a los oficiales. Dicha cuestión ha de ser resuelta a la luz del criterio que sobre esta materia han venido manteniendo la doctrina del extinguido Tribunal Central de Trabajo, así como de diferentes Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia. Al respecto, hemos de indicar que las sucesivas Leyes Presupuestarias establecen, con fórmula casi idéntica, que la masa salarial del personal laboral de los entes del sector público experimentarán un incremento global máximo que allí se fija respecto a las vigentes en los respectivos ejercicios anteriores, preceptos estos que contienen una norma de carácter imperativo que obliga a los organismos públicos de la Administración a modificar el incremento retributivo pactado en el convenio, el cual queda sustituido para los trabajadores del sector público incluidos en su ámbito por el porcentaje máximo impuesto por la correspondiente Ley de Presupuestos para el ejercicio de que se trate.

No obstante ello, las recientes leyes de presupuestos han iniciado una tendencia a limitar el aumento en las retribuciones de esta clase de empresas a sociedades que reciben subvenciones destinadas a cubrir déficit de explotación con cargo a presupuestos públicos, no siendo de aplicación, por contra, a aquellas que no los perciben.

La Ley 30/2005, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, establece en su artículo 19 que, con efectos de 1 de enero del año 2006, las retribuciones íntegras del personal al servicio del sector público no podrán experimentar un incremento global superior al 2% con respecto a las del año 2005, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo.

A los efectos de lo anteriormente indicado **constituye Sector Público:**

- a) La Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y los Organismos de ellas dependientes y las unidades de su competencia.
- c) Las Corporaciones Locales y Organismos de ellas dependientes, de conformidad con los artículos 126.1 y 4, y 153.3 del Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril.
- d) Las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social.
- e) Los Órganos constitucionales del Estado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 72.1 de la Constitución.
- f) El Banco de España.
- g) El Ente Público Radiotelevisión Española y sus sociedades estatales para la gestión de los servicios públicos de radiodifusión y televisión.
- h) **Las sociedades mercantiles públicas que perciban aportaciones de cualquier naturaleza con cargo a los presupuestos públicos o con cargo a los presupuestos de los entes o sociedades que pertenezcan al sector público destinadas a cubrir déficit de explotación.**

- i) Las entidades públicas empresariales y el resto de los entes del sector público estatal, autonómico y local.

Como se observa, la letra "h" solamente se refiere a sociedades que reciben subvenciones destinadas a cubrir déficit de explotación con cargo a presupuestos públicos. En la medida que las sociedades urbanísticas se financien por ingresos de mercado, entendemos que no le es de aplicación, por lo tanto, la referida limitación.

- c) **La aplicación de la normativa sobre incompatibilidades a su personal.** En concreto la sentencia de 26 de noviembre de 1995, ya vista, y la de 7 de diciembre de 1987 que dispone:

"... la normativa sobre incompatibilidad constituida por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, dictada en desarrollo del art. 103.3 de la Constitución, complementada por Real Decreto de 30 de abril de 1985, que afecta, no solamente al personal funcionario y al sujeto a normas administrativas o estatutarias –como alegan los recurrentes–, sino también al personal laboral que realice su actividad en el sector público o en determinadas empresas públicas, concretamente en aquellas en que la participación del capital de las Administraciones Públicas exceda del 50%, como ocurre en la empresa demandada."

5.- CAPACIDAD DE ACTUACIÓN

5.1.- OBJETO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS

El objeto social de estas sociedades suele desdoblarse fundamentalmente en dos aspectos concretos:

- **El urbanismo:** comprendiendo una amplia actividad que no se circunscribe exclusivamente a la gestión, sino que se extiende a actividades de redacción de planeamiento y a la promoción de equipamientos.
- **La vivienda:** contemplando no solo la promoción de vivienda de nueva planta sino la de rehabilitación y remodelación urbana, así como la administración del patrimonio edificado.

Siendo este el amplio objeto social habitual de dichas sociedades, analizaremos si esta amplitud viene refrendada por la normativa española.

- Ya ha quedado perfectamente acreditada la clara y evidente **competencia de las CC.AA.** en materia de urbanismo y vivienda, pues como se ha indicado, el artículo 148 de la Constitución extiende la competencia de aquellas a la "Ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda". Todas las CC.AA., en sus Estatutos de Autonomía, han asumido la competencia en estas materias.
- En relación con las **Corporaciones Locales**, dicha competencia y capacidad de actuación es también perfectamente clara; en la **Ley de Bases de Régimen local** establece en su **artículo 85.1** que:

"1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias".

El **artículo 25** que determina la competencia de los municipios indica que éstos ejercerán, en todo caso, las siguientes competencias:

"d) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de las vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales".

Esta consideración del urbanismo y la vivienda como servicios de competencia de los Ayuntamientos y CC.AA., que emana de las normas de la Constitución, Régimen local y urbanística, ha sido ratificada por el Tribunal Supremo en reiterada Jurisprudencia.

Analizaremos el alcance y contenido de la competencia en cada una de estas materias.

5.1.1.- Competencias urbanísticas

1. Reglamento de Gestión Urbanística.

La sociedad urbanística puede **crearse** por la Administración para todos los fines incluidos en el ámbito urbanístico, de acuerdo con la **Exposición de motivos del Reglamento de Gestión Urbanística** ("sin excluir ninguno de los fines comprendidos en el ámbito urbanístico").

- Dichos fines del ámbito urbanístico aparecen recogidos en **el art. 3 del TRLS** y se corresponden con actividades propias de administración urbanística actuante o sujeto activo de la relación urbanística.

En el ejercicio de dicha actividad la empresa urbanística puede actuar:

1. En una **actividad propia y privada** si la actividad no implica ejercicio de potestades.
2. Bien como **concesionaria, mandatario, agente o delegada** de la Administración actuante si la empresa urbanística precisa el respaldo público de la Administración.

Resaltar que el párrafo último es descriptivo de lo aperturista del enunciado (numerus apertus), ya que menciona que las facultades tendrán carácter enunciativo y no limitativo, y la competencia urbanística comprenderá cuantas otras fueren congruentes con la misma, para ser ejercidas con arreglo a la presente Ley y las demás que resulten aplicables.

- El **artículo 21 del RGU** indica que podrá, especialmente, encomendarse a estas sociedades:
 - a) La realización de obras de infraestructura y dotación de servicios en un área o polígono determinados de actuación urbanística.
 - b) La promoción y gestión de urbanizaciones, con independencia del sistema que se adopte para la elaboración y ejecución del planeamiento urbanístico.
- Además, el **artículo 23** indica que la Administración competente podrá entregar a las Sociedades urbanizadoras las concesiones de servicio convenientes, a fin de que con su explotación obtengan la retribución de la obra urbanizadora.

2. Decreto 1169/78, de 2 de mayo.

Por su parte, de forma más específica, el **artículo 3 del Decreto 1169/78**, establece que su objeto social incluirá la realización de alguno o algunos de los fines siguientes:

- Estudios urbanísticos, incluyendo en ellos la redacción de planes de ordenación y proyectos de urbanización y la iniciativa para su tramitación y aprobación.
- Actividad urbanizadora que puede alcanzar tanto a la promoción de la preparación de suelo y renovación o remodelación urbana como a la de dotación de servicios, para la ejecución de los planes de ordenación.
- Gestión y explotación de obras y servicios resultantes de la urbanización, en caso de obtener la concesión correspondiente, conforme a las normas aplicables en cada caso.

Como se observará en el último de los apartados de este estudio, este artículo ha servido de **referencia a muchas de las legislaciones urbanísticas de las CC.AA.**, que en alguno de los casos lo han copiado literalmente.

Para la realización de dicho objeto social de la manera más eficaz y menos costosa para la Administración, el Decreto prevé que la Sociedad urbanística podrá:

- Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles que autorice el derecho común, en orden a la mejor consecución de la urbanización, edificación y aprovechamiento del área de actuación.
- Realizar convenios con los Organismos competentes, que deban coadyuvar, por razón de su competencia, al mejor éxito de la gestión.
- Enajenar, incluso anticipadamente, las parcelas, que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos previstos.
- Ejercitar la gestión de los servicios implantados, hasta que sean formalmente asumidos por la Corporación Local u Organismo competente.

La amplitud de competencias ha sido perfectamente establecida por el **Tribunal Supremo** pudiendo destacarse por su claridad las recientes sentencias de la Sala tercera de:

- 29 de septiembre de 1992
- 17 de junio de 1999
- 2 de octubre de 2000
- 26 de febrero de 2002

En concreto, es muy clarificador el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia de **17 de junio de 1999**, analizando las competencias de la Empresa Municipal del Ayuntamiento de Valencia, AUMSA, que indica:

"... La traslación concreta de tales principios al **campo del urbanismo** viene determinado, entre otros preceptos, por lo dispuesto en el artículo 115 del Real Decreto Legislativo de 9 de abril de 1976, temporalmente vigente en relación al caso debatido, que autorizaba la constitución de sociedades anónimas, o empresas de economía mixta, por parte de las Entidades Locales para la ejecución de los Planes de Ordenación, en desarrollo de lo cual se dictó el R.D. de 2 de mayo de 1978 cuyo artículo 3º especificaba entre los fines propios del objeto social de las entidades urbanísticas los comprendidos en el apartado 1.b) de dicho R.D., concretamente **referido a la actividad urbanizadora, que tanto podrá alcanzar la promoción de la preparación del suelo y renovación o remodelación urbana, como la realización de obras de infraestructura y dotación de servicios**, cuidando siempre de puntualizar (artículo 3º-5) que en ningún caso podrán dichas entidades ejecutar las obras directamente, sino adjudicarlas en régimen de libre concurrencia".

También es muy clara la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid**, que en su sentencia 1211/2004, de la sala de lo Contencioso administrativo de fecha **16 de julio de 2004**, determina expresamente la vigencia del Decreto 1169/1978 y su perfecta correlación con la normativa urbanística de esta comunidad, en concreto destacamos:

"TERCERO. 1. Sin embargo como señala la representación del Ayuntamiento de Tres Cantos conforme al Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo (RCL 1978,

1234), sobre creación de sociedades urbanísticas por el Estado, los organismos autónomos y las Corporaciones locales, de acuerdo con el artículo 115 de la Ley del suelo (RCL 1976, 1192), el Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, para la ejecución del planeamiento urbanístico. La misma facultad corresponde al Instituto Nacional de Urbanización y a los demás Organismos autónomos con funciones urbanísticas que estén facultados por su normativa para crear o participar en estas Sociedades. También podrán adquirir acciones de estas Sociedades que se hallen constituidas. Conforme al artículo 3 de dicho Real Decreto, las Sociedades urbanísticas tendrán por objeto la realización de alguno o algunos de los fines siguientes: a) Estudios urbanísticos, incluyendo en ellos la redacción de planes de ordenación y proyectos de urbanización y la iniciativa para su tramitación y aprobación. b) Actividad urbanizadora que puede alcanzar tanto a la promoción de la preparación de suelo y renovación o remodelación urbana como a la de realización de obras de infraestructura urbana, y dotación de servicios, para la ejecución de los planes de ordenación. c) Gestión y explotación de obras y servicios resultantes de la urbanización, en caso de obtener la concesión correspondiente, conforme a las normas aplicables en cada caso.

2. Para la realización del objeto social, la Sociedad urbanística podrá:

a) Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles que autorice el derecho común, en orden a la mejor consecución de la urbanización, edificación y aprovechamiento del área de actuación. b) Realizar convenios con los Organismos competentes, que deban coadyuvar, por razón de su competencia, al mejor éxito de la gestión. c) Enajenar, incluso anticipadamente, las parcelas que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos previstos. d) Ejercitar la gestión de los servicios implantados, hasta que sean formalmente asumidos por la Corporación Local u Organismo competente...

CUARTO. El objeto Social de la Empresa Municipal «Nuevo Tres Cantos Fomento de la vivienda y el suelo Sociedad Anónima, en constitución» conforme al artículo 2 de los estatutos **está constituido por la promoción, gestión y ejecución de actividades urbanísticas en general, alcanzando todos los fines y facultades comprendidas en el artículo 3 del Decreto 1169/78.**

QUINTO. Como puede observarse, los fines de la sociedad se ajustan a los previstos en el artículo 3º del Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre creación de sociedades urbanísticas por el Estado, los organismos autónomos y las Corporaciones locales, de acuerdo con el artículo 115 de la Ley del Suelo, al que expresamente se remite en los apartados A y B, siendo las facultades concretas desarrollo de los mecanismos establecidos en dicho Real Decreto. **Debe además tenerse en cuenta que el artículo 79 de la Ley Territorial de la Comunidad de Madrid 9/1995, de 28 de marzo (RCL 1995, 2317 y LCM 1995, 120, 229), de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo, vigente al tiempo de adoptarse el acuerdo municipal, toda vez que la Ley Territorial 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, entró en vigor el 27 de agosto de 2001 (RCL 2001, 2508 y LCM 2001, 385 y LCM 2002, 61), establecía Sociedades urbanísticas, vigente al tiempo de adoptarse el acuerdo impugnado que la Administración de la Comunidad de Madrid, los**

Municipios y las entidades jurídico-públicas dependientes de una y otros, así como los Consorcios previstos en el artículo anterior, **podrán constituir sociedades mercantiles de capital íntegramente público o mixtas para el estudio, la promoción, el desarrollo, la gestión o la ejecución de cualesquiera de los contenidos de la actividad urbanística que no impliquen ejercicio de autoridad.**

5.1.2.- Competencias en materia de vivienda

Tradicionalmente no se ha puesto limitación alguna a la promoción de viviendas por parte de los promotores públicos, así los distintos patronatos y sociedades municipales han promovido todo tipo de vivienda.

No obstante ello, se ha impugnado judicialmente por algunas asociaciones de Promotores Privados el hecho de que en los estatutos de estas sociedades puedan realizarse promociones no amparadas en la protección oficial, ya que estarían en contradicción con el principio del libre mercado y libertad de concurrencia en igualdad de condiciones.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha sido contundentemente clara en distintas sentencias:

1. La **sentencia de 29 de septiembre de 1992** (5º Fundamento de Derecho) contiene la importante precisión de que servicios públicos locales son todos aquellos que, pudiendo gestionarse de manera directa incluso a través de la constitución de una sociedad mercantil, tienden a la consecución de los fines señalados como de competencia de las Entidades Locales, **tal como ocurre con la promoción y gestión de viviendas, finalidad cuyo carácter social no queda desvirtuado aunque no sean de Protección Oficial.**
2. La **sentencia de 17 de junio de 1999**, analizando las competencias de la Empresa Municipal del Ayuntamiento de Valencia, AUMSA, en su Fundamento de derecho tercero indica que:

"TERCERO. Para enfocar debidamente la cuestión sometida a la consideración de esta Sala, **ha de partirse, ante todo, de cuál sea el ámbito de actuación que cabe otorgar legalmente a las sociedades urbanísticas** como la que aquí es demandada, así como de la relación de las disposiciones pertinentes con la normativa –constitucional incluso– que regula el tema de la libre competencia económica.

El artículo 25.2 d) de la Ley de Bases de 2 de abril de 1985 hace figurar entre los temas de neta competencia municipal no solamente la gestión y disciplina urbanística, **sino también la promoción y gestión de la vivienda, como servicio público que puede contribuir a satisfacer las aspiraciones generales de la comunidad vecinal**, y el artículo 88.1 de la misma norma reconoce la facultad que corresponde a los Entes Locales para ejercer la iniciativa pública en materia de actividades privadas, previa la formación del correspondiente expediente, de acuerdo con el artículo 128 de la Constitución.

Cuando el artículo 3º del R.D., de 2 de mayo de 1978, ofrece a esta clase de sociedades un amplio campo para la "renovación y remodelación urbana" sin limitaciones cuantitativas de ningún tipo. En este último sentido,

pretender que las normas estatutarias de las sociedades urbanísticas han de circunscribir el objeto de su actividad al campo de las Viviendas de Protección Oficial, o de cualquier otro tipo de vivienda de coste reducido, carece de toda justificación".

En el mismo sentido se pronuncia la **sentencia de 2 de octubre de 2000**, que determina el ámbito de actuación y objeto social del Instituto Valenciano de Vivienda, S.A. (IVVSA), empresa pública de la Generalitat Valenciana, con amplias competencias en materia de vivienda y suelo, al igual que la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid**, de la sala de lo Contencioso administrativo de fecha 16 de julio de 2004, anteriormente comentada.

5.1.3.- Ejercicio de dichas competencias

Una vez analizada la amplia capacidad de actuación de estas sociedades, es necesario analizar dos aspectos que, fundamentalmente por asociaciones de promotores privados se han opuesto a dicha actuación: el carácter subsidiario de su actuación y la eventual competencia desleal en relación con el sector privado.

a) Actuación no subordinada al sector privado.

En relación al primero de los aspectos se ha pretendido afirmar la subsidiariedad de la actuación pública frente al sector privado, es decir, que solo pueden intervenir las empresas públicas en el mercado del suelo y la vivienda cuando se dé una situación de insuficiencia de la empresa privada para cubrir la demanda.

Esta afirmación carece en absoluto de fundamento tras el reconocimiento constitucional de la iniciativa pública en la actividad económica (C.E. arts. 38 y 128.2).

El Real Decreto-ley 3/1980, de 14 marzo, de Promoción de suelo y agilización de la gestión urbanística, en su **artículo 6.2**, lo deja perfectamente claro al indicar:

"2. **En el procedimiento** previo a la constitución de las Sociedades urbanísticas, **no será preciso que se acrediten la inexistencia o insuficiencia de la iniciativa privada**, ni tampoco el expediente de municipalización o provincialización si se tratase de la participación de Corporaciones Locales".

Además, ya ha quedado perfectamente clarificado tanto en la doctrina como en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal supremo (STS 30-9-91, 17-6-98 y 2-10-2000).

La referida **sentencia de 2 de octubre de 2000**, que determina el ámbito de actuación y objeto social del Instituto Valenciano de Vivienda, S.A. (IVVSA), indica en su fundamento de Derecho quinto:

"Dijo la sentencia de 17 de junio de 1998, en lo que aquí más directamente importa, que:

«El 3.3 del RDLeg de 9 de abril de 1976 (RCL 1976\1192 y ApNDL 13889) inserta dentro de las competencias urbanísticas la ejecución y fiscalización de las obras de urbanización, y el artículo 3.4.f) considera incluida dentro de las competencias de fomento de la edificación y uso del suelo la intervención en la construcción y uso de las fincas, completando el panorama lo dispuesto en el artículo 6º del RDley de 14 de marzo de 1980, dictado precisamente con la

finalidad de agilizar la gestión urbanística, al determinar **que no será precisa la previa acreditación de la inexistencia o insuficiencia de la actividad privada para la creación de sociedades urbanísticas**, así como tampoco el expediente de municipalización o provincialización de servicios, siempre que se trate de entidades en las que participen las Corporaciones Locales. Todas estas circunstancias (...) apuntan claramente en contra de la rigurosa precisión de que su creación y funcionamiento hayan de justificar "a priori" la inexistencia de una actividad privada suficiente en el campo de la gestión y promoción de viviendas, funcionamiento que tampoco en modo alguno tiene por qué verse ...»".

b) Inexistencia de competencia desleal con el sector privado.

Se ha especificado por la jurisprudencia que la función encomendada a estas sociedades tiene virtualidad suficiente para ser una excepción a las reglas generales de la libre competencia, puesto que las leyes no se oponen al lícito desarrollo de la gestión pública en una actividad de tanto arraigo social como el urbanismo y la vivienda (STC 16-11-87 y STS 30-9-91, 17-6-98 y 2-10-2000).

- Destacando alguna de las referidas sentencias, es muy clarificadora la **sentencia de 17 de junio de 1999**, analizando las competencias de la Empresa Municipal del Ayuntamiento de Valencia, AUMSA, ya anteriormente analizada, en sus Fundamento de derecho cuarto y sexto indica:

"CUARTO. Las entidades demandantes han insistido especialmente –y ello constituye asimismo la base del razonamiento parcialmente estimatorio de la sentencia apelada-, en la violación de las reglas de la libre competencia que puede suponer el admitir la actuación en el campo de la edificación y rehabilitación urbanas de este tipo de asociaciones, ya que gozan de privilegios de tipo informativo, fiscal y de dotaciones económicas, aparte de que la finalidad constitucional de participación de la comunidad en las plusvalías engendradas por la actuación urbanística de los entes públicos queda totalmente en entredicho, al no constar ningún mecanismo fiable de reversión de las mismas a su legítimo destinatario final.

Esta Sala no puede compartir el criterio de la sentencia apelada, porque ninguna de semejantes circunstancias, considerada en relación con la función encomendada a este tipo de asociaciones, tiene realidad, o virtualidad suficiente, para suponer el quebrantamiento de las reglas que rigen la libre competencia en el mercado según la Ley de 20 de julio de 1963 –que sería la norma aplicable al acuerdo impugnado-, ni tampoco la posterior de 17 de julio de 1989.

La demanda formulada contra el acuerdo objeto de recurso contencioso responde más a una posible actuación preventiva contra posibles desviaciones de la finalidad perseguida a través de la constitución de las sociedades de actuación urbanística (la supresión de las ayudas públicas o ventajas financieras, adoptables por el Tribunal de Defensa de la Competencia, que prevé el artículo 19 de la última disposición, puede ser un mecanismo de corrección en el caso de que esa desviación se produzca efectivamente), que a la improcedencia de introducir una modificación en el artículo 3º.b) de los Estatutos Sociales de la Sociedad Anónima Municipal de Actuaciones Urbanas de Valencia.

Las Leyes sobre prohibiciones de prácticas colusorias o abuso de posiciones de predominio, tienden a asegurar el orden constitucional en el sector de la economía del mercado; pero no se oponen al lícito desarrollo de la gestión pública en una actividad de tan hondo sentido social como es el urbanístico, ni pueden impedir que se desarrollen legítimamente las finalidades previstas en el Texto Refundido de la Ley del Suelo, el R.D. de 2 de mayo de 1978, o la Ley de Bases 7/85. La simple circunstancia de añadir la "edificación y rehabilitación urbana" a las finalidades previstas específicamente en el artículo 3º del R.D. de 1978, entre las que ya figura, por precepto expreso legal, "la preparación de suelo y renovación o remodelación urbana", no supone una indebida e imprecisa autorización de la actividad de la sociedad urbanística (en el sentido preconizado por la sentencia de este Tribunal, de 10 de octubre de 1989), sino una concreción de las facultades, siempre con sujeción al R.D., que le pueden corresponder en orden a la fase final de promoción y gestión de viviendas, tal como la Memoria sobre modificación de los Estatutos defendió.

Ha de tenerse en cuenta que las limitaciones derivadas de la aplicación de las normas sobre libre competencia parten del presupuesto de una actividad que rompe el equilibrio económico derivado de la misma, y no son de aplicación al legítimo ejercicio de la intervención pública en el mercado. Por otra parte, la tesis mantenida en la sentencia de instancia de que la nueva redacción del artículo 3º b) de los Estatutos de la Sociedad Anónima Municipal que son objeto de examen, ha de suponer una alteración de los límites fijados a su actuación en relación con el cumplimiento del apartado 5º del mismo artículo, carece de fundamento, **porque cualesquiera que sean las actividades desempeñadas por dicha sociedad al amparo de sus Estatutos, quedarán siempre condicionadas al cumplimiento de lo que impone dicho precepto, siendo necesario que la adjudicación de las obras a realizar se verifique por el sistema de libre competencia, sin que en ningún caso puedan ser ejecutadas directamente por la sociedad urbanística. Y de igual modo han de considerarse los supuestos privilegios de poder ser beneficiario del acuerdo de expropiación o de gozar de información privilegiada, ya que beneficiario de la facultad de expropiación puede serlo cualquier persona, natural o jurídica, que reúna los requisitos legales para ello** (artículo 2º.3 de la Ley de 16 de diciembre de 1954), debiendo recordarse, igualmente, que el artículo 55 de la llamada Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 determina la total publicidad de los Planes Urbanísticos y demás instrumentos de planificación, con sus obras, catálogos, ordenanzas y proyectos, de suerte que cualquier ciudadano puede tener acceso a los mismos. Por último, **la mayor facilidad para obtener recursos procedentes del Ente Local que forma parte de la sociedad anónima municipal, no supone sino una natural consecuencia del origen del capital de dicha sociedad, y que no constituye sino una de las posibles formas de gestión directa de un servicio público** (concretamente, el previsto en el artículo 85.3.c de la Ley 7/85)".

- También la **Sentencia de la Sala 3ª, Secc. del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 2002**, en su Fundamento de Derecho 5º, establece que:

"QUINTO. Como consecuencia de lo anterior, **la gestión mediante una sociedad mercantil municipal de funciones de promoción de la vivienda no sustrae a esta a las normas que desarrollan el principio de libre competencia.**

Como recuerdan las sentencias que venimos citando, **las leyes sobre prohibiciones de prácticas colusorias o abuso de posiciones de predominio tienden a asegurar el orden constitucional en el sector de la economía del mercado. No se oponen al lícito desarrollo de la gestión pública en una actividad de tan hondo sentido social como es el urbanístico, ni pueden impedir que se desarrollen legítimamente las finalidades previstas en las leyes urbanísticas, de promoción del suelo o en la legislación básica local mediante la constitución de empresas privadas.**

Pudiera sostenerse en abstracto que la existencia de sociedades mercantiles de promoción de la vivienda y, en general, de promoción urbanística vinculadas a entidades locales supone que su actuación en el campo de la edificación y rehabilitación urbanas se desenvuelve con ventajas de tipo informativo, fiscal y de dotaciones económicas. Sin embargo, esta hipotética posición ventajosa de dichas empresas no tiene siempre virtualidad suficiente para suponer el quebrantamiento de las reglas que rigen la libre competencia en el mercado según la L 17 julio 1989. Así resulta del hecho de que pueden resultar inevitables e incluso justificadas por razón de la titularidad económica de la empresa, que pertenece en definitiva al ente local, cuyos órganos de gobierno y administración son al propio tiempo órganos de dirección y gestión de la empresa municipal. Asimismo, **las hipotéticas ventajas existentes pueden resultar compensadas mediante las contrapartidas que el carácter público del fin perseguido, garantizadas por la vinculación económica al municipio y el consiguiente control del cumplimiento de fines de interés local por parte de éste, dentro de sus estrictas competencias, impone a dichas sociedades.**

Es cierto que pueden existir desviaciones de la finalidad perseguida mediante la constitución de las sociedades de esta naturaleza. Si estas desviaciones alcanzan suficiente importancia como para poder considerarse incluidas en el art. 1 de la LDC, serán sancionadas con nulidad de pleno derecho".

5.2.- RÉGIMEN PATRIMONIAL

La sociedad municipal, como persona jurídica independiente de la Corporación de la que depende, es propietaria de unos bienes independientes de ésta.

Se adoptará el concepto de bienes de la sociedad, debido a que con carácter general estos bienes formarán parte del patrimonio de la sociedad o de su capital en función de método por el que accedan a la misma, bien al patrimonio, mediante adquisición o cesión, o bien al capital, como aportación al capital de la misma en su constitución o en sucesivas ampliaciones.

Detallaremos dentro del análisis de los bienes de la sociedad los aspectos concretos: por un lado las vías de adquisición, la administración de los mismos y sus medios de enajenación o puesta en mercado.

5.2.1.- Adquisición de bienes

5.2.1.1.- Adquisición por compra.

Las Empresas Públicas tienen tres vías fundamentales de **adquisición de bienes** para el cumplimiento de su objeto social, una es la adquisición en el mercado por

compra por la propia sociedad, la segunda de ellas es la cesión de los mismos por parte de la administración matriz, y otra, muy novedosa, pero que se está abriendo paso en las modernas legislaciones urbanísticas, es la adscripción a las sociedades, como entes actuantes en la gestión urbanística, de la cesión del 10% de aprovechamiento urbanístico.

5.2.1.2.- Adquisición por cesión de la administración matriz.

La administración matriz tiene un rígido procedimiento de enajenación de sus bienes patrimoniales determinados fundamentalmente en las leyes de patrimonio (Estatual y Autonómicas) y en el reglamento de bienes, para las corporaciones locales y en la normativa urbanística cuando estos bienes formen parte del patrimonio municipal del suelo. Centrándonos en las empresas municipales, analizaremos estos supuestos.

a) Bienes patrimoniales - Normativa patrimonial.

La normativa estatal de aplicación es variada, tanto de régimen local como urbanística.

- Normativa Patrimonial de la administración del estado.

La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las administraciones públicas, con carácter general, en su artículo 131 establece que "los bienes y derechos patrimoniales del Patrimonio del Estado que no sean necesarios para el ejercicio de las competencias y funciones propias de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, podrán ser enajenados conforme a las normas establecidas en la Ley.

La enajenación de inmuebles podrá realizarse mediante concurso, subasta o adjudicación directa, siendo el procedimiento ordinario el concurso, pues solo se utilizará la subasta en los supuestos previstos reglamentariamente y, en todo caso, respecto de bienes que, por su ubicación, naturaleza o características, sean inadecuados para atender las directrices derivadas de las políticas públicas y, en particular, de la política de vivienda.

No obstante ello, **se podrá acordar la adjudicación directa** en los siguientes supuestos:

- a) **Cuando el adquirente sea** otra Administración pública o, en general, cualquier **persona jurídica de Derecho público o privado perteneciente al sector público**. A estos efectos, **se entenderá** por persona jurídica de Derecho privado perteneciente al sector público la **sociedad mercantil en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de una o varias Administraciones públicas o personas jurídicas de Derecho público**".

- Normativa Patrimonial de Régimen Local.

La normativa esencial es el Reglamento Estatal de Bienes de las Entidades Locales (R.D. 1372/1986, de 13 de junio). Se establece en su artículo 109 un supuesto general y otro especial.

Con **carácter especial**, se prevé una cesión de solares al Organismo competente de promoción de la vivienda para construir viviendas de protección oficial, ya se ha visto que la propia jurisprudencia considera las empresas

públicas como organismos para la promoción de viviendas en un concepto amplio; esta revestirá dos formas distintas:

- Onerosa o por permuta de los terrenos por número equivalente de aquellos que hubieren de edificarse, y
- la cesión gratuita en que se prevé una simplificación de requisitos del expediente administrativo.

Esta segunda forma tiene los siguientes caracteres:

1. - Se prevé como forma excepcional, aunque en realidad es la **forma ordinaria** cuando se trata de una empresa municipal. Tiene sentido la permuta cuando dicho organismo o empresa depende de una administración superior, para evitar la despatrimonialización del ayuntamiento.
2. - Se establece como condición legal que los bienes cedidos sean destinados al **uso dentro del plazo señalado** en el acuerdo de cesión, o si en el acuerdo de cesión no se estipula otra cosa, se entenderá que los fines para los cuales se hubieran otorgado deberán cumplirse en el plazo máximo de cinco años, debiendo mantenerse su destino durante los treinta años siguientes.

Es de destacar que la **JURISPRUDENCIA** ha ratificado plenamente la aplicación de estos criterios en reiteradas sentencias. Entre otras, merece destacarse:

1. La **SENTENCIA** de la **Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 17 de septiembre de 1992**, que analiza un caso idéntico al presente, en una cesión de terrenos del Ayuntamiento de Zaragoza a la Sociedad Municipal de la Vivienda, S.A., impugnada por la Asociación Provincial de Constructores / Promotores de Zaragoza, en la que declara la plena validez de la cesión. Por su importancia se transcriben los Fundamentos de Derecho 4º a 6º:

CUARTO.- El fondo del asunto exige la resolución de dos cuestiones: 1ª) Precisar si la Sociedad Municipal de la Vivienda, S.L. podía ser destinataria de la cesión del terreno litigioso, y 2ª) Determinar, en su caso, si se ha seguido el procedimiento legalmente establecido. Desde un punto de vista material se alega por la Asociación actora que el artículo 109.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales exige, para que éstas puedan válidamente ceder inmuebles de forma gratuita, el cumplimiento de dos condiciones: a) que el destinatario sea una entidad o institución pública o una institución privada de interés público, sin ánimo de lucro y b) que los inmuebles se destinen a una finalidad que redunde en beneficio del término municipal. Requisitos ambos que, a juicio de la entidad apelante, no se cumplan en el presente caso; en cuanto al primero, por entender que el carácter de la Sociedad Mercantil de la Sociedad Municipal de la Vivienda, S.L. resulta incompatible con la naturaleza o finalidad de aquellas instituciones, y en cuanto al segundo, por cuestionar la finalidad social de la cesión litigiosa, condicionando dicha finalidad a que las viviendas edificadas fueran de protección oficial.

QUINTO.- Las alegaciones descritas están condenadas al fracaso. La primera se realiza sin tener en cuenta que el artículo 25.d) de la Ley de Bases de Régimen Local considera, en todo caso, competencia municipal "la promoción y gestión de viviendas" y sabido es que los servicios públicos locales, que son

todos aquellos que tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales, pueden gestionarse de forma directa entre las que se incluye en el artículo 85.3.c) de la misma Ley, la Sociedad Mercantil, cuyo capital social, como ocurre en el presente caso, pertenezca íntegramente a la Entidad Local. En todo caso, importa resaltar que la limitación general de la cesión de terrenos, a una sociedad mercantil que pudiera derivarse de los artículos 79.2 del Texto Refundido en materia de Régimen Local, de 18 de abril de 1988 y 109.2 del Reglamento de Bienes, de 13 de junio del mismo año, debe armonizarse con el supuesto excepcional del artículo 166 del Texto Refundido de la Ley del Suelo que **permite, como medida excepcional de fomento a la edificación, la cesión de terrenos a título gratuito para atender necesidades de carácter social, sin limitación alguna en orden a la naturaleza o finalidad de los beneficiarios** y que por su carácter especial debe primar sobre la norma general, cuando concorra su concreto supuesto de hecho. Por otra parte, el hecho de que las viviendas en cuestión no estuvieran sujetas al Régimen legal especial de Viviendas de Protección Oficial en nada afecta al carácter social de las mismas, si, como hemos dicho, su construcción obedece a su posterior ofrecimiento a personas de bajos niveles de renta. En cualquier caso, no está de más recordar que en el supuesto de que los bienes no fueran destinados para los fines para los que fueron cedidos, entraría en juego la cláusula de reversión a que se refiere el artículo 111 del citado Texto Refundido del Régimen Local, supuesto que ni ha sido planteado, ni podía ser objeto de discusión en este proceso, al girar el mismo en torno al inicial acuerdo de aprobación de una cesión de terrenos.

2. En esta misma línea se pronuncia la reciente **SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala 3.ª de lo Contencioso administrativo, Secc. 4.ª, de 26 de febrero de 2002**, dando un amplio margen de cobertura a la actuación de las sociedades mercantiles municipales como instrumento de prestación directa del servicio público municipal de vivienda y suelo, considerando ajustada a derecho la cesión gratuita de solares municipales a dichas empresas para la edificación de viviendas de promoción oficial.

b) Bienes de patrimonio público de suelo - Normativa urbanística.

En materia urbanística son distintos los textos que regulan tanto el patrimonio municipal del suelo como la posible cesión de terrenos para la aportación a capital para constitución o ampliación del capital de sociedades urbanísticas o para su actividad. Esta normativa es especialmente amplia y compleja pues, por un lado, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, han retomado vigor distintas disposiciones que derogaba el Texto refundido del 92 y, por otro, se han dictado distintas disposiciones legales urbanísticas en la Comunidad de Madrid.

Con carácter previo se debe afirmar que, como se ha visto, las empresas públicas son entes instrumentales dependientes del Ayuntamiento, constituidos para la prestación directa de un servicio público, en este caso, actuaciones urbanísticas tanto de gestión como de planeamiento, por ello es lógico que para el cumplimiento de sus fines la Corporación les pueda ceder bienes a título oneroso (venta o aportación a capital, pues se cambia el bien por su valor en acciones), como gratuito. Esta afirmación la corroboran tanto los distintos textos legales como la Jurisprudencia; lo analizaremos.

➤ **La Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, texto refundido aprobado por Real Decreto 1345/1976, de 9 de abril.**

El Texto Refundido dispone en su artículo cuarto que la gestión urbanística podrá encomendarse a Organismos de carácter público, a la iniciativa privada y a Entidades mercantiles o sociedades.

Para lograr esta finalidad se permite la cesión a dichas sociedades de distintos bienes del patrimonio del suelo, tanto como aportación a capital, como cesión directa y gratuita para la promoción de vivienda protegida; en este sentido es clara la sentencia antes indicada (fecha 17 de septiembre de 1992) que también basa la cesión en el Texto refundido del 76 al indicar, como se ha visto, que:

"... el supuesto excepcional del artículo **166 del Texto Refundido de la Ley del Suelo** que permite, como medida excepcional de fomento a la edificación, la cesión de terrenos a título gratuito para atender necesidades de carácter social, sin limitación alguna en orden a la naturaleza o finalidad de los beneficiarios".

➤ **Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo de 1978, "Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales".**

El presente Real Decreto tiende a facilitar la constitución de estas Sociedades; concretar su objetivo sin excluir ninguno de los fines comprendidos en el ámbito urbanístico; fomentar la colaboración de la Administración Central, la Institucional y la Local, entre sí y con las Cajas de Ahorros, y **"facilitar la movilización de la asignación de urbanismo de los presupuestos de las Corporaciones Locales y el Patrimonio Municipal de Suelo, a través de las Sociedades o Empresas de economía mixta"**, previstas en el tan citado artículo 115 de la Ley del Suelo, TR del 76.

El **capital fundacional** estará constituido, de acuerdo con el artículo 5, por aportaciones del Instituto Nacional de Urbanización y, en su caso, de otros Organismos de la Administración del Estado de Corporaciones Locales con arreglo a su legislación específica, de Entidades de crédito oficial, Organismos o Entidades de carácter público y Cajas de Ahorro.

Las aportaciones sociales, dispone su artículo 6, podrán hacerse en dinero o en cualquier clase de bienes y derechos valorables en dinero. Estableciendo el párrafo 2º que:

"Las Corporaciones Locales podrán hacer sus aportaciones con cargo al **presupuesto especial** de urbanismo previsto en el artículo 194 de la Ley del Suelo, tanto para obras de urbanización como **para formación de patrimonio del suelo**".

➤ **El Real Decreto 3/1980, de 14 de marzo, sobre promoción de suelo y agilización de la gestión urbanística.**

Establece en sus dos primeros artículos lo siguiente:

Artículo 1. Con la finalidad de fomentar la construcción de viviendas de protección oficial, la Administración del Patrimonio Social Urbano y el Instituto Nacional de Urbanización **podrán ceder terrenos de su propiedad, por precio inferior a su coste, incluso con carácter gratuito**, con los requisitos, precios y condiciones que se determinen en el correspondiente concurso que al

efecto convoquen. **Igualmente, y en los términos expresados, el Instituto Nacional de la Vivienda podrá ceder terrenos para la promoción pública de viviendas de protección oficial.**

Artículo 2. 1. Los Organismos a que se refiere el artículo anterior podrán transmitir, a título gratuito, a la Administración del Estado, los terrenos de su propiedad con destino a la instalación de servicios públicos.

2. Las Administraciones Públicas Urbanísticas podrán transmitirse entre sí, a título gratuito, terrenos de su propiedad para la construcción de viviendas de protección oficial, creación de suelo para su oferta pública con dicha finalidad o instalación de equipamientos comunitarios.

➤ **Real Decreto Legislativo 1/92, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación Urbana.**

El R.D.L. 1/92, regulaba diferentes formas de cesión del Patrimonio municipal de suelo, hoy en gran parte derogado, si bien nos puede servir de antecedente.

Se daba con carácter general el concurso público, en el que el precio de adjudicación no podrá ser inferior al valor urbanístico del aprovechamiento real que le corresponda al terreno. En el pliego de condiciones del concurso se establecerán los plazos máximos para la realización de las obras de urbanización y edificación, así como los precios máximos de venta o arrendamiento de los inmuebles resultantes de la edificación (art. 284).

El TR 92 preveía, además, dos posibilidades de cesiones por precio inferior a su valor urbanístico e incluso gratuito:

a) Directamente entre administraciones públicas o entre éstas y entidades instrumentales con fines de promoción pública de viviendas, construcción de equipamiento comunitario u otras instalaciones de uso público o interés social (art. 285).

b) A otros promotores en los siguientes supuestos previstos en el artículo 286:

- Mediante concurso: En casos justificados, para ser destinados a viviendas de protección pública. En estos casos el pliego de condiciones de dicho concurso establecerá las condiciones previstas en el artículo 284.

- Mediante cesión directa: Cuando la permanencia de los usos a que se destinen los terrenos lo requiera, podrá cederse el dominio de terrenos en favor de las Entidades o Instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro para destinarlos a usos de interés social que redunden en beneficio manifiesto de los respectivos municipios.

Es decir, que era perfectamente posible, en virtud del artículo 285 ("Cesiones entre administraciones") la cesión gratuita entre las corporaciones locales y sus entidades instrumentales (no pudiendo dudarse de que lo sean las empresas públicas) con fines de promoción pública de viviendas, construcción de equipamiento comunitario u otras instalaciones de uso público o interés social.

La limitación es que dichos bienes se han de destinar a la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública u otros usos de interés social.

Este criterio es asumido por la **JURISPRUDENCIA**, así en esta línea es de destacar la sentencia de **la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de la Rioja, de 26 de septiembre de 1996**, ante una cesión similar, establece su validez, pues indica en su Fundamento de Derecho Tercero:

TERCERO.- La segunda causa de infracción del artículo 285 de la Ley del Suelo, que esgrime la asociación actora, consiste en que la transmisión de terreno efectuada ha sido a título oneroso y no gratuito.

*El referido precepto dispone "Cesiones entre Administraciones. Las Administraciones Públicas urbanísticas y Entidades instrumentales de éstas podrán transmitirse directamente y a título gratuito terrenos con fines de promoción pública de viviendas, construcción de equipamiento comunitario u otras instalaciones de uso público o interés social". Resulta evidente, dado el tenor del artículo transcrito, que sólo **se permite entre las Administraciones Públicas urbanísticas y sus Entidades instrumentales la cesión de terrenos directamente a título gratuito,..."**.*

Esta limitación del destino de los terrenos a viviendas protegidas u otros usos de interés social, no tiene por qué conllevar el destino físico del bien a dicho fin. Es decir, si el bien, por la razón que sea, no se puede destinar físicamente al mismo, en virtud del principio de subrogación real, será su contravalor económico, el dinero obtenido por él el que se afectará a dicho fin.

La **NORMATIVA DE LAS CC.AA.**, como se analizará posteriormente, en distintos supuestos tiene en cuenta esta cesión directa de bienes del patrimonio público de suelo, permitiendo incluso su adscripción a estas sociedades para su administración o venta.

- Supuesto de aportación de bienes del patrimonio municipal a capital social.

Supuesto interesante de cesión y muy utilizado por las ventajas fiscales es cuando los bienes cedidos por el Ayuntamiento se aportan a capital social, bien en el momento de la constitución, bien en momento posterior, para la ampliación del mismo.

En este caso, la entrega de los bienes lo es a título oneroso, pues lo que se produce realmente es una permuta del inmueble aportando el contravalor en acciones o participaciones sociales, es decir, se produce la movilización del bien del patrimonio municipal del suelo, que se cambia por título valor.

Así, los bienes aportados, que se integran en el capital social, se constituyen en garantía frente a los posibles acreedores, por lo que se impone la obligación de reducirlo e incluso acudir a las instituciones concursales, cuando se pierde determinado porcentaje de dicho capital. Por ello, se exige en la S.A. que a efectos de que la valoración sea lo más adecuada posible se realice por perito independiente designado por el registro Mercantil.

Esta permuta por aportación produce las siguientes consecuencias jurídicas:

- a) Se producirá en sí mismo el cumplimiento del fin del patrimonio municipal suelo, la promoción de viviendas protegidas u otros usos de interés social entre los que se encuentra la gestión y desarrollo urbanístico. Produciéndose el control del destino, no en la finalidad concreta del bien, sino en la correcta

actividad de la sociedad que el ayuntamiento controla desde sus órganos de gobierno, Junta general (el Ayuntamiento Pleno) y el Consejo de Administración, nombrado por aquella.

- b) Se aplican perfectamente los criterios de subrogación real que se han indicado anteriormente. Las acciones serán las que deberán inventariarse dentro del patrimonio municipal del suelo y, en su caso, los beneficios económicos que se obtengan de su venta o del actuar de la propia sociedad. No debiendo por lo tanto requerirse ninguna condición o requisito específico en el acuerdo de cesión.

c) Bienes Demaniales.

Los bienes demaniales, los de dominio y uso público o afectos a los servicios públicos no pueden ser aportados a las sociedades, solamente podrá realizarse la aportación exclusiva de derechos reales sobre tales bienes o mediante la correspondiente desafectación.

En relación a la aportación a capital, la DGRN en su resolución de 12 de septiembre de 1985, ha dejado claro que no pueden aportarse a capital de este tipo de sociedades bienes de Dominio Público.

La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 7 de diciembre**, núm. 997/2001, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), (JUR 2002\133136, Recurso contencioso-administrativo núm. 721/1997), que indica en su **Fundamento de Derecho Tercero**:

TERCERO.- Para la resolución de la cuestión litigiosa debemos hacer una breve referencia a los **modos de gestión de los servicios públicos locales**, encontrándonos en el caso que nos ocupa ante un modelo de gestión directa en el que la Entidad Local no asume directa e inmediatamente el riesgo de aquella gestión, sino que esta se ejerce con la interposición de una persona jurídica, en concreto, a través de una sociedad de capital total o mayoritariamente perteneciente a la Corporación Local.

La constitución de este tipo de sociedad plantea también el problema de la naturaleza de la **aportación de bienes de dominio público al capital social**. En principio **la inalienabilidad de los bienes de dominio público hace imposible su transmisión a una persona jurídica distinta del propio Ente local titular del demanio, y ello menoscaba la función de garantía patrimonial de los acreedores sociales que cumple el capital social que resultaría burlada con la aportación de bienes demaniales dado su carácter inembargable**. Ello se resuelve mediante la aportación exclusiva de derechos reales sobre tales bienes mediante la correspondiente desafectación de aquéllos a fin de alterar su calificación y convertirlos de demaniales en patrimoniales; bien sabido es que esta desafectación sólo podrá tener lugar de forma expresa a través del expediente en el que se acredite su oportunidad y legalidad. Su conversión en bienes patrimoniales permitirá a la Corporación Local disponer de los mismos en los términos legalmente previstos.

5.2.1.3.- Adscripción directa por gestión urbanística.

La más moderna normativa urbanística de las CC.AA. va dando paso a una nueva forma de adquisición de bienes por las sociedades urbanísticas que desarrollan

y gestionan el suelo: es la adscripción directa de los suelos de cesión de aprovechamiento, como si de la administración actuante se tratase.

Este criterio es lógico, pues si la sociedad urbanística es en definitiva la que desarrolla la política de suelo de una administración local, no tiene sentido que cuando actúa como urbanizadora deba realizarse un peregrinaje de cesión de los aprovechamientos, primero a la administración matriz y después, como se ha visto en el anterior apartado, a la sociedad. Todo ello teniendo perfectamente claro que se trata de bienes de patrimonio público de suelo y que tienen unos fines específicos que la sociedad debe cumplir.

Este sistema de adscripción por gestión urbanística lo consagra el artículo **174.2º** de la **Ley Urbanística Valenciana - LUV** (Ley 15/2005), que:

"En los supuestos de gestión directa para la promoción de suelo con destino a viviendas protegidas, la adjudicación de terrenos correspondientes a la cesión del 10% de aprovechamiento se efectuará gratuitamente a favor de la urbanizadora, vinculado a ese destino".

Igualmente en Cataluña el **Decreto Legislativo 1/2005**, de 26 de julio, aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo. El **artículo 22** (Entidades urbanísticas especiales) indica que:

"1. El Instituto Catalán del Suelo es una entidad urbanística especial de la Generalidad. También son entidades urbanísticas especiales los consorcios urbanísticos, las mancomunidades en materia urbanística, las entidades públicas empresariales locales y las sociedades de capital íntegramente público de carácter local, si lo determinan sus estatutos.

2. Las entidades urbanísticas especiales pueden asumir competencias urbanísticas en materia de planeamiento y de gestión urbanísticas en los supuestos en que operan como administración actuante y pueden ser receptoras de la cesión a título gratuito o de la enajenación directa de terrenos del patrimonio público de suelo y de vivienda".

Igualmente el **artículo 23** indica que: "El Instituto Catalán del Suelo, si opera como administración actuante, tiene derecho a recibir el suelo de cesión obligatoria y gratuita correspondiente al porcentaje aplicable sobre el aprovechamiento urbanístico del ámbito de actuación correspondiente, derecho de que también gozan, si lo decide el ayuntamiento, las sociedades urbanísticas. En estos casos, el suelo cedido debe integrarse en el patrimonio público de suelo respectivo, de acuerdo con los artículos 153 y siguientes".

5.2.2.- Enajenación de sus bienes

Una vez los bienes devienen de titularidad de la empresa Pública, nada contienen ninguna de las leyes en relación a la enajenación.

Es práctica común entre los urbanizadores privados la venta de los solares a que dará lugar la urbanización, es decir, su venta anticipada sobre plano. Esto no es sino el mismo sistema que se utiliza en la venta de pisos, que se venden en base al proyecto, con el objeto de que al promotor venga mermada la carga financiera de la promoción.

Este sistema de venta anticipada ha sido especialmente previsto para el supuesto de sociedades urbanísticas públicas por la normativa estatal, al objeto de que las administraciones públicas puedan intervenir en el mercado de suelo con elementos similares a la iniciativa privada.

En este sentido el **artículo 3 del Real Decreto 1169/1979**, reiteradamente citado, indica que para la realización del objeto social, la Sociedad urbanística podrá, entre otras:

- a) **Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles que autorice el derecho común, en orden a la mejor consecución de la urbanización, edificación y aprovechamiento del área de actuación.**
- b) Realizar convenios con los Organismos competentes, que deban coadyuvar, por razón de su competencia, al mejor éxito de la gestión.
- c) **Enajenar, incluso anticipadamente, las parcelas, que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos previstos.**

La Doctrina más autorizada indica que una vez los bienes devienen de titularidad de la empresa Pública, no contienen ninguna limitación las leyes en relación a la enajenación.

Ante ello, de acuerdo con la finalidad general de las mismas, facilidad de actuación para su intervención en el mercado y al Derecho que se someten, el Mercantil, en principio su actuación no se encuentra condicionada, es decir se puede enajenar libremente.

Por lo que respecta a las sociedades urbanísticas en particular, el catedrático de Derecho administrativo **BOCANEGRA SIERRA**, indica que estas sociedades son sociedades privadas que actúan sometidas al Derecho privado y, desde esta perspectiva, es claro que ninguna limitación existe a la enajenación directa ("incluso anticipadamente", dice el art. 8.2.c del Real Decreto 1169/78) de los solares resultantes de su actuación sin que en absoluto sea necesario promover la concurrencia de terceros como exigencia derivada de su funcionamiento en el tráfico.

La norma reglamentaria citada, así contundentemente lo afirma, como se observa, en plena coherencia con su naturaleza jurídica. Y lo hace no solo directamente, como acabamos de ver, sino también por exclusión, al exigir, únicamente en un supuesto, la promoción de la libre concurrencia: así, solo en el caso de la ejecución de obras, cuya ejecución se prohíbe expresamente a las Sociedades urbanísticas, se exige la adjudicación de las mismas "en régimen de libre concurrencia". El art. 3.5 del Real Decreto 1109/78 precisa, en efecto, que "la ejecución de obras se adjudicará por la Sociedad en régimen de libre concurrencia, sin que, en ningún caso, pueda dicha Sociedad ejecutarla directamente".

No parece que el asunto ofrezca mayores dudas: aparte de lo ya dicho, juega aquí la regla "inclusionis unius, exclusionis alterius". Si se hubiera pretendido limitar la enajenación directa del suelo resultante de la actividad de las Sociedades urbanísticas, no solo no se les hubiera expresamente autorizado, sino que hubiera sido necesario prever también explícitamente su prohibición.

GONZÁLEZ PÉREZ señala que: "cuando la urbanización se realiza por entidades públicas, la enajenación de las parcelas resultantes está sometida a determinados límites y formalidades. Al no hacerse salvedad alguna en el art. 3.2.c., Decreto 1169/1978, parece presuponer que, cuando la urbanización se realizase por la sociedad urbanizadora sometida al Derecho común, la enajenación no está sujeta a límite ni formalidad alguna, como tampoco lo está cuando la urbanización se realiza por particulares en general, sean personas físicas o jurídicas. El precepto viene a reconocer esta facultad de enajenación en los términos más amplios –dice "en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos previstos"–.

La normativa de las CC.AA. ha venido a ratificar las anteriores afirmaciones, incorporando en sus normativas la referida posibilidad de enajenación directa y anticipada de los futuros solares.

El **Principado de Asturias** en el **Decreto Legislativo 1/2004**, de 22 de abril, por el que se aprueba el **Texto Refundido** de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo en su **artículo 13, "Sociedades urbanísticas"**, regula de forma amplia la facultad de las distintas administraciones de constitución de sociedades urbanísticas y su capacidad de actuación.

Así, establece unas facultades de actuación amplísima, indicando que para la realización del objeto social, la sociedad urbanística podrá:

Enajenar, incluso anticipadamente, las parcelas que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos o de la forma prevista. La misma facultad le asistirá para enajenar los aprovechamientos urbanísticos otorgados por el planeamiento y que habrán de materializarse en las parcelas resultantes de la ordenación.

El **Decreto 22/2004**, de 29 de enero, por el que se aprueba el **Reglamento de Urbanismo de Castilla y León**, en su regulación específica de la sociedades urbanísticas que se realiza en el **artículo 407 ("Sociedades urbanísticas")** indica que Conforme a la legislación mercantil, las Administraciones públicas, sus entidades dependientes, las mancomunidades y los consorcios, pueden constituir de forma individual o conjunta, sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada, o bien participar en sociedades anónimas ya constituidas.

Indicando que cuando las sociedades urbanísticas asuman la condición de urbanizador de una actuación urbanística (...) pueden por sí mismas, entre otras:

4.- Enajenar, incluso antes de la total ejecución de la actuación, las parcelas edificables que resulten de la misma, así como los derechos de aprovechamiento que deban materializarse sobre dichas parcelas, en los términos más convenientes para asegurar la edificación en los plazos y demás condiciones previstas.

Como **conclusión** podemos extractar que la cesión no se encuentra limitada pudiendo cederse no solo directamente sino incluso anticipadamente, siempre claro está con la facilidad de facilitar la labor urbanística o la realización de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública.

6.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTUACIÓN DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA

6.1.- PLANTEAMIENTO

La actuación de la sociedad urbanística plantea una serie de cuestiones en relación al régimen jurídico de su actuación, estableciendo distintos aspectos que deben ser perfilados:

1. En primer lugar, la relación entre la administración matriz y la sociedad, en cuanto a la determinación de cuál será el régimen jurídico de la misma, a qué figura jurídica es necesario acudir para amparar o instrumentar dicha relación.
2. En segundo lugar, la ejecución del referido acuerdo frente a terceros y los criterios que deben presidir esta relación jurídica, fundamentalmente si se debe acudir a la normativa de contratación pública o no.
3. Por último, la actuación del particular frente a la actividad de este tipo de sociedades, que, como se ha precisado, se encuentran sometidas al derecho privado, analizando en concreto la naturaleza de los recursos frente a dicha actuación y el orden jurisdiccional competente

6.2.- RELACIÓN ADMINISTRACIÓN MATRIZ – SOCIEDAD URBANÍSTICA

No ha existido tradicionalmente problema alguno para establecer la relación de la empresa pública con su administración matriz, pues aquella venía a realizar, además de su actividad propia, cuantas tareas le encargaba ésta de acuerdo con su objeto social y las finalidades para las que ha sido creada.

Dicho encargo se formalizaba en un simple mandato, como un convenio de gestión de servicios públicos o encomienda o encargo de gestión, convenio urbanístico, o figuras similares.

En relación a ello, es necesario analizar dos aspectos: el problema suscitado por la redacción dada al artículo 15 de la Ley de Régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común (L.R.J.P.A.C.), y la polémica que se ha suscitado sobre si a esta relación le es de aplicación la normativa de contratos tras las distintas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea.

6.2.1.- Problema de la encomienda de gestión

En este apartado es de destacar el problema suscitado por la nueva regulación de la **encomienda de gestión** que realiza el artículo 15 de L.R.J.P.A.C. que contempla que la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público, podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

A la vista de lo anterior, esta fórmula sería perfectamente aplicable al caso que nos ocupa como fórmula para dar cobertura al encargo de gestión. No obstante, el **número 5** del precepto examinado parece, a decir de algún sector doctrinal, que la elimina al establecer que el régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en dicho artículo:

"... no será de aplicación cuando la realización de las actividades antes referidas haya de recaer **sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado**, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación **correspondiente de contratos del Estado...**".

Tras esta redacción, **distintos autores** han planteado la cuestión de que las empresas públicas son "**personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado**", por lo que no se puede otorgar dicha encomienda.

Esta tesis ha sido contradicha por gran parte de la **DOCTRINA**. En este sentido se manifiesta:

- **GARRIDO FALLA**. En distintos informes y artículos al analizar el contenido de la Ley 30/92, indica que:

"No obstante la equívoca redacción del precepto, entiendo que no es aplicable al encargo de gestión que se realiza entre el órgano autónomo o administración y la sociedad estatal, aunque esta esté sujeta al Derecho Privado, incluso en su forma jurídica de Sociedad Anónima; aquí es aplicable, en sus estrictos términos, la encomienda de gestión que contempla la hipótesis del artículo 15.1. Si algún sentido tiene la sociedad estatal, como ente instrumental, es este".

- **JOSÉ LUIS ÁVILA URIVE**. Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Deusto, en su Libro "Los convenios de Colaboración excluidos de la LCAP", poniendo en relación los artículos 6.5 y 15.5 de la LPA, indica literalmente:

"Por otra parte, una traducción en ese sentido no sólo implicaría la inclusión de las Entidades Públicas Empresariales en la técnica de la encomienda y la exclusión de las sociedades mercantiles públicas de la misma, a pesar de que ambas participan de la naturaleza de entes instrumentales de la Administración y están sometidas en sus relaciones jurídicas ad extra al Derecho privado –anteriormente decíamos que su "Derecho normal" es el Derecho privado-, sino que asimilaría a estos efectos a sociedades públicas y particulares de un modo ciertamente inapropiado.

Del ordenamiento jurídico no se desprende ninguna justificación para admitir la separación a estos efectos entre entidades públicas empresariales y sociedades públicas –más bien se deriva la contraria, es decir, la equiparación de ambos entes instrumentales- ni mucho menos la equiparación entre sociedades públicas y particulares. A ello habría que añadir las consideraciones ya realizadas sobre las condiciones de sujeción de algunas de estas Entidades de Derecho público a la legislación de contratos.

Igualmente sería rechazable una interpretación que asimilara a estos entes instrumentales, Entidades Públicas Empresariales y sociedades públicas con los particulares, por virtud del sometimiento de sus relaciones ad extra al Derecho privado. Tal conclusión no sólo neutralizaría la razón de ser de la relación de instrumentalizada, sino que vaciaría parcialmente de contenido por dicho motivo la previsión del artículo 15.1 LRJPAC relativa a "Entidades de la misma o de distinta Administración".

Finalmente, la coexistencia de los artículos 6.5 y 15.5 impide la consideración de las sociedades mercantiles públicas, en aquel caso constituidas como organización común para la gestión de un convenio de colaboración dentro de la referencia a personas jurídicas sujetas a Derecho privado, a efectos de su exclusión de la encomienda de gestión. Y no porque estas sociedades no estén verdaderamente sometidas al Derecho privado, al menos de manera completa en sus relaciones jurídicas ad extra, sino porque una interpretación contextual aboca a que tal límite esté referido a las personas físicas o jurídicas privadas; en caso contrario, se estarían admitiendo interpretaciones claramente contradictorias".

También encontramos referencias a ello en la **NORMATIVA**, tanto estatal como de CC.AA.; a modo de ejemplo se pueden citar:

- **Ley 4/2001, de 6 de julio, "de medidas tributarias, financieras, de organización y relativas al personal de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias"**. Esta Ley en su **Disposición Adicional 2ª** permite perfectamente la encomienda de gestión del Ayuntamiento a su sociedad instrumental, debiendo para ello dotarle de los elementos necesarios o complementarios para la realización de la misma, entre los que puede encontrarse perfectamente la cesión de bienes. En concreto establece que:

*"6. Sin perjuicio de las facultades que les confiere la legislación de régimen local, **las entidades locales canarias**, en el ámbito de sus respectivas competencias, **podrán encomendar a las sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad local la ejecución de cualquiera de las actividades previstas en el apartado 1** que precisen para el ejercicio de sus competencias y funciones, **así como las que resulten complementarias o accesorias de las mismas**, siempre en el ámbito del respectivo objeto social de dichas empresas, y sin más limitaciones que las que vengan establecidas por la normativa estatal básica en materia de contratación de las Administraciones Públicas y de Régimen Local, así como en las normas de Derecho comunitario europeo directamente aplicables.*

Tal encomienda podrá realizarse, igualmente, a las sociedades mercantiles en cuyo capital participe mayoritariamente la entidad local respectiva, siempre que el resto de su capital pertenezca a otra Administración Pública.

Dichas obras, trabajos y actividades encomendadas se considerarán ejecutadas por la propia Administración Local".

- **Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su Disposición Adicional décima**. "Régimen jurídico de la «Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, Sociedad Anónima», considerada como "medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado y sus organismos y entidades de derecho público para la gestión, administración, explotación, mantenimiento y conservación, vigilancia, investigación, inventario, regularización, mejora y optimización, valoración, tasación, adquisición y enajenación de los bienes y derechos integrantes o susceptibles de integración en el Patrimonio del Estado o en otros patrimonios públicos, así como para la construcción y reforma de inmuebles patrimoniales o de uso administrativo". En concreto establece que:

"La **encomienda o encargo**, que en su otorgamiento y ejecución se regirá exclusivamente por lo establecido en esta disposición, establecerá la forma, términos y condiciones de realización de los trabajos, que se efectuarán por SEGIPSA, con libertad de pactos y sujeción al Derecho privado; se podrá prever en dicha encomienda que SEGIPSA actúe en nombre y por cuenta de quien le efectúe el encargo que, en todo momento, podrá supervisar la correcta realización del objeto de la encomienda".

- La **JURISPRUDENCIA**, zanjando la cuestión, en reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 2003, en relación con unas liquidaciones tributarias a la Empresa Municipal de Aparcamientos, S.A. de Cádiz (EMASA), indica lo siguiente:

"La sentencia de instancia ha visto con perspicacia que se trata de un supuesto de autoorganización del Ayuntamiento de Cádiz, e incluso cita de pasada **«la encomienda por el Ayuntamiento de Cádiz a la hoy actora de la explotación de los estacionamientos subterráneos»**, pero, sin embargo, no ha profundizado inteligentemente sobre esta figura novedosa de las «encomiendas de gestión» por las razones que a continuación exponemos.

Cuarta.- El artículo 15, «Encomienda de gestión», de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone: «1. La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no posean los medios técnicos idóneos para su desempeño», sin embargo, en el apartado 2 de este artículo se limita el alcance objeto de las encomiendas de gestión, al disponer «La encomienda de gestión no supone cesión de totalidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejecución, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en las que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda».

En el caso de autos, el Ayuntamiento de Cádiz conserva la titularidad del servicio público de aparcamiento subterráneo de vehículos, los bienes afectos continúan siendo de dominio público local y aprueba las tarifas, que es un elemento fundamental en la prestación del servicio, de modo que EMASA realiza las tareas materiales de funcionamiento del aparcamiento, vigilancia de la entrada, estacionamiento y salida de vehículos, y el cobro del precio correspondiente, junto a las tareas de limpieza, seguridad, etc., todas ellas tareas materiales, pues las que implican ejercicio de autoridad, como es la imposición de sanciones, las debe ejercer el Ayuntamiento. **En consecuencia, no habría, en principio, y conforme a estas normas, inconveniente en considerar que EMASA es una encomendadora**, es decir, que actúa por virtud de una encomienda de gestión del servicio público que ha convenido con el Ayuntamiento de Cádiz.

No obstante, hay que tener en cuenta el apartado 5, de este artículo 15, que dispone: «5. El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas

o jurídicas sujetas al derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado (...)».

Podría, sin embargo, sostenerse que quedan excluidas de este precepto las sociedades municipales (participadas al 100% por su respectivo Ayuntamiento), pero tal proposición no es necesaria, porque el razonamiento que sigue la Sala no pasa indefectiblemente por la existencia de una encomienda de gestión a favor de EMASA, sino por algo más sencillo, cual es que EMASA es un modo de gestión directa de los servicios públicos, contemplado y permitido por el artículo 85.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 799 y 1372), de donde se deduce que carece de todo sentido que el Ayuntamiento de Cádiz se autorice o licencie a sí mismo, como sería el afirmar que esto ocurre respecto de EMASA, sencillamente porque nos hallamos ante un modo de gestión, o lo que es lo mismo, la atribución de competencias del Municipio a una sociedad municipal, que si prescindimos de entelequias personificadoras, es el propio AYUNTAMIENTO el que, en una huida del Derecho Administrativo, ha creado una sociedad para gestionar el servicio público conforme al Derecho mercantil, pero sin que esto implique la existencia de autorizaciones o licencias, sometidas al ITP".

Esta polémica ha quedado resuelta por el **Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo**, que reforma la normativa de contratación pública, estableciendo la posibilidad de dicha figura y su expresa exclusión de la aplicación de la ley de contratos, al indicar que se encuentran excluidas de la ley «I) Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública».

La **INSTRUMENTALIZACIÓN DE ESE ENCARGO**, dentro de la amplia libertad que concede la normativa y la jurisprudencia analizada, puede verificarse por:

1. **Convenio de gestión de servicios públicos o convenio urbanístico** entre la Administración matriz y la sociedad urbanística, ampliamente regulados, estos últimos, en las legislaciones urbanísticas de las CC.AA., como se apreciará en el último apartado de este estudio.
2. **Encargo de la Administración matriz y aceptación expresa** por el órgano de administración de la sociedad instrumental. El Pleno de la Corporación como competente en la materia puede materializar dicho contrato a personas permitidas por el ordenamiento jurídico. Ese encargo se acepta por el órgano de la sociedad competente para tal fin: El Consejo de Administración, Consejero Delegado o Director Gerente con competencia al efecto. Esta aceptación se configura como aceptación expresa.
3. **Mandato o Encargo de la Administración matriz y aceptación tácita** de la sociedad instrumental manifestada en actos de ejecución de la encomienda (art. 1710 C.C.).

6.2.2.- No aplicación de la Ley de contratos a dicha relación

El presente convenio o encargo es ajeno a la Ley de contratos.

Esto es así pues el **artículo 154** del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece:

1. Los contratos mediante los que las Administraciones Públicas encomienden a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio.
2. **No serán aplicables las disposiciones de este Título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma.**

Es decir, que con ello se permite, como no podía ser de otra manera, que el **encargo de gestión de servicios públicos** de una administración a su empresa se realice de forma directa, sin tener que acudir a las normas de la contratación pública.

El hecho de que no sea aplicable cuando se trate de una sociedad instrumental, ha sido reiterado tanto por la Doctrina como por la Jurisprudencia.

- **Sentencia TSJE de 12 de julio de 2001, "Proyecto Scala 2001"**, comentada por **Tomás Ramón Fernández**, indica que:

*"No hace falta decir, porque es obvio, que cuando es la propia Administración la que corre a cargo de la financiación de esas obras (ejecución de los sistemas generales o de obras aisladas), la lógica de la obra pública se impone sin discusión, lo que remite normalmente a la aplicación de la vigente legislación de contratos de las Administraciones públicas, adaptada a la Directiva 93/37 y a las demás normas comunitarias, **salvo que la Administración decida ejecutar las obras en cuestión por sus propios medios por cualquiera de los modos de gestión directa de los servicios públicos que las leyes de régimen local ponen tradicionalmente a su disposición, incluida la creación de entes públicos "ad hoc" y de sociedades mercantiles.** Mientras aquéllos y éstas no den entrada a terceros en esa ejecución, la Directiva 93/37 queda al margen porque es la propia Administración la que está actuando a través de entes instrumentales suyos.*

- **Santiago Muñoz Machado:** Primero página 28 y luego sentencia de TRAGSA, página 35, sentencia de 8 de mayo de 2003

La ejecución de la obra por los propios medios evita, desde luego, la aplicación de la normativa comunitaria y la doctrina de la Sentencia del asunto Scala. Si las obras se ejecutan por un tercero, financiándolas la Administración pública, se aplica sin duda la Directiva 93/37. Pero si la Administración ejecuta las obras por sus medios, utilizando cualesquiera de los procedimientos previstos para la gestión directa de los servicios públicos en la legislación interna, incluida la creación de entes públicos o sociedades mercantiles, no hay razón para aplicar la directiva citada, porque no se está actuando mediante la contratación de terceros, sino utilizando entes instrumentales propios. Cuestión distinta sería la ulterior utilización por estas sociedades o entes instrumentales de otras empresas mercantiles a las que adjudicar, total o parcialmente, las obras. Si éstas se realizan a través de terceros, la contratación quedaría sometida al régimen de concurrencia. Sin embargo, si la ejecución es directa por aquellas entidades o empresas, tal régimen queda excluido.

En este sentido, son también expresivos los artículos 152, 194 y 199, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio

de 2000, relativos, respectivamente, a los contratos de obras, suministros y servicios, en los que se excluye de la aplicación de la Ley las obras, suministros y servicios, prestados directamente por las Administraciones Públicas con medios propios, con independencia de que éstos constituyan meros departamentos o entes adscritos a la Administración, o sociedades mercantiles de participación enteramente públicas, aunque sometidas al Derecho privado, aunque de forma complementaria también actúen en el mercado en condiciones de competencia.

La propia sentencia indicada establece que:

"Cosa bien distinta, sin embargo, es la encomienda de la realización de obras o la prestación de servicios por un Ayuntamiento a una empresa propia, cuyo capital le pertenece en su totalidad. En este caso se está utilizando un medio propio, a efectos puramente instrumentales, que no está sometido al Derecho comunitario en ningún caso.

204. Por lo que se refiere a las consecuencias de considerar a TRAGSA como parte de la Administración pública, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha admitido una excepción a la aplicación de las directivas en materia de adjudicación de contratos públicos, llamada "In House Providing", relativa a los contratos celebrados por una entidad adjudicadora con determinados organismos públicos vinculados a ella. Los límites de esta excepción se detallaron, en particular, en las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. I-8121), apartado 50, y de 7 de diciembre de 2000, ARGE Gewässerchutz (C-94/99, Rec. I-11037), apartado 40. De estas sentencias se desprende que para constituir un contrato público basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Solo puede ser de otra manera en el supuesto de que el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, a la vez, esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.

205. Esto es lo que sucede en el presente asunto. En efecto, a tenor del artículo 887, apartado 4, de la Ley nº 66/97, de 30 de diciembre de 1997, TRAGSA, en tanto que medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración española, está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas. Según los apartados 1 y 2 de dicho artículo, TRAGSA es una sociedad estatal en cuyo capital social pueden participar las Comunidades Autónomas mediante la adquisición de acciones.

206. Por tanto, las autoridades españolas podían encomendar legítimamente a TRAGSA los trabajos relativos a la implantación del registro oleícola sin recurrir al procedimiento de licitación".

6.3.- ESPECIALIDAD DE SU RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN

6.3.1.- Introducción

Por su carácter de sociedad pública dependiente en su totalidad de una administración u organismos públicos, la aplicación de la normativa de contratación pública se encuentra sometida a un régimen especial, como ya se ha indicado a lo largo del presente estudio.

La problemática que suscita esta especialidad es que, si bien el contenido y alcance del referido régimen se encuentra perfectamente determinado por la normativa estatal, dicha regulación interna, tanto la doctrina como cierta jurisprudencia, considera que no termina de ser acorde con la normativa comunitaria relativa a la contratación del sector público. Por ello, en la actualidad, la normativa española, al igual que la de otros estados comunitarios, se encuentra bajo sospecha y sometida a una constante revisión y modificación legislativa y a resoluciones judiciales que ante supuestos concretos han declarado dicho desajuste, como seguidamente analizaremos.

De acuerdo con la indicada normativa interna, este "régimen especial" se encuentra definido por las siguientes notas:

- Imposibilidad de ejecución de obras por la propia sociedad directamente (por Administración), pues se le encomienda la gestión de un servicio público y no la ejecución material de una obra, debiendo realizar dicha ejecución material una empresa contratista.
- Obligación de adjudicación de las obras por la Sociedad en un régimen concurrencial de naturaleza peculiar, sobre la base de la aplicación de determinados criterios de la normativa de contratación pública o, simplemente, de los criterios de publicidad y concurrencia, en función de la cuantía de los contratos y de la naturaleza de la actividad prestada.

En relación con este régimen peculiar de contratación, se pueden establecer las siguientes fases:

1. En un primer momento la LCAP, en su Disposición Adicional 6ª, sometía la actuación de estas sociedades a los principios de publicidad y concurrencia, excluyéndolas con carácter general de la aplicación de la misma.
2. Esta regulación fue criticada por sectores doctrinales por considerar que el Estado español no había transpuesto convenientemente las directivas europeas sobre contratación pública. Estos se basaban en el concepto de poder adjudicador, sentado por la jurisprudencia del TJCE.

Indica que para el derecho comunitario lo importante no son las formas organizativas sino el denominado poder adjudicador, fórmula inespecífica con la que se está aludiendo a cualquier tipo de formas organizativas que tiene su encuadramiento en el sector público, con la influencia dominante de la Administración matriz. Y cuando se habla de cualquier tipo de forma organizativa se refiere también a las formas jurídico-privadas.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha seguido claramente esta línea:

- En la sentencia de 17 de diciembre de 1998 (comisión contra Irlanda) Coillte Teorante.
- En otra sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagebau, organismo austriaco dedicado a imprenta oficial.
- Un paso más en el desarrollo de estas ideas (concepto funcional de organismo público) da la importante sentencia de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding que se ocupa del término necesidades de interés general.
- En esta línea es importante la Sentencia de 15 de mayo de 2003, que condena al estado español en el caso TRACSA, por la no transposición adecuada de las directivas.

José Manuel Díaz Lema comenta en relación con esta última sentencia del TJCE, de 15 de mayo, que:

"Es en el sector local –en el que han proliferado en los últimos años las sociedades de capital público– donde la Sentencia comentada está llamada a ejercer una influencia muy notable. Pues la normativa comunitaria sobre contratos públicos será de aplicación, tanto a las sociedades locales de capital íntegramente público, como a aquellas donde se cumplan los requisitos adicionales antes señalados: actividad mayoritariamente financiada por la entidad local, gestión sujeta a la supervisión de la misma, o designación de más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o supervisión por la entidad local. A grandes rasgos se puede decir que las sociedades locales de capital mayoritariamente público deberán someterse igualmente a la normativa comunitaria sobre contratos públicos, siempre que se cumplan los otros dos requisitos que definen a los Organismos de Derecho Público: estar dotados de personalidad jurídica y haber sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil".

3. Posteriormente se reformó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, R.D.L. 2/2000, por la Ley de acompañamiento a los presupuestos de 2004 (Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social), en relación al ámbito subjetivo de la misma y se refieren tanto al artículo 2 del Texto refundido como a la Disposición Adicional Sexta, estableciendo una serie de criterios de aplicación en mayor o menor medida por la naturaleza de la actividad y en función de una serie de umbrales económicos en relación a la cuantía de la contratación.
4. Profundizando en esta línea, el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo (de Reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública), vuelve a realizar modificaciones del artículo 2.1 y la Disposición Adicional Sexta, determinando criterios que establecen una adecuada correlación entre dichos preceptos y determinan nuevos umbrales, que posteriormente han vuelto a ser modificados por la Orden EHA/4110/2005, de 29 de diciembre, que hace públicos los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación administrativa a partir de 1 de enero de 2006.

Analizaremos esta nueva situación jurídica.

6.3.2.- Aplicación parcial LCAP

6.3.2.1.- Regulación interna.

La delimitación del ámbito subjetivo que hace el artículo 2.1 en relación con la DA 6ª plantea dudas con relación a las sociedades. Esto es así pues refiere el ámbito subjetivo a las "sociedades mercantiles" a que se refieren los párrafos c) y d) del apartado 1 del artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y otras sociedades mercantiles equivalentes de las demás Administraciones públicas creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y las fundaciones del sector público, siempre que, además, concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior.

Es decir, requiere tres requisitos concretos para esta aplicación parcial:

- **Primero.-** Que se trate, como se ha visto, de "sociedades mercantiles a que se refieren los párrafos c) y d) del apartado 1 del artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y otras sociedades mercantiles equivalentes de las demás Administraciones públicas.

El referido artículo 166 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas, bajo la denominación "Ámbito de aplicación", dispone lo siguiente:

1. Las disposiciones de este título serán de aplicación a las siguientes entidades:

- a) Las entidades públicas empresariales, a las que se refiere el capítulo III del título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril (RCL 1997, 879), de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.*
- b) Las entidades de Derecho público vinculadas a la Administración General del Estado o a sus organismos públicos cuyos ingresos provengan, al menos en un 50 por 100, de operaciones realizadas en el mercado.*
- c) Las sociedades mercantiles estatales, entendiéndose por tales aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50 por 100. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas.**
- d) Las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles estatales, se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781), del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos.**

2. Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, se regirán por el presente título y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación.

Las remisiones que a su vez realiza dicho artículo son las siguientes:

- a) Ley General Presupuestaria: Artículo 6.

1.- Son Sociedades estatales a efectos de esta Ley:

- a) Las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás Entidades estatales de derecho público.*

b) *Las Entidades de Derecho público, con personalidad jurídica, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado.*

2.- *Las Sociedades estatales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en que les sea de aplicación la presente Ley.*

b) Ley del Mercado de Valores, en su artículo 4 dispone lo siguiente:

"A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque cualesquiera de ellas controle o pueda controlar, directa o indirectamente, las decisiones de las demás.

Se entenderá, en todo caso, que existe control de una entidad dominada por otra dominante cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) *Que la entidad dominante disponga de la mayoría de los derechos de voto de la entidad dominada, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.*

b) *Que la entidad dominante tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la entidad dominada, bien directamente, bien a través de acuerdos con otros socios de esta última.*

c) *Que al menos la mitad más uno de los consejeros de la entidad dominada sean consejeros o altos directivos de la entidad dominante o de otra entidad por ella dominada.*

A efectos de lo previsto en los apartados anteriores, a los derechos de voto, nombramiento o destitución en ellos mencionados, se añadirán los que la entidad dominante posea, a través de las entidades dominadas, o a través de otras personas que actúen por cuenta de la entidad dominante, o de otras entidades por ella dominadas."

- **Segundo.-** Que concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior. En este sentido, el 1.3.b de la Ley de contratos: Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualesquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

b) *Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público.*

- **Tercero.-** creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

Aquí se plantea el consabido problema, de si nuestras sociedades tienen este carácter o no, que creemos que sí.

La novedad de la nueva regulación surge con la nueva **Disposición Adicional 6ª**, que establece un doble régimen:

- El de las sociedades contempladas en el artículo 2, que somete a publicidad y concurrencia en los contratos de cuantía inferior a las previstas, que dicho sea de paso, reduce ligeramente dichas cuantías.
- El del resto de sociedades mercantiles cuyo capital sea mayoritario el capital público, que somete a publicidad y concurrencia en toda su actividad (en la redacción anterior no se contemplaba).

Siendo ello así, parece a la espera de una concreción futura que a las sociedades urbanísticas en función de su incardinación en uno u otro apartado, tendrán un régimen u otro. De acuerdo con ello, desde AVS consideramos que nos encontramos dentro del primer supuesto, en el que se **debería aplicar**:

1. Las prescripciones de la Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, para contratos de las cuantías siguientes:
 - Contratos de obras de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 5.278.227 euros
 - Contratos de suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 211.129 euros.
2. Para el resto de contratos, se aplican los principios de publicidad y concurrencia.

6.3.2.2.- Crítica a la regulación interna.

La referida regulación ha sido criticada, como ya se ha indicado, por considerar que no se trasponen adecuadamente las Directivas Europeas, pues al considerar las sociedades públicas como un "poder adjudicador" impondrían una aplicación más amplia de la normativa de contratación pública.

Desde la **Doctrina administrativa** destaca la opinión del profesor **Ricardo de Vicente** que en relación con la regulación de las sociedades, indica que en derecho interno el problema está resuelto por la reforma de la Ley 62/2003 en la medida que la cita de las sociedades en dos apartados de la ley, no ya solo en la Disposición Adicional Sexta sino en el apartado 1 del art. 2 (aplicación parcial de la ley), hace que se aplique parcial o mínimamente la ley según las cuantías de los contratos. Pero seguidamente se pregunta ¿esto asegura una buena trascripción de las exigencias de esa jurisprudencia en el derecho interno?, respondiendo "me permito dudarle... y no podemos asegurar que el Estado español no sea de nuevo denunciado por la Comisión ante el TJCE".

Insistiendo en el tema de la indebida transposición, **la Jurisprudencia**, si bien no de forma reiterada, parece indicar la inadecuada transposición de la normativa europea. En este sentido, se puede destacar la Sentencia de 19 de julio de 2005, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, núm. 546/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª).

En la misma se analiza el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao, que declaraba la falta de jurisdicción del Orden Contencioso-Administrativo para conocer el recurso interpuesto por la sociedad mercantil actora contra acuerdos del Consejo de Administración de "Bérriz Sociedad Urbanística, S.A.", de 11 de diciembre de 2003 y 9 de enero de 2004, declinándola en favor de la Jurisdicción Civil.

El Juzgado "a quo" fundaba su tesis en la diferenciación entre Entidades Publicas Empresariales y Sociedades mercantiles, entendiendo que a estas últimas no les es aplicable la Ley de Contratos ni la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Pero tal planteamiento, a juicio de la Sala, "simplifica la interpretación del régimen de aplicación subjetiva de la Ley, que deriva de las Directivas de la Comisión Europea, y los artículos de la LCAP son casi transposición literal de las mismas, no cabiendo decir que toda sociedad pública con forma mercantil esté siempre al margen del régimen de contratación administrativa, pues la determinación de si está sujeta o no deriva de los requisitos establecidos en el artículo 1.3, y no del 2.1, como sostiene el Juzgador de instancia. Si presenta aquellos rasgos, será poder adjudicador en la terminología del TJCE. Examina la LJCA en su artículo 2, en relación con los art. 5, 7 y 9.3 LCAP, y deduce que dicho Orden es competente para conocer de la adjudicación de un contrato, sea público o privado, si es suscrito por una entidad sujeta a la LCAP, y pese a lo que señala la resolución recurrida, defiende que no cualquier ente público con forma mercantil está excluido de ese ámbito".

La normativa europea, continúa, resume el carácter público en que el ente sea creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, que esté dotado de personalidad jurídica propia, y que esté mayoritariamente financiado, gestionado, administrado, dirigido o supervisado por los Poderes Públicos.

Tras dichas premisas, la sala concluye que, a "criterio de esta Sala, desde el plano de la legalidad interna, el criterio resolutivo de los Autos impugnados sería plenamente acertado", pero no así desde el punto de vista del derecho comunitario, estableciendo en su Fundamento de Derecho Tercero lo siguiente:

"TERCERO.- Hay que añadir seguidamente que el Derecho Comunitario altera sustancialmente tales esquemas de la legalidad interna, y esto obliga a no dar por sentado que la normativa vigente en el momento en que la contratación se produjo, o siquiera la que con posterioridad se ha dictado, se encontrasen plenamente adaptadas a las Directivas de aplicación y a la jurisprudencia comunitaria, que es lo que el Auto de 11 de octubre de 2004, está presuponiendo en sus F.J. Segundo y Tercero cuando incorporando al discurso resolutivo la modificación introducida por la citada Ley de 2003, aprecia que concurren en el caso los tres requisitos a), b) y c), del artículo 2.1 LCAP, pero no así el de la letra d), (en el que luego nos centraremos), dejando zanjada la cuestión a favor de la inaplicabilidad de la citada ley de contratos y de la incompetencia de este Orden Jurisdiccional.

Precisamente el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 16 de octubre de 2003, caso SIEPSA, comienza por señalar en su apartado 74 que, según jurisprudencia reiterada, para resolver sobre la calificación de una entidad como organismo de derecho público en el sentido del artículo 1, letra b, párrafo 2º de la Directiva 93/37, procede comprobar únicamente si cumple los tres requisitos acumulativos de dicha disposición, sin que el estatuto de Derecho privado excluya esa calificación. Esos tres requisitos son precisamente que el organismo de que se trate

sea creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; que esté dotado de personalidad jurídica; y que su actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas, o su gestión controlada por estas, o cuente con un órgano de administración, dirección, o vigilancia, compuesto por miembros nombrados, en más de su mitad por dichos poderes. Esos requisitos son los que la normativa interna recoge y corresponden a los de las letras a) y b) que el Auto apelado menciona, con lo cual se podría, en su caso, llegar a la conclusión de que "Berriz Sociedad Urbanística S.A." es un poder adjudicador de la Administración territorial de ámbito municipal. Frente a ello, lo que dicha sociedad demandada en la instancia opone en esta apelación es la identificación entre las exceptuadas necesidades de carácter mercantil y la noción de sociedad mercantil, –folio 47 de estas actuaciones–, de forma tal que el legislador europeo no habría incluido a las sociedades mercantiles en el ámbito de la contratación pública, pero ese es el enfoque que tajantemente desmiente tanto la directiva como la misma Sentencia comentada, pues es perfectamente posible que sociedades sujetas a derecho privado se creen para procurar necesidades de interés general que no tengan carácter industrial ni mercantil y está tan lejos de darse esa identificación como justamente lo demuestra el presente caso en que, como las partes destacan, se trata de una sociedad anónima de carácter mercantil cuyo objeto es la elaboración, gestión y seguimiento del planeamiento urbanístico, y dentro de él, el cometido fundamental de gestión de las Normas Subsidiarias del municipio de Berriz, es decir, la actuación de una competencia local y la ejecución de políticas públicas en dicha materia, y como siguiendo el criterio del TJCE en la Sentencia de 2003 mencionada, solo si una determinada sociedad o ente operase en condiciones normales de mercado, tuviese ánimo de lucro y soportase las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, –apartado 82–, cabría pensar que pretende satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil, nada de ello puede suponerse mínimamente cuando, como en el presente caso, se actúa en el marco de la promoción pública de viviendas como un eslabón más de la política municipal sobre aquella materia, y subrogándose netamente en el lugar de la Administración municipal competente.

Se darían por tanto los tres requisitos exigidos por las Directivas comunitarias invocadas para que "Berriz Sociedad Urbanística, S.A." quedase sujeta a los procedimientos de adjudicación que afectan de manera coordinada a todos los poderes públicos de la Unión Europea por virtud de las Directivas 92/50, 93/36, y 93/37, referentes a adjudicación de contratos de servicios, de suministros y de obras, modificadas por la Directiva 97/52, de 13 de octubre, y ámbito en que se ha dictado posteriormente la Directiva 2004/18, de 31 de marzo.

.../...

Hay que decir suplementariamente, que de darse finalmente contraposición entre la legislación interna y tales directivas, y como dice por ejemplo la STJCE de 5 de octubre de 2004, en C- 397/2.001 a C-403/2.001"... de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia se desprende que, en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no adapte el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haga una adaptación incorrecta".

6.3.2.- Aplicación de los principios de publicidad y concurrencia (D.A. 6ª)

Como se ha indicado, se da nueva redacción a la Disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que impone en su actuación la obligación de ajustarse a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

Esta nueva regulación tiene la ventaja de emplear, siguiendo la Jurisprudencia, un criterio más amplio que la antigua legislación, pues se refiere al sector público y no a las empresas nacionales.

• **Estos principios se caracterizan por dos notas concretas:**

1. Los principios de publicidad y concurrencia se **formulan genéricamente** sin determinar cuál es su alcance.
2. **No se establece la supletoriedad** de los modos de la Ley que establecía la referida D.A. 2ª del Reglamento, hoy derogado, no habiendo declaración en tal sentido en la nueva Ley. Esta afirmación queda perfectamente determinada en el **informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda (informe 24/95, de 24 de octubre de 1995)** que establece en la Segunda de sus consideraciones:

"Aparte de las salvedades de que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con los principios de publicidad y concurrencia, la disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sujeta la actividad contractual a los reseñados principios e, insistiendo en que la misma regulación existía con anterioridad a su entrada en vigor, cabe únicamente resaltar que la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia no supone en modo alguno la sujeción a las normas concretas sobre publicidad y concurrencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues de haber querido el legislador este efecto lo hubiera consignado expresamente".

En esta misma línea el **Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha nº. 64/1999, de 21 de septiembre** indica que:

"Igualmente debe tenerse en cuenta que la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el artículo 1.3 y en la Disposición adicional sexta, ha excluido de su ámbito de aplicación a "las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos o entidades de derecho público", cuya actividad contractual se sujeta tan sólo a los principios de publicidad y concurrencia, "salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios". En definitiva, se trata de una somera referencia a unos principios generales cuya articulación carece de regulación legal, dado que el legislador no se remite a las prescripciones de la LCAP, principios que incluso la norma permite que sean excepcionados siempre que la naturaleza de la operación a realizar resulte incompatible con aquéllos".

Es decir, combinando ambos aspectos, que se ha de dar publicidad y concurrencia a la contratación, no siéndole de aplicación supletoria los criterios y modos de la Ley de contratos.

Establecido ello, es indudable que es necesario fijar unos **criterios determinantes del actuar para dichas empresas**, mientras no se publique el prometido y ansiado estatuto de la empresa pública, estos criterios que determinan el alcance de la publicidad y la concurrencia es evidente que deben ser establecidos por la entidad matriz o por medio de los órganos de gobierno de dichas sociedades.

Por ello, debe seguirse, en primer lugar, el criterio de que sea determinado por la propia corporación propietaria a través de sus órganos rectores (consejo de Administración) en virtud de su potestad de autoorganización. En este sentido y con carácter meramente indicador, deben tenerse en cuenta la antigua legislación de contratos que afirmaban que "Cuando el volumen de contratación lo justifique, los Consejos de Administración deberán aprobar instrucciones y pliegos generales para la contratación de obras y suministros por la Empresa o Entidad...".

Frente a esta clara situación, recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 6 de junio de 2006, ha establecido un criterio que no compartimos, al considerar que la sociedad enjuiciada, además de la publicidad en prensa, como había realizado, debió aplicar las normas que sobre publicidad exigen la Ley de Contratos del Estado y las normas propias de las Entidades Locales. Realizaremos una síntesis de la sentencia:

"Considera la parte actora que la aprobación del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares para la contratación de las obras de urbanización, debió de seguir el procedimiento abierto por el sistema de concurso, habiendo prescindido la entidad E. de dicho procedimiento limitándose a un anuncio de licitación en la prensa local, Diario de Cádiz de 27 de junio de 2001, con un plazo sólo de 22 días naturales para la presentación de proposiciones, con conculcación del Real Decreto Legislativo 2/00, art. 78 y ss.

La Sala no puede compartir dicho parecer. El art. 21 del RGU prevé expresamente la posible creación por parte de las Administraciones Urbanísticas de sociedades anónimas para la promoción, gestión o ejecución de actividades urbanísticas, tales como la de realización de obras de infraestructuras y dotación de servicios de unidades de ejecución, o la promoción y gestión de urbanizaciones. Ya se preveían en la Ley del Suelo de 1976, y su finalidad era la agilización de las técnicas urbanísticas. Son sociedades sujetas, por definición y naturaleza al derecho privado, y para el otorgamiento de obras de urbanización a terceros, no vienen sometidas a los dictados y procedimientos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino que conforme a la Disposición Adicional Sexta de la Ley, basta con el respeto de los principio de publicidad y libre concurrencia.

La entidad E. se integra dentro de las personas jurídicas antes referida y es evidente que actúa como ente privado y que esta actuación además de acorde con la forma del ente lo es también con la finalidad prevista legalmente.

E., por tanto, tenía libertad completa para contratar las obras de urbanización, sin más sujeción que la publicidad y libre concurrencia que como expresamente se señala se cumple con la publicación de la licitación en el referido diario. Por tanto, la contratación de las obras de urbanización –pensamos que no le afecta al sistema la doctrina sentada por la sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001- aún cuando satisfacen necesidades de interés general, puesto que ejecuta el planeamiento. Función pública de no existir una norma legal que la someta al ordenamiento público en materia de contratación, lo que podría suceder pero hasta tanto no suceda, no posee

carácter público; de ahí que los acuerdos afectantes a las obras de urbanización o se controlan a través de los instrumentos a propósito por su clara significación pública, o en lo no comprendido en dicho ámbito, como es el caso, el acuerdo sólo cabe examinarlo bajo la exigencia vista prevista en la expresada Disposición Adicional Sexta. Lo que nos ha de llevar a desestimar la referida pretensión.

SEGUNDO. En el único motivo de casación, la parte recurrente al amparo del artículo 88, 1 d) de la Ley de la Jurisdicción, denuncia la infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico Estatal, en concreto con el art. 86, apartado 4 de la misma, por considerar que la resolución que se impugna infringe normas del Ordenamiento Jurídico Estatal, en concreto las determinaciones respecto a las formas y plazos que han de regir el procedimiento de contratación pública «ex» art. 78, apartados 1 y 2, y art. 135 del Real Decreto Legislativo 2/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; así mismo, la infracción de normas del Ordenamiento Comunitario en relación con el ámbito de aplicación subjetiva de las determinaciones de la Directiva 89/665, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50, y de la Directiva 93/37, referida a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en concreto de las determinaciones contenidas en su art. 1-b) sobre el concepto de «Poderes Adjudicadores» como sujetos de dicha normativa y la interpretación de dicho concepto, en la transposición de las citadas Directivas al Derecho Español, concretamente en el art. 1 del TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD Legislativo 2/2000.

Alegando en síntesis: a) «que la sentencia recurrida entiende que al acto recurrido no le es de aplicación la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de julio de 2001, y sin embargo, esta parte entiende que sí y además también la doctrina de sentencias posteriores, la de 15 de mayo de 2003, sobre adaptación del derecho interno español a la Directiva 89/665 y la de 6 de octubre de 2003 sobre el procedimiento de adjudicación de contratos públicos de obras que han de seguir las sociedades mercantiles estatales regladas por el derecho privado; b) que en esencia la normativa comunitaria aludida viene a sentar una serie de procedimientos, orientados a dar efectivo cumplimiento a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, mediante la publicidad de los contratos de obras, consiguiendo con ello la concurrencia en el mercado, de forma que se garantice la inexistencia de riesgo de favoritismo por parte de las autoridades públicas y en concreto la sentencia de 15 de mayo determina que el estatuto de derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicataria y que el concepto de organismo de derecho Público contenido en las citadas normativas comunitarias, no cabe ser interpretado por el derecho nacional en el sentido de excluir anticipadamente –vía Disposición Adicional Sexta de la LCAP- a las citadas sociedades mercantiles del ámbito de aplicación subjetivo que establecen; c), que el acto objeto de impugnación consistió en la licitación y adjudicación de las obras de urbanización por una cuantía elevada 4.147.511,85 euros, pero no incurso en el umbral de la Directiva 93/37, 5.358,153 euros, que precisaba una publicidad formal y el cumplimiento de unos plazos mínimos conforme establecen los artículos 78 y 135 de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas; y d) porque, subjetivamente, dado el carácter Público de la obra, el sistema de actuación elegido –el de cooperación-, y la actuación encomendada por el Ayuntamiento, integraba más a E. en el concepto de Administración

Pública del apartado 3 del artículo 1 de la Ley, que al concreto supuesto de exención contenido en la Disposición Adicional Sexta de la misma.

Y procede acoger tal motivo de casación.

Pues aun admitiendo la aplicación al supuesto de autos de la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en concordancia con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 1 de la citada Ley, como además razona adecuadamente la sentencia recurrida y, en ese particular, ni ha sido controvertida en forma, ni se aprecia infracción alguna, sin embargo, no se puede aceptar que se haya dado cumplimiento al principio de publicidad y de concurrencia a que se refiere la citada Disposición Adicional Sexta, por la mera publicación de la licitación en el Diario de Cádiz de 27 de junio de 2001, como valora y acepta la propia sentencia recurrida, al decir E., por tanto tenía libertad completa para contratar las obras de urbanización, sin más sujeción que la publicidad y libre concurrencia que como expresamente se señala se cumple con la publicación de la licitación en el referido diario.

De una parte porque el cumplimiento del principio de publicidad, no se obtiene simplemente por la publicación del pertinente anuncio en un diario o diarios de gran difusión, sino por la publicación adecuada en la forma, modo y lugar expresamente prevista y en la que los demás posibles concurrentes esperan que se haga, y en materia de publicidad de las licitaciones el artículo 78 del Real Decreto Legislativo 2/2000 citado, expresamente refiere, que cuando no sea exigida la publicación en el Boletín Oficial del Estado, por razón de la cuantía, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales podrán sustituir esa publicación por las que realicen en sus respectivos diarios o boletines oficiales.

Y en materia de Administración Local, tanto la Ley 7/85 de 2 de abril, en sus artículos 70 y 107, como el Texto Refundido de Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, en sus artículos 122, 123 y 124, y como, en fin, el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/86, de 28 de noviembre, en su artículo 61 y 64, entre otros, cuando se ocupan de regular la publicidad exterior de los acuerdos, ordenanzas, concursos y subastas, siempre se refiere a la necesidad de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, de lo que ciertamente cabe inferir que las empresas o los interesados en acuerdos y contratos de las Entidades Locales, por razón del principio de confianza legítima, han de estar o estarán pendientes de los anuncios y publicaciones del citado Boletín Oficial de la Provincia, pero es que además, en el caso de autos, se trataba de la aprobación de un pliego de condiciones, y el artículo 122 del Real Decreto Legislativo expresamente dispone «los pliegos de condiciones después de aprobados por el Pleno de la Corporación se expondrán al Público durante un plazo de ocho días, anunciándose en el Boletín Oficial de la Provincia».

Sin olvidar en fin, que en el caso de autos, por la cuantía del contrato: 4.147.511,85 euros, muy próxima a la cuantía de 5.358,153 euros, que exige directamente su publicación en el Boletín Oficial del Estado, se había de cuidar muy mucho el requisito de la publicidad, y no solo no se cumplió el procedimiento de publicidad que procedía, publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, sino que incluso tampoco se respetaron los plazos al efecto establecidos por el artículo 75 de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas y, si bien es cierto que esa falta, por referirse a solo unos

días menos de los previstos, por sí sola no tendría trascendencia, la tiene más cuando no se ha utilizado el medio de publicidad previsto, que era además el que podían esperar los posibles interesados.

Y en nada obsta a lo anterior el que el acuerdo impugnado sea de la Empresa Municipal E., pues conforme a la doctrina comunitaria que el recurrente cita y dada la naturaleza y la imbricación y conexión de la citada Empresa con el Ayuntamiento, y además que en definitiva se trataba de la ejecución de un acuerdo del Ayuntamiento sobre urbanización, es claro que procedía aplicar las normas que sobre publicidad exigen la Ley de Contratos del Estado (RCL 1965, 771, 1026) y las normas propias de las Entidades Locales, que más atrás se han señalado, máxime cuando la importancia económica del asunto obligaba a cuidar muy mucho el requisito de la publicidad, cual también más atrás se ha expuesto".

Como **conclusión** parece que tras el análisis conjunto de la equívoca normativa y la reciente jurisprudencia, sería prudente que como medida preventiva y para evitar problemas posteriores se aplicare en la mayor medida posible la normativa de contratación pública o cuanto menos los sistemas de publicidad previstos en la normativa, hasta que se establezca con claridad el régimen a aplicar a la contratación de nuestras sociedades.

6.4.- RECURSOS FRENTE A SU ACTUACIÓN

En principio, no le es aplicable, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común (L.R.J.P.A.C.), el régimen jurídico de los actos de las Entidades sujetas al derecho administrativo y los normas procedimentales en su actuación.

Dado que sus relaciones con terceros "ad extra" se rigen por el derecho privado, y que no tienen la naturaleza jurídica de Administración Pública, no pueden producir actos administrativos, por lo que no es susceptible el planteamiento de recursos en esta vía contra las actuaciones de estas empresas, debiendo acudir a los Tribunales de Justicia.

No obstante ello, en numerosas ocasiones ciertas actas han sido revisadas por la jurisdicción contencioso-administrativa:

- Aprobación de una rectificación de Estatutos.
- Información de los miembros del Ayuntamiento.
- Enajenación de parcelas en nombre de una Administración.

Frente a la responsabilidad administrativa basada en la existencia del daño, el sistema civil exige probar una conducta culposa o negligente por parte del sujeto a quien se imputa. Por ello, a la sociedad se le aplicarán las mismas reglas del sistema de responsabilidad propia del derecho privado contemplado en el art. 1902 y ss del Código Civil. Pero hay que añadir que existe un derecho constitucional de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (art. 106.2) y la empresa no deja de ser la forma de prestación de un servicio público, por lo que la Administración queda obligada a asumir la responsabilidad por toda lesión que los particulares sufran en cualquiera de sus bienes y derechos consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, sin perjuicio de la traslación de la responsabilidad a la empresa personificada.

Esto no comporta un doble sistema de asunción de responsabilidad por las sociedades urbanísticas como prestadoras de servicios públicos:

1º/ Responsabilidad civil.

2º/ Responsabilidad administrativa.

Últimamente, el Tribunal Supremo ha diferenciado la actuación urbanizadora realizada por una empresa pública –GESTUR de Las Palmas-, que la empresa puede llevar a cabo bajo el régimen del derecho privado, de la selección de adjudicatarios de solares que presenta los elementos propios de Actos administrativos sometidos a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La sentencia decide una incompetencia de jurisdicción contencioso-administrativa y obliga a la Sala de instancia a resolver con reposición de actuaciones pero creo que debe deducirse que se permite a la Empresa Pública actuar bajo el régimen jurídico privado en lo que el ordenamiento jurídico le permite (urbanización, edificación, remodelación urbana, etc.), pero no en lo que no le viene atribuido por el ordenamiento jurídico, permitiendo su actuación como agente, mandatario, delegado o representante de la Administración bajo su propio régimen jurídico.

La referida Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que como se ha visto ha modificado el régimen de contratación, para garantizar el cumplimiento del mismo, prevé en el artículo 60 bis y en la Disposición Adicional Decimosexta (Recursos en materia de contratos de las sociedades sujetas a esta Ley), dos instrumentos novedosos en relación con el ejercicio de acciones contra sociedades públicas, la posibilidad de la adopción de medidas provisionales contra los procedimientos que no cumplan los nuevos criterios de contratación y, por otro, la formulación de recurso o reclamación ante la administración matriz, de acuerdo con el artículo 51 de la ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre los procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los transportes y las telecomunicaciones.

7.- RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

7.1.- RÉGIMEN GENERAL DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS

Las presentes sociedades se han constituido con la finalidad de dar una facilidad de funcionamiento a la Administración, permitiendo mediante esta forma de actuación dos cuestiones concretas:

- El **no sometimiento al régimen presupuestario**. Las sociedades confeccionan los denominados "**estados de previsión de gastos e ingresos**", pero estos tienen, como indica la doctrina mayoritaria, un carácter meramente indicativo y no limitativo ni vinculante, conforme a los criterios generales vigentes para las empresas (Salvador Arnal Suría, Jesús María González Pueyo).
- Consecuentemente con ello, **la ausencia de la intervención previa**, y sí el sometimiento, como cualquier sociedad mercantil, al **régimen de auditorias**. Por ello, no se considera la intervención municipal como órgano de las mismas.

La Ley de Haciendas locales (Ley 39/88) y el Real Decreto 500/1990, hacen referencia a que tanto en **el presupuesto como en la cuenta general del Ayuntamiento se incluirán los estados de ingresos y gastos y cuentas de estas sociedades**.

Con carácter ejemplificativo, el **artículo 145** de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, establece que:

*"1. Las Entidades locales elaborarán y aprobarán anualmente un **Presupuesto General** en el que se integrarán:*

- a) El Presupuesto de la propia Entidad.*
- b) **Los de los Organismos Autónomos dependientes de la misma.***
- c) **Los estados de previsión de gastos e ingresos de las Sociedades Mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local**".*

Al objeto de la integración de dichos estados de previsión, el art. 111 del Decreto 500/90, establece que antes del 15 de septiembre de cada año las sociedades deben de remitir sus previsiones de ingresos y gastos al ayuntamiento (PAIF).

El contenido del PAIF, de acuerdo con el art. 114 RD 500/1990, es el siguiente:

1. El estado de inversiones reales y financieras a efectuar durante el ejercicio.
2. El estado de las fuentes de financiación de las inversiones con especial referencia a las aportaciones a percibir de la Entidad local o de sus Organismos Autónomos.
3. La relación de los objetivos a alcanzar y de las rentas que se esperan generar.
4. Memoria de las actividades que vayan a realizarse en el ejercicio.

Posteriormente, y una vez concluido el ejercicio anual, integra también las cuentas de las sociedades en la Cuenta General del Ayuntamiento, también el **artículo 190** de dicho cuerpo legal indica que:

"La **Cuenta General que estará integrada** por:

- a) La de la propia Entidad.
- b) **La de los Organismos Autónomos.**
- c) **Las de las Sociedades Mercantiles de capital íntegramente propiedad de las mismas.**

No obstante ello, esto no supone que la intervención municipal no tenga relación alguna con las referidas empresas, partiendo de la base de que nos encontramos con una sociedad íntegramente perteneciente a la sociedad y que se trata de un sistema de gestión directa de los servicios públicos municipales.

Además, con carácter específico se indica en el **artículo 185 de la Ley de haciendas locales (LHL)** que "a la intervención de las haciendas locales le corresponde llevar y desarrollar la contabilidad financiera y el seguimiento, en términos financieros, de la ejecución de los presupuestos de acuerdo con las normas generales y las dadas por el Pleno de la Corporación. Asimismo, **competará a la intervención la inspección de la contabilidad de los Organismos Autónomos y de las Sociedades Mercantiles dependientes** de la entidad local, de acuerdo con los procedimientos que establezca el pleno".

También el **art. 194** indica que se ejercerán en las Entidades locales con la extensión y efectos que se determina (en los artículos siguientes) las funciones de control interno respecto de la gestión económica de las mismas, de los Organismos Autónomos y de las Sociedades Mercantiles de ellas dependientes, en su triple acepción de función interventora, función de control financiero y función de control de eficacia.

Es decir, el **papel de la intervención** será triple, ya que abarca la intervención propiamente dicha, el control financiero y el de eficacia. Pero esto ha de matizarse, precisamente por los siguientes artículos, pues éstos imponen la realización de las tres funciones en la corporación y en los organismos autónomos, pero para las Sociedades mercantiles, solo impone el control financiero y el de eficacia. Los analizaremos separadamente:

- Control financiero: tendrá por objeto comprobar el funcionamiento en el aspecto económico-financiero de las Sociedades Mercantiles de ellas dependientes, informando acerca de la adecuada presentación de la información financiera, del cumplimiento de las normas y directrices que sean de aplicación, y del grado de eficacia y eficiencia en la consecución de los objetivos previstos.

El control financiero se realizará por procedimientos de auditoría de acuerdo con las normas de auditoría del Sector Público. Como resultado del control efectuado habrá de emitirse informe escrito en el que se haga constar cuantas observaciones y conclusiones se deduzcan del examen practicado. Los informes, conjuntamente con las alegaciones efectuadas por el órgano auditado, serán enviados al Pleno para su examen.

- El control de eficacia: tendrá por objeto la comprobación periódica del grado de cumplimiento de los objetivos, así como el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento de los respectivos servicios o inversiones.

Posteriormente, la fiscalización externa de las cuentas y de la gestión económica de las Entidades locales y de todos los Organismos y Sociedades de ellas dependientes es función propia del Tribunal de Cuentas, con el alcance y condiciones que establece la Ley Orgánica reguladora del mismo y su Ley de Funcionamiento.

A tal efecto, las Entidades locales rendirán al citado Tribunal, antes del día 15 de octubre de cada año, la Cuenta General correspondiente al ejercicio económico anterior.

Desde el punto de vista mercantil, el artículo **203 de la Ley de Sociedades anónimas** establece que las **cuentas anuales y el informe de gestión** deberán ser revisados por auditores de cuentas. Estos auditores de cuentas:

- Han de ser nombrados por la Junta general antes de que finalice el ejercicio a auditar.
- El período de dicho nombramiento no podrá ser inferior a tres ni superior a nueve años.
- Comprobarán si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio.
- Esta comprobación se plasmará en un informe detallado, que se mostrará de acuerdo o con reservas en relación a las cuentas y al informe de gestión. El plazo para emitir dicho informe es de un mes.

Conjugando la norma mercantil con la administrativa se pueden establecer las siguientes conclusiones:

- 1) La actuación de la empresa pública no se encuentra sometida al régimen de intervención previa por el interventor de la Corporación municipal, y que se sigue el criterio de posterior revisión mediante el régimen de auditoría.
- 2) No obstante ello, la intervención municipal deberá realizar un control financiero y de eficacia, con carácter posterior, fundamentalmente cuando se liquide el presupuesto debido a que las cuentas de las sociedades forman parte de la cuenta general y se incluirán sus previsiones de ingresos y gastos en los presupuestos del siguiente año. Para ello puede perfectamente servir el informe de los auditores o puede realizar los estudios y análisis que tenga por convenientes.
- 3) Independientemente de ello, el procedimiento mercantil de aprobación de las cuentas es el siguiente:
 - Durante el primer trimestre del año, las cuentas deberán ser formuladas por el Consejo de Administración. Se produce mediante acuerdo, debiendo ser firmadas por los distintos consejeros.
 - Una vez formuladas, deberán ser verificadas por los auditores de cuentas.
 - Por último, antes del 30 de junio, es decir dentro del primer semestre del año, deberán ser elevadas para su aprobación, junto al informe de los auditores, al pleno del Ayuntamiento en función de Junta General.
 - Tras su aprobación serán remitidas al registro mercantil para su verificación y depósito al Registro Mercantil.

Dentro de la cuenta general de la Corporación Municipal, se rendirán las cuentas, una vez aprobadas, al Tribunal de cuentas, antes del día 15 de octubre de cada año.

7.2.- ENDEUDAMIENTO DE LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS

Existen dos modalidades de endeudamiento:

a) **Operaciones de tesorería:**

Concertadas normalmente para cubrir operaciones de tesorería (gasto corriente o de inversión) con un plazo inferior a un año.

b) **Préstamos:**

- Sin garantía hipotecaria.
- Con garantía hipotecaria:
 - Subrogables.
 - No subrogables.

Préstamos hipotecarios subrogables para la promoción de vivienda protegida.

Fuente de financiación habitual de la empresa pública para promoción de vivienda protegida, ya que se establece como obligatoria en la mayor parte de las actuaciones protegidas de los Planes de vivienda. Para su suscripción se requiere:

- Cumplir la normativa Hipotecaria y la normativa del Plan de Vivienda 2005-2008, además de otras regulaciones específicas en los planes de vivienda autonómicos.
- Requiere titularidad del suelo o el derecho de superficie.
- Se suele realizar cuando el promotor dispone de proyecto, licencia, la cédula de calificación provisional y ha formalizado la escritura de Obra Nueva.
- Puede alcanzar hasta un 80% del precio de venta.
- Requiere un certificado y el informe de tasación del proyecto o edificación
 - Determina el valor económico de la garantía hipotecaria. (Orden de 30 de noviembre de 1994)
 - Finalidad, entorno, sistema urbanístico, ...
 - Contenido de la escritura :
 - Quién la suscribe, bienes inmuebles, obra nueva y propiedad horizontal.
 - Cuantía, forma de disposición (ritmo obras y ventas).
 - El tipo de interés anual acordado por el Consejo de Ministros e igual a un porcentaje del tipo porcentual de referencia, en base a las ofertas recibidas y redondeado a dos decimales, de los préstamos hipotecarios del conjunto de entidades de crédito elaborado por el Banco de España. Se revisa anualmente.
 - No se podrá aplicar comisión alguna y por ningún concepto en relación con los préstamos cualificados.
 - Fijación de aranceles notariales y registrales reducidos. (Disposición adicional 3ª del RD 801/2005 y RD 6/2000)

Problemática concreta de las sociedades municipales por concertación de préstamos. (Art. 49 y ss L.H.L, modificado Ley 13/96, Ley 66/97, Ley 50/98 y Ley 62/2003)

Con carácter general, en relación con el endeudamiento de las Entidades Locales, establece el **artículo 49** de la Ley de Haciendas Locales que:

"En los términos previstos en esta Ley, las Entidades locales, sus Organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes, podrán concertar operaciones de crédito en todas sus modalidades, tanto a corto como a largo plazo, así como operaciones financieras de cobertura y gestión del riesgo del tipo de interés y del tipo de cambio".

Sin embargo se dan las siguientes condiciones:

- La concertación o modificación de cualesquiera operaciones deberá acordarse previo informe de la Intervención (art. 55 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, LHL).
- La concertación de operaciones de crédito a largo plazo precisarán la previa autorización del Pleno de la Corporación (art. 55 L.H.L.).
- Se habrá de acompañar autorización de la Consejería de Economía y Hacienda o del Ministerio (en las operaciones a largo plazo), salvo que de los estados financieros de la Sociedad no se deduzca un ahorro neto negativo. (Resultados actividad ordinaria menos intereses de préstamos o empréstitos, minorados en una anualidad teórica de amortización de la operación proyectada, salvo préstamos garantía hipotecaria.) (Art. 54.1 L.H.L.)

El cálculo del ahorro neto se obtendrá tomando la media de los dos últimos años (sociedades de viviendas) cuando el volumen total del capital vivo de las operaciones de crédito vigentes a corto y largo plazo, no excedan del 110% de los ingresos corrientes liquidados o devengados en el ejercicio inmediatamente anterior (art. 54.2 L.H.L.). Salvo si existe compromiso firme de reducir la deuda para alcanzar dicho límite.

- Las operaciones a corto plazo (menores de un año) no computan en la carga financiera Municipal y no precisan autorización del Órgano competente de la C.A. o Ministerio de Economía y Hacienda.
- Los préstamos hipotecarios no computan en la carga financiera a efectos del cálculo del ahorro neto.

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, suaviza en gran medida las condiciones anteriores al establecer en su **artículo 54**, apartado 1º que:

*"No se podrán concertar nuevas operaciones de crédito a largo plazo, incluyendo las operaciones que modifiquen las condiciones contractuales o añadan garantías adicionales con o sin sustituir operaciones de crédito concertadas con anterioridad por parte de **sociedades mercantiles dependientes, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado**, sin previa autorización de los órganos competentes del Ministerio de Economía y Hacienda o, en el caso de operaciones denominadas en euros que se realicen dentro del espacio territorial de los países pertenecientes a la Unión Europea y con entidades financieras residentes en alguno de dichos países, de la comunidad autónoma a que la Entidad local pertenezca que tenga atribuida en su Estatuto competencia en la materia, cuando de los estados financieros que reflejen la liquidación de los Presupuestos, los resultados corrientes y los resultados de la actividad ordinaria del último ejercicio, se deduzca un ahorro neto negativo".*

En este mismo artículo, apartado 2º:

*"Precisarán de autorización de los órganos citados en el apartado 1 anterior, las operaciones de crédito a largo plazo de cualquier naturaleza, incluido el riesgo deducido de los avales, cuando el volumen total del capital vivo de las operaciones de crédito vigentes a corto y largo plazo, incluyendo el importe de la operación proyectada, exceda del 110 por ciento de los ingresos corrientes liquidados o devengados en el ejercicio inmediatamente anterior o, en su defecto, en el precedente a este último cuando el cómputo haya de realizarse en el primer semestre del año y no se haya liquidado el presupuesto correspondiente a aquel, según las cifras deducidas de los estados contables consolidados **de las entidades citadas en el apartado 1 de este artículo.***

El cálculo del porcentaje regulado en el párrafo anterior se realizará considerando las operaciones de crédito vigentes, tanto a corto como a largo plazo, valoradas con los mismos criterios utilizados para su inclusión en el balance. El riesgo derivado de los avales se computará aplicando el mismo criterio anterior a la operación avalada".

Y en su apartado 5º:

"En todo caso precisarán de la autorización del Ministerio de Economía y Hacienda las operaciones de crédito a corto y largo plazo, la concesión de avales, y las demás operaciones que modifiquen las condiciones contractuales o añadan garantías adicionales, con o sin intermediación de terceros, en los siguientes casos:

- a) Las que se formalicen en el exterior o con entidades financieras no residentes en España, cualquiera que sea la divisa que sirva de determinación del capital de la operación proyectada, incluidas las cesiones o entidades financieras no residentes de las participaciones, que ostenten **entidades residentes, en créditos otorgados a las entidades locales, sus organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado.****

La interpretación de dichos textos legales es que finalmente se ha logrado que los organismos autónomos, entes y sociedades mercantiles municipales que promueven suelo y vivienda, queden excluidos del cómputo del ahorro neto negativo, del límite del 110% del endeudamiento municipal y de la autorización de la C.A. o del Ministerio de Hacienda, pues prestan servicios y/o producen bienes que no se financian mayoritariamente con ingresos de mercado. Por tanto distingue las que desarrollan una actividad mercantil respecto de las que no la desarrollan.

Así pues, **se puede concluir en relación al endeudamiento que:**

- a) *Las sociedades mercantiles municipales que promueven suelo y vivienda y se financian mayoritariamente con ingresos de mercado, quedaría clara su exclusión del límite del 110% del endeudamiento municipal y de la autorización de la C.A. o del Ministerio de Hacienda.*
- b) *Sigue siendo necesaria la autorización del Pleno Municipal y el informe de la intervención, ya que el art. 55 queda redactado de la siguiente forma: "Los organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes, precisarán la previa autorización del Pleno de la Corporación e informe de la Intervención para la concertación de operaciones de crédito a largo plazo".*

8.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA MIXTA

8.1.- CONCEPTO

Ya se ha definido como la prestación indirecta de un servicio público, "Sociedad mercantil... legalmente constituida cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad local".

Como **características esenciales** de estas empresas se pueden extractar las siguientes:

- 1.- A diferencia de las instrumentales, nos encontramos ante la prestación indirecta de un servicio público.
- 2.- La heterogeneidad de su capital (público/privado), al concurrir la Administración y los particulares.
- 3.- La duración temporal de la misma, tanto el TRRL como el RBCL imponen un límite de duración de 50 años.
- 4.- La responsabilidad económica de las Corporaciones locales se limitará a su aportación a la Sociedad.

En relación a su **naturaleza jurídica** son importantes las consideraciones jurisprudenciales (Sentencia de 24-3-87) que realiza sobre ellas, al indicar que las empresas mixtas constituidas en forma de sociedad mercantil para la gestión de servicios públicos, son entidades sometidas en su constitución, organización y funcionamiento interno al derecho mercantil en las que las corporaciones participan, en concepto de socios con los derechos que, como a tales les reconocen los Estatutos y la Legislación mercantil, pero sin que dentro de cada sociedad tengan facultades exorbitantes derivadas de sus potestades públicas, porque esas empresas mixtas, con personalidad distinta de los socios, actúan en la prestación del servicio de una manera análoga a la de un contratista particular.

Se pueden establecer **distintas clasificaciones** de las referidas empresas mixtas:

a) Por su forma, pueden ser empresas con forma mercantil, sociedades **anónimas o de responsabilidad limitada o comanditaria**. También se prevé la posibilidad de que adopten una forma cooperativa, no obstante ello, a decir de Ángel Sánchez, tras la reciente normativa de cooperativas, ofrece muchas dudas la posible utilización de esta forma por las administraciones.

b) Por la **participación en el capital social**, aquellas en las que el ente local tenga una participación mayoritaria en la misma, es decir, que el capital público sea mayoritario, y aquellas otras en el que el capital público es minoritario, necesitándose en este último supuesto, según LLiset Borrell, que el ente local tenga el control interno de la empresa por estar expresamente establecido en los estatutos sociales.

8.2.- PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN

El procedimiento es el siguiente:

1.- Expediente administrativo. Este expediente, requerido específicamente en el artículo 104, es igual al ya analizado para la empresa instrumental.

2.- Fase externa. Una vez realizado el expediente administrativo, podrán quedar instituidas a través de los procedimientos siguientes:

1) Adquisición por la Corporación interesada de participaciones o acciones de empresas ya constituidas, en proporción suficiente para compartir la gestión social. En este caso, la Sociedad continuará rigiéndose por sus propios Estatutos. La Junta general podrá no obstante, con el quórum dispuesto para la modificación de los Estatutos, modificarlos para que la Empresa pase a ser propiamente mixta y sometida a la normativa administrativa específica.

2) Fundación de la Sociedad con intervención de la Corporación y aportación de los capitales privados por alguno de los procedimientos siguientes:

- a) Suscripción pública de acciones, o
- b) concurso de iniciativas.

El primero de estos supuestos es el más habitual y tiene su sentido si se piensa que posteriormente se podrán adjudicar directamente terrenos o incluso viviendas ya construidas al socio privado, sin necesidad de pública concurrencia. Con ello la Ley impone una publicidad y concurrencia con carácter previo, para seleccionar el socio. Esta concurrencia se suele hacer mediante un concurso con su pliego de bases para la selección de los distintos candidatos a suscribir las acciones.

3) Convenio con empresa única ya existente, en el que se fijará el Estatuto por el que hubiere de regirse en lo sucesivo.

Posteriormente, se constituirán mediante escritura pública, en cualquiera de las formas de Sociedad mercantil, comanditaria, anónima o de responsabilidad limitada.

El artículo 104 del TRRL y el Reglamento de Servicios, establecen determinadas especialidades que deben o pueden incluirse en la escritura fundacional o en los estatutos; estas son las siguientes:

- En la escritura fundacional deberá fijarse el valor de la aportación del Municipio o de la Provincia por todos los conceptos, incluido el de la concesión, si la hubiere.
- Se determinará si la participación de los particulares ha de obtenerse únicamente por suscripción de acciones, participaciones o aportaciones de la empresa que se constituya, fijando el modo de constituir el capital social y la participación que se reserve en la entidad local, en la dirección de la sociedad y sus posibles beneficios o pérdidas y las demás condiciones particulares que se hayan establecido en las bases del concurso.
- El capital efectivo que aporten las Corporaciones locales deberá estar completamente desembolsado desde la constitución. Este capital podrá ser exclusivamente la concesión del servicio debidamente valorada a efectos de responsabilidad económica, así como las instalaciones, equipamientos o numerario, siempre que tengan la condición de patrimoniales.
- Se podrá establecer, en dichos documentos, que el número de votos de la Corporación en los órganos de gobierno y administración, sea inferior a la proporción del capital con que participare en la Empresa, salvo en los cinco años anteriores al término de la misma, en que deberá ser igual o superior, así como las facultades reservadas a quien represente a la Corporación.

- En ellos, los casos en que proceda la disolución, habrá de preverse la forma de amortización del capital privado durante el plazo de gestión del servicio por la misma, y que expirado el plazo que se fije revertirán a la Entidad local, sin indemnización, el activo y pasivo, y, en condiciones normales de uso, todas las instalaciones, bienes y material del servicio.

8.3.- ÓRGANOS DE GOBIERNO

El Reglamento de Servicios no establece una enumeración específica, pero serán aquellos que sean establecidos por la normativa aplicable según el tipo de empresa de que se trate. En una empresa mercantil será, al igual que la anterior, la junta general, el consejo de administración y el gerente.

En relación a los órganos de gobierno, se establecen las siguientes especialidades:

1.- Los acuerdos de los órganos de gobierno serán adoptados por mayoría de votos. No obstante ello, se prevén dos condicionamientos especiales:

a) Como ya se ha visto, en la constitución o Estatutos de Empresas mixtas podrá establecerse que el número de votos de la Corporación en los órganos de gobierno y administración sea inferior a la proporción del capital con que participare en la empresa, salvo en los cinco años anteriores al término de la misma, en que deberá ser igual o superior.

b) Los acuerdos deberán ser adoptados por la mayoría de las tres cuartas partes del número estatutario de votos en los siguientes casos:

- o Modificación del acto de constitución o de los Estatutos de la Empresa.
- o Aprobación y modificación de los planes y proyectos generales de los servicios.
- o Operaciones de crédito.
- o Aprobación de los balances.

2.- Los representantes que correspondan a la Corporación en los órganos de gobierno y administración de la Empresa serán nombrados por aquélla en la proporción de un 50 por ciento entre los miembros que la constituyan, y el resto técnicos, unos y otros de su libre designación y remoción.

3.- El cargo de Gerente recaerá siempre en persona especializada designada por el órgano superior de gobierno de la empresa.

9.- DISTINCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL DEL ENTE PÚBLICO EMPRESARIAL

9.1.- EL ENTE PÚBLICO EMPRESARIAL

Se han suscitado ciertas dudas en relación a las analogías y diferencias en la regulación de la clásica figura de la sociedad mercantil y la de las entidades empresariales. Así se ha cuestionado si a las empresas mercantiles se le podría llegar a aplicar el régimen jurídico establecido para las entidades públicas empresariales; hay que responder negativamente. Son entes diferentes, que aunque presentan algunas analogías con las sociedades locales mercantiles, su personalidad, naturaleza y régimen jurídico es diferente al de las sociedades mercantiles. En consecuencia, el régimen jurídico configurado para las entidades públicas empresariales no le es aplicable a las sociedades mercantiles locales que disponen de un propio régimen jurídico.

Efectivamente, de la reforma del art. 85 de la Ley de Bases de Régimen Local resalta una nueva forma de prestación de SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES a través de "Entidades públicas empresariales locales".

Es clara la exposición de motivos:

*"En materia de gestión de los servicios públicos locales, se establece una nueva clasificación de las diversas formas de gestión, incorporando al ámbito local una figura que la experiencia ha demostrado eficaz en otras Administraciones públicas, como son las **entidades públicas empresariales**".*

La entidad pública empresarial es un nuevo Ente (que no es organismo autónomo ni sociedad mercantil) que siendo público, se rige por el Derecho privado (salvo algunas especialidades) y presta servicios o produce bienes susceptibles de contraprestación económica.

a) Analogías con las sociedades mercantiles:

- Son Entes dirigidos a realizar **actividades mercantiles**: entrega de bienes y prestación de servicios.
- Ambas se rigen en principio por el **Dº privado salvo** las **especialidades** en donde se aplica a ambas el derecho público.

b) Diferencias con las sociedades mercantiles:

- Mientras la Sociedad tiene naturaleza privada, la Entidad Pública empresarial tiene **naturaleza pública**.
- Mientras la Sociedad no puede ejercer **potestades administrativas**, el Ente sí puede.

9.2.- CARACTERES Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL

Las características que lo definen son las siguientes:

1.- CARÁCTER EMPRESARIAL.- Las entidades públicas empresariales son Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.

2.- RÉGIMEN JURÍDICO.- Se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas, y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria.

2.1.- Ejercicio de potestades administrativas.

Atribuidas a las entidades públicas empresariales, sólo pueden ser ejercidas por aquellos órganos de éstas a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad.

2.2.- Personal al servicio de las entidades públicas empresariales.

Le son de aplicación los siguientes criterios:

Se rige por el Derecho laboral.

Selección.- Reglas:

A) El titular del máximo órgano de dirección de los mismos deberá ser un funcionario de carrera o laboral de las Administraciones públicas o un profesional del sector privado, titulados superiores en ambos casos, y con más de cinco años de ejercicio profesional en el segundo.

B) El resto del personal será seleccionado mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Condiciones retributivas: Su determinación y modificación, tanto del personal directivo como del resto del personal, deberán ajustarse en todo caso a las normas que al respecto apruebe el Pleno o la Junta de Gobierno, según corresponda.

Deberá existir un Consejo de Administración, cuya composición se determinará en sus Estatutos. El secretario del Consejo de Administración, que debe ser un funcionario público al que se exija para su ingreso titulación superior, ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de estas entidades.

En la creación de cada entidad pública empresarial deberá determinar las condiciones conforme a las cuales, los funcionarios de la Administración y, en su caso, de otras Administraciones públicas, podrán cubrir destinos en la referida entidad, y establecerá, asimismo, las competencias que a la misma correspondan sobre este personal que, en todo caso, serán las que tengan legalmente atribuidas los Organismos autónomos.

Estarán sometidos a controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y de la gestión de sus recursos humanos por las correspondientes concejalías, áreas u órganos equivalentes de la entidad local.

2.3.- Patrimonio de las entidades públicas empresariales.

En los estatutos de las entidades públicas empresariales locales figurará el patrimonio que se les asigne para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que hayan de financiar el organismo. El inventario de bienes y derechos se remitirá anualmente a la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local. (Art. 85 LBRL)

2.4.- Contratación de las entidades públicas empresariales.

Será necesaria la autorización de la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que se encuentren adscritos, para celebrar contratos de cuantía superior a las cantidades previamente fijadas. (Art. 85 LBRL)

La contratación de las entidades públicas empresariales se rige por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas:

Art. 3 1. Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior y las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que, además, concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior, quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 5.923.624 euros (equivalente a 5.000.000 de derechos especiales de giro), si se trata de contratos de obras, o a 236.945 euros (equivalentes a 200.000 de derechos especiales de giro), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.

*Las sociedades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en el mismo, ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios. **Disposición adicional sexta. Principios de contratación en el sector público.***

2.5.- Régimen presupuestario de las entidades públicas empresariales.

El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, de intervención, control financiero y control de eficacia, que serán, en todo caso, conformes con la legislación sobre las Haciendas Locales y con lo dispuesto en el capítulo III del título X de la Ley. (Art.85 LBRL)

2.6.- Control de eficacia de las entidades públicas empresariales.

Estarán sometidos a un control de eficacia por la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que estén adscritos. (Art.85 LBRL)

Estarán sometidos a controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y de la gestión de sus recursos humanos por las correspondientes concejalías, áreas u órganos equivalentes de la entidad local.

2.7.- Impugnación y reclamación contra los actos de las entidades públicas empresariales.

Contra los actos dictados en el ejercicio de potestades administrativas por las entidades públicas empresariales, caben los recursos administrativos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Las reclamaciones previas a la vía judicial, civil o laboral, serán resueltas por el órgano máximo del Organismo, salvo que, por sus estatutos, tal competencia se atribuya al Ministerio u Organismo público al cual esté adscrito.

2.8.- Estatutos y Plan de actuación.

Su creación, modificación, refundición y supresión corresponderá al Pleno de la entidad local, quien aprobará sus estatutos. Deberán quedar adscritas a una Concejalía, Área u órgano equivalente de la entidad local, si bien, en el caso de las entidades públicas empresariales, también podrán estarlo a un organismo autónomo local. Excepcionalmente, podrán existir entidades públicas empresariales cuyos estatutos les asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma o distinta naturaleza. (Art. 85 LBRL)

1. Los estatutos de los Organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales regularán los siguientes extremos:

a) La determinación de los máximos órganos de dirección del Organismo, ya sean unipersonales o colegiados, así como su forma de designación, con indicación de aquellos cuyos actos y resoluciones agoten la vía administrativa. (LOFAJE)

b) Las funciones y competencias del Organismo, con indicación de las potestades administrativas generales que éste puede ejercitar, y la distribución de las competencias entre los órganos de dirección, así como el rango administrativo de los mismos en el caso de los Organismos autónomos y la determinación de los órganos que, excepcionalmente, se asimilen a los de un determinado rango administrativo, en el supuesto de las entidades públicas empresariales.

En el caso de las entidades públicas empresariales, los estatutos también determinarán los órganos a los que se confiera el ejercicio de potestades administrativas.

c) El patrimonio que se les asigne para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que haya de financiar el Organismo.

d) El régimen relativo a recursos humanos, patrimonio y contratación.

e) El régimen presupuestario, económico-financiero, de intervención, control financiero y contabilidad, que será, en todo caso, el establecido en la Ley General Presupuestaria.

f) La facultad de creación o participación en sociedades mercantiles, cuando ello sea imprescindible para la consecución de los fines asignados.

2. El Plan inicial de actuación del Organismo público, que será aprobado por el titular del Departamento ministerial del que dependa, deberá contar con el previo informe favorable de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, y su contenido, que se determinará reglamentariamente, incluirá en todo caso, los siguientes extremos:

a) Los objetivos que el Organismo deba alcanzar en el área de actividad encomendada.

b) Los recursos humanos, financieros y materiales precisos para el funcionamiento del Organismo.

Los estatutos de los Organismos autónomos y entidades públicas empresariales se aprobarán por Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del titular del Ministerio de adscripción y a propuesta conjunta de los Ministros de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda. Deberán ser aprobados y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo del Organismo público correspondiente.

PATROCINA



BBVA