



**las sociedades
urbanísticas como
promotoras públicas
de vivienda, suelo y
equipamiento**

Autoría: Enrique Bueso Guirao
Manuel Zurita González

Colaboración: Fernando Acedo-Rico Henning
José Antonio Carrillo Morente

Supervisión: M^ª Francisca Cabrera Marcet

Presidente: Gaspar Mayor Pascual

Composición: José Alfonso Choví Fargueta

Edita: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
PROMOTORES PÚBLICOS DE
VIVIENDA Y SUELO

Domicilio Social: Luis Vives, 2, entresuelo 1.º
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

- p. 3 I.- INTRODUCCIÓN
 - 1.1.- Novedades legislativas.
 - 1.2.- El urbanismo como función pública.

- p. 5 II.- LA SOCIEDAD URBANÍSTICA
 - 2.1.- Concepto.
 - 2.1.1.- Definición.
 - 2.1.2.- Caracteres.
 - 2.1.3.- Fundamento.
 - 2.2.- Clases.
 - 2.2.1.- Instrumentales.
 - 2.2.2.- Mixtas.

- p. 9 III.- NORMATIVA DE APLICACIÓN
 - 3.1.- Normativa Estatal.
 - 3.1.1.- Normativa Urbanística.
 - 3.1.2.- Normativa de Régimen Local.
 - 3.1.3.- Normativa de Organización de la Administración General del Estado.
 - 3.2.- Normativa de CC.AA.

- p. 16 IV.- 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.- Aspectos constitutivos.
 - 4.2.1.- Denominación.
 - 4.2.2.- Capital social.
 - 4.3.- Órganos de gobierno.
 - 4.3.1.- Introducción.
 - 4.3.2.- Junta General.
 - 4.3.3.- Consejo de Administración.
 - 4.3.4.- Gerente.
 - 4.4.- Personal a su servicio.

- p. 33 V.- 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.

p. 51 VI.- ACTUACIÓN DE LA SOCIEDAD URBANÍSTICA: RÉGIMEN JURÍDICO

- 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.- Aplicación parcial LCAP.
 - 6.3.2.- Aplicación de los principios de publicidad y concurrencia (D.A. 6ª).
 - 6.3.3.- Teoría que considera la no aplicabilidad de la normativa de contratación pública a las Sociedades Urbanísticas.
- 6.4.- Recursos frente a su actuación.

p. 73 VII.- RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

p. 77 VIII.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA MIXTA

- 8.1.- Concepto.
- 8.2.- Procedimiento de constitución.
- 8.3.- Órganos de gobierno.

p. 81 IX.- 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.

p. 87 X.- LA SOCIEDAD URBANÍSTICA EN LA NORMATIVA DE LAS CC.AA.

- 10.1.- Andalucía.
- 10.2.- Asturias.
- 10.3.- Canarias.
- 10.4.- Cantabria.
- 10.5.- Castilla y León.
- 10.6.- Cataluña.
- 10.7.- Extremadura.
- 10.8.- Galicia.
- 10.9.- La Rioja.
- 10.10.- Madrid.
- 10.11.- Murcia.
- 10.12.- Navarra.
- 10.13.- País Vasco.
- 10.14.- Comunidad Valenciana.

I.- INTRODUCCIÓN

En el Boletín informativo nº 71, de julio de 2002, 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.

El citado boletín 71 establece el estatuto jurídico de las referidas sociedades urbanísticas, que forman la mayor parte de los asociados a AVS. Ha sido un eficaz instrumento para los promotores públicos y para aquellas administraciones que se han planteado la constitución de una sociedad de este tipo, así como para la propia AVS para fomentar el conocimiento de la misma.

En los dos años transcurridos desde dicha publicación, se han producido importantes novedades legislativas y novedosas resoluciones judiciales y administrativas que plantean la necesidad de adecuarlo a la realidad actual.

1.1.- NOVEDADES LEGISLATIVAS

Las novedades legislativas que merecen destacarse, aparte de las novedosas regulaciones de distintas CC.AA., son las recientemente producidas a finales del año 2003, en concreto las siguientes:

1. Nueva regulación de la prestación de los servicios públicos locales por la LEY 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modificación del gobierno local, que establece modificaciones en la regulación de las sociedades mercantiles públicas.
2. LEY 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modifica la Ley de Haciendas Locales, dejando fuera del endeudamiento municipal y de sus límites (el famoso 110%) y de las autorizaciones reguladas en el artículo 54, a aquellas sociedades, como las urbanísticas, que prestan servicios o producen bienes que se financien mayoritariamente con ingresos de mercado.
3. La Modificación del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas (RDL 2/2000) por la referida Ley 62/2003, en las que se introducen modificaciones en el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, en relación al ámbito subjetivo de la misma. Cumpliendo imposiciones establecidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el artículo 67 se modifican tanto el artículo 2 del Texto refundido como la Disposición Adicional Sexta, sometiendo a determinados aspectos de la contratación administrativa a nuestras sociedades, en función de la cuantía de los contratos.

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 se 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 del urbanismo. Los resultados no se hicieron esperar, la creación de sociedades urbanísticas por parte de las Administraciones Públicas ha sido y es una constante en alza desde los años 80, imparable y muy arraigada 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, superando la gestión pura, fundamentalmente encaminada a la realización de nuevas urbanizaciones, comprendiendo también:

- La promoción de suelo de todo tipo (residencial, industrial, comercial, etc).
- La construcción de viviendas sometidas o no a algún régimen de protección pública.
- La realización de reurbanizaciones, remodelaciones y renovaciones urbanas.
- 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.

Al estudio de dichas sociedades dedicaremos el presente boletín, que se estructurará en dos apartados fundamentales:

1. **Una primera parte** analizará el marco general de la figura de la sociedad urbanística como promotor público de vivienda y suelo, analizando la distinta normativa de aplicación y las resoluciones de los tribunales recaídas sobre los mismos, estableciendo su configuración general y desarrollando por tanto su fundamento, tipología, objeto o competencias, formas, constitución, etc.
2. **Una segunda parte** analizará la diferente normativa que sobre dichas sociedades urbanizadoras ha ido emanando de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias urbanísticas, configurando así sus determinadas especialidades.

II.- 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". En esta segunda reforma de la normativa urbanística de nuestro país, 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 intereses públicos actuase con la máxima eficacia y eficiencia, permitiendo la dinamización de la ejecución del urbanismo.

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.**- Excluyendo las personas físicas y personas no mercantiles (sociedades civiles, comunidades de bienes, etc.).
2. **Propiedad Pública.**- La participación en el capital social del Ente Público puede ser total o parcial.
3. **Finalidad Urbanística.**- Aunque las actuaciones urbanísticas no se conciben en su sentido estricto (gestión urbanística) sino que, como se ha indicado, puede 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".*

FINALIDAD: RAZONES PARA LA CONSTITUCION DE EMPRESAS PÚBLICAS

1. Finalidad de facilidad de funcionamiento de la Administración, por sometimiento al derecho privado, frente al rígido procedimiento administrativo.

2. Razones de ello:
 - La sujeción al derecho privado, con lo que se evita:
 - La técnica rígida del presupuesto.
 - Los trámites de la contratación administrativa.
 - Las trabas para el reclutamiento de personal.
 - Los efectos dilatorios de las intervenciones tutelares, como la intervención previa.
 - La limitación de la responsabilidad de la Administración al capital aportado.
 - El dominio absoluto de la empresa por la Corporación que la crea.

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.
- 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".

2.2.- 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 las mismas, pueden ser instrumentales o mixtas:

- **Instrumentales**, aquellas cuyo capital pertenece íntegramente a la Corporación local. Éstas 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, de 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.A, d LRBRL). 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 de la Administración, de forma directa o indirecta: "cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad Local (directa) o a un ente público de la misma (indirecta)".
- 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".

El **artículo 156 del RDL 2/2000**, texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, las define como la "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".

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".

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

- a) A diferencia de las instrumentales, nos encontramos ante la prestación indirecta de un servicio público.
- b) La heterogeneidad de su capital al concurrir distintas administraciones o éstas y los particulares.
- c) La duración temporal de la misma, tanto el TRRL como el RBCL imponen un límite de duración de 50 años.
- d) La responsabilidad económica de las Corporaciones locales se limitará a su aportación a la Sociedad.

III.- 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 CC.AA. Dejando la de éstas para el siguiente capítulo, 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 el tema de forma más sistemática 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 Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC).

Analizaremos en este epígrafe 3º la normativa urbanística y la de Régimen local, dejando la normativa aplicable al Régimen jurídico de su actuación para el 6º.

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 mantiene** 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, debido a que las CC.AA. han regulado de forma menos exhaustiva 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, si bien en el último de los epígrafes analizaremos la normativa de cada una de las CC.AA.

1. El **Texto Refundido de la Ley del suelo de 1976** (R.D. 1346/1976) (TRSL) en su **artículo 115** establece 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. El **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 registrará por la legislación que a cada Entidad le sea aplicable".
3. Junto a las normas ya referenciadas merece especial atención el **Decreto 1169, de 2 de mayo, sobre "Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales" (RSU)** dictado en desarrollo del ya referido artículo 115 del Texto refundido de 1976.

Este Real Decreto, desarrollando la normativa urbanística específica, 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:

> Ley 7/1985, de 2 de mayo, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

La Ley en sus **artículos 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 tiene 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 en esta nueva regulación, establece algunas **novedades y precisiones** con respecto a la anterior regulación:

- a) Con carácter previo y fundamental es necesario resaltar que con esta regulación se establece una regulación más completa que la anterior, dotándola de rango de ley, lo que clarifica en gran medida 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.
- b) Precisa de forma clara que las sociedades se registrarán fundamentalmente por el derecho privado. Esta es su característica esencial. No obstante ello, con carácter excepcional y en supuestos concretos se registrarán por la normativa pública. Así se excepcionan exclusivamente aquellos aspectos de su regulación en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación.
- c) Determina de forma clara que necesariamente han de adoptar forma de sociedad mercantil en la que la responsabilidad de la corporación se limite al capital aportado, es decir, esencialmente se constituirán como Sociedad Anónima o Sociedad de responsabilidad limitada.
- d) Como cualquier sociedad mercantil serán sus estatutos los que determinen su capacidad de actuación, y en concreto la forma de designación de los miembros de los órganos de administración y dirección de los mismos. De ello se deduce que otorga a sus constituyentes una mayor libertad que establecía el Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales, al imponer distintas limitaciones que posteriormente analizaremos.
- e) Por último, a diferencia de lo que se establecía en la legislación anterior y en las primeras redacciones del proyecto de ley, no impone la necesidad de que el capital esté íntegramente desembolsado, estableciendo exclusivamente la necesidad de su aportación íntegra.

Estos extremos, que son fruto de una primera reflexión sobre la nueva regulación, han de ser confirmados por la normativa de desarrollo y por normativa, interpretaciones, actuaciones prácticas y jurisprudencia posterior. No obstante ello, ya se ha manifestado en este sentido algún sector doctrinal, confirmado por representantes de los Cuerpos Nacionales de Administración Local.

FORMAS DE PROMOTOR PÚBLICO LOCAL

- 1.- Organismo autónomo local.
- 2.- Entidad pública empresarial local.
- 3.- Sociedades Mercantiles públicas:
 - Sociedad Mercantil, con capital social perteneciente íntegramente a la Administración (gestión directa).
 - Sociedad Mercantil Mixta; capital social sólo parcialmente perteneciente a la Administración (gestión indirecta).

➤ **El R.D.L. 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, como es lógico, pero añade ya ciertos criterios de actuación, en concreto en su **artículo 103.1**, que, tras la reforma, resulta reiterativo, así 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.*

➤ **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.

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 registrarán 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 registrarán 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 sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación».

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 10º del presente estudio, al que nos remitimos.

IV.- 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 8.

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.

PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN SOCIEDAD MUNICIPAL:

I.- FASE INTERNA: Expediente administrativo de municipalización (sujeta al derecho administrativo).

1. Acuerdo del pleno de la corporación municipal que inicia el Procedimiento.
2. Constitución de la comisión y redacción de la memoria.
El contenido memoria:
 - Social: determinará la situación del servicio, así como las previsibles ventajas de dicha municipalización.
 - Jurídico: adjunta proyecto de Estatutos.
 - Técnico: 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.
 - Financiero: estudio general de los costes que traerá consigo y los medios previstos para su satisfacción.
3. Exposición al público de la memoria. Se expondrá por 30 días al público para alegaciones, además se publicará en el Boletín Oficial de la Provincia.
4. Aprobación definitiva.

II.- FASE EXTERNA: sometida al derecho privado (Derecho mercantil).

- Otorgamiento de Escritura pública.
- Inscripción en el Registro mercantil.

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 a 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) **NO NECESARIO:** Distinta normativa 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.

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

b) **NECESARIO:** Hay autores, que consideran necesario el referido expediente por aplicación del artículo 97 del T.R.L.R.L.

No obstante ello, en la realidad, 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:

1º.- 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 referida, (usuarios, representantes de 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 nombraba el art. 56.

Estos acuerdos corresponde adoptarlos al Pleno de la Corporación (art. 50 del Real Decreto 2.568/86, de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales) con las siguientes características:

- Para constituirlo 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).

2º.- 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.

3º.- 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.

4º.- Aprobación definitiva.

Transcurrido dicho período sin que se hayan producido reclamaciones, procederá la aprobación definitiva por parte del Pleno de la Entidad Local, 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 ésta 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.- ASPECTOS CONSTITUTIVOS.

4.2.1.- Denominación

No se hace ninguna referencia especial a la misma en la normativa administrativa, sí en la mercantil ya que indica que podrá ser cualquiera pero que deberá necesariamente figurar en el misma la indicación Sociedad Anónima o Sociedad de responsabilidad limitada o sus respectivas abreviaturas "S.A.", "S.R.L." o "S.L."

Normalmente se suele emplear una denominación que hace referencia a su actividad por un lado y a su administración matriz por otro ("Viviendas y Suelo de ..." o "Empresa ... de Suelo, equipamiento y Vivienda de ... S.A.).

Por último, se debe recordar lo ya indicado de la necesidad de la certificación negativa de la Dirección General de Registros y del Notariado, respecto a la denominación que se le quiere dar a la Sociedad. Esta certificación acredita al notario que no existe otra sociedad inscrita con la misma denominación para poder autorizar la constitución con el nombre elegido.

No podrán formar su denominación exclusivamente con el nombre de España, sus Comunidades Autónomas, provincias o municipios. Tampoco podrán utilizar el nombre de organismos, departamentos o dependencias de las Administraciones Públicas, ni el de Estados extranjeros u organizaciones internacionales. Los adjetivos «autonómico», «provincial» o «municipal» sólo podrán ser utilizados por sociedades en las que la correspondiente Administración ostente directa o indirectamente la mayoría del capital social.

4.2.2.- Capital social

El capital, si nos encontramos ante una Sociedad Anónima no podrá ser inferior a 60.101,21 Euros, se expresará necesariamente en esta moneda y se encontrará dividido en acciones. Por contra si se trata de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, deberá ser superior a 3.005,06 euros, expresado en dicha moneda y dividido en participaciones, habiendo desaparecido ya el antiguo tope máximo de capital, como ya se ha indicado.

El referido capital podrá consistir en dinero o en bienes pero en este último caso si se trata de S.A. se exige la valoración previa de los bienes que se aporten por perito independiente, lo que plantea problemas de su inadecuada valoración si se tiene en cuenta el límite de valor de repercusión del mismo para viviendas protegidas y el elevado precio de la misma. Por contra, no se impone esta obligación para las S.L. Se analizará el supuesto de aportación de inmuebles a capital social con detalle al analizar el régimen patrimonial de estas empresas.

Como características especiales de estas sociedades, impuestas por el derecho administrativo, podemos destacar las siguientes:

- a) El capital deberá, de acuerdo con el art. 89 RSCL, estar totalmente suscrito y desembolsado en su integridad desde el momento de su constitución. Esta característica es específica para las públicas pues en las privadas es necesario que se suscriba íntegramente, pero para el desembolso inicial basta con un 25% de dicho capital. No obstante ello, como ya se ha indicado, la nueva Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modificación del gobierno local, en su **artículo 85 ter** solo indica que **deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma.**
- b) La Corporación interesada será propietaria exclusiva del capital de la empresa y no podrá transferirlo a persona alguna ni destinarlo a otras finalidades (salvo en los supuestos de disolución de la Sociedad), ya que perdería la condición de empresa instrumental al no pertenecer el 100% a la Corporación Local.

4.3.- ÓRGANOS DE GOBIERNO

4.3.1.- Introducción

La regulación de los órganos de gobierno 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 en relación a la autonomía de los entes locales preconizada por la Constitución de 1978.

Por ello, en relación a dicha regulación, fundamentalmente en relación al Consejo de Administración, se pueden establecer tres etapas sucesivas:

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 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 vió confirmado 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 plantean 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.

Esta tesis ha sido recientemente confirmada 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, que 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, parece que 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".

Por ello, un sector doctrinal 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 limitación alguna para la designación del número máximo de componentes del Consejo de Administración de una sociedad mercantil de propiedad municipal.

En esta nueva línea podría establecerse la siguiente regulación:

1. 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, en virtud del principio de autoorganización de las corporaciones locales.
2. El Reglamento de Servicio, se aplicará de forma supletoria.

Como ya se ha indicado, estos extremos han de ser confirmados en el reglamento de desarrollo y por normativa, interpretaciones, actuaciones prácticas y jurisprudencia posterior.

No obstante lo indicado, como punto de partida, para determinar los órganos de gobierno de las sociedades urbanísticas acudiremos al artículo 45 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Éste dispone que los órganos encargados de la dirección y administración de la empresa serán los siguientes:

- 1.- La corporación interesada, asumiendo las funciones de la **Junta General**.
- 2.- **El Consejo de Administración**.
- 3.- **La Gerencia**.

Analizaremos cada uno de ellos por separado.

4.3.2.- 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 Tribunal Superior de Justicia Asturias núm. 542/2001, de 6 de 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.

En su **Fundamento de Derecho Segundo**, indica:

"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 registrarán 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)**, refiere determinados regímenes de incompatibilidades de orden retributivo 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.

2. De acuerdo con lo establecido en el artículo 75.1 de la Ley 7/1985, de 3 de abril, tendrán derecho a percibir retribuciones y a ser dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social los miembros de las Corporaciones Locales que desarrollen sus responsabilidades corporativas en régimen de dedicación exclusiva.

En el supuesto de tales retribuciones, su percepción será incompatible con la de cualquier otra retribución con cargo a los Presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes.

3. El reconocimiento de la dedicación exclusiva a un miembro de la Corporación exigirá la dedicación preferente del mismo a las tareas propias de su cargo, sin perjuicio de otras ocupaciones marginales que, en cualquier caso, no podrán causar detrimento a su dedicación a la Corporación. En el caso de que tales ocupaciones sean remuneradas, se requerirá una declaración formal de compatibilidad por parte del Pleno de la entidad local.

4. El Pleno corporativo, a propuesta del Presidente, determinará, dentro de la consignación global contenida a tal fin en el Presupuesto, la relación de cargos de la Corporación que podrán desempeñarse en régimen de dedicación exclusiva y, por tanto, con derecho a retribución, así como las cuantías que correspondan a cada uno de ellos en atención a su grado de responsabilidad. El nombramiento de un miembro de la Corporación para uno de estos cargos

sólo supondrá la aplicación del régimen de dedicación exclusiva si es aceptado expresamente por aquél, en cuyo caso esta circunstancia será comunicada al Pleno en la siguiente sesión ordinaria.

5. Todos los miembros de la Corporación, incluidos los que desempeñen cargos en régimen de dedicación exclusiva, tendrán derecho a recibir indemnizaciones por los gastos ocasionados por el ejercicio del cargo, cuando sean efectivos, y previa justificación documental, según las normas de aplicación general en las Administraciones Públicas y las que en este sentido aprueba el Pleno corporativo.

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.

4.3.3.- 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.

Son las contenidas en el cuadro siguiente.

LIMITACIONES AL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN POR EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DE LAS CORPORACIONES LOCALES

El artículo 93 RSCL 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.

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 plantea 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 establece que: "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 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 R.D. 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.

Como punto de partida se ha de indicar que el problema surge pues en el Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales, ya que 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 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, éste 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)."*

4.3.4.- 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".

4.4.- 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 rige 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 principio 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 funcional.

En esta misma línea la Sentencia de 29-03-99, 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 la 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.

LEY 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2004, establece en su artículo 19 que, con efectos de 1 de enero del año 2004, 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 2002, 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, si bien podrían incluirse nuestras empresas dentro del apartado "i".

- 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."

V.- 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 en él 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 acreditado 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".
- 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

➤ **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.

➤ **Decreto 1169/78, de 2 de mayo**

OBJETO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS

Artículo 3 del Decreto 1169/78

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.

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 determinada, 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."

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) se 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 86.1 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.

(...)

A todo ello hay que añadir que el artículo **3.3 del R.D. Legislativo de 9 de abril de 1976** 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 R.D. Ley 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, si bien no pueden conducirnos a la consecuencia de que la conducta de las Sociedades de Actuación Urbanística no haya de ajustarse a las limitaciones que la intervención pública en la actividad económica privada ha de mantener, en orden a no lesionar el principio de libre competencia empresarial que proclama el artículo 38 de la Constitución española, haciendo buena así la fijación de los límites dentro de los que han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que hubiesen de incidir sobre el sistema económico de nuestra sociedad (sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1987), sí 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 circunscrito a un tipo de calidad determinada de las mismas, **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.

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); 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).

El artículo **6º del R.D. Ley de 14 de marzo de 1980**, como ya se ha visto, determina, igualmente, que no será precisa la previa acreditación de la inexistencia o insuficiencia de la actividad privada para la creación de sociedades urbanísticas.

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;

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 concurrencia, 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).

SEXTO.- Aunque la sentencia apelada no haya hecho hincapié en el tema, los demandantes apoyan asimismo su tesis impugnatoria en la violación de lo dispuesto en los artículos 85 y concordantes del Tratado de Roma que supone la introducción de la modificación estatutaria referida a los conceptos de edificación y rehabilitación dentro del objeto social de la entidad codemandada; pero dejando a un lado que las normas integrantes de dicho Tratado tienen una directa aplicación en lo que se refiere a los acuerdos o decisiones que pueden afectar al comercio entre los Estados miembros, lo cierto es que nada nuevo aportan los preceptos aludidos en relación a la cuestión que se debate. Las empresas encargadas de los servicios de interés económico general (artículo 90) habrán de quedar sometidas a las normas en materia de libre competencia, tan solo en la medida que ello no impida el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada, con lo que el problema se reconduce a los mismos términos en que ha quedado planteado y resuelto en los razonamientos anteriores.

- 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 ésta 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 de julio de 1989. Así se desprende 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 del 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.

Veremos dentro del análisis de los bienes de la sociedad dos aspectos concretos, por un lado las vías de adquisición y medios de enajenación de los bienes patrimoniales y por otro la obligación de la formación de un inventario del mismo.

5.2.1.- Adquisición de bienes

Las Empresas Públicas tienen dos vías fundamentales de **adquisición de bienes** para el cumplimiento de su objeto social. Una es la cesión de la administración matriz y otra la adquisición en el mercado por la propia sociedad.

La administración matriz tiene un rígido procedimiento de enajenación de sus bienes patrimoniales determinados fundamentalmente en las leyes de patrimonio (Estatal 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 estas dos normativas.

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

- Normativa Patrimonial de Régimen Local.

La normativa esencial es el Reglamento Estatal de Bienes de las Entidades Locales (R.D. 1372/1.986, de 13 de junio). Se establece en su artículo 109 un supuesto general y otro especial.

- a) Con **carácter general**, los bienes inmuebles patrimoniales no podrán cederse gratuitamente sino a Entidades o Instituciones públicas para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, así como a las Instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro. Esta cesión requerirá:
 - Acuerdo adoptado con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.
 - Instrucción previa de un complejo expediente administrativo que contempla el art. 110.
 - Dación de cuenta a la autoridad competente de la Comunidad Autónoma.

- b) 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, y 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 y 5º:

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 cumplen 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 concurra 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.

- 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:

- 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 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 (cuando les vende o se las aporta a capital, pues 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 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, 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 gratuitas:

- 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 CC.AA.**, como se analizará posteriormente, en distintos supuestos permite 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 público 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 de 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, si no 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 aquélla.
- 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.

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

En relación a las sociedades el artículo 182 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas establece una especialidad en relación a las aportaciones no dinerarias muy interesante:

"En el caso de aportaciones no dinerarias efectuadas por la Administración General del Estado o sus organismos públicos a las sociedades previstas en el artículo 166.2 de esta Ley, no será necesario el informe de expertos independientes previsto en el artículo 38 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que será sustituido por la tasación prevista en el artículo 114 de esta Ley."

5.2.2.- Enajenación de sus bienes

Una vez los bienes devienen de titularidad de la empresa Pública, nada contiene ninguna de 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 *inclusio unius, exclusio 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.

La doctrina, por lo demás, como no podía ser de otro modo, se manifiesta en el mismo sentido: Así, **GONZÁLEZ PÉREZ** señala: "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".-

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

VI.- 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 del problema suscitado por la redacción dada al artículo 15 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y al Procedimiento Administrativo Común; 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 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 ésta 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 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 registrá 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 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 se 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.

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**, comentando la sentencia de TRAGSA 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 Procinding", 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

Se encuentra su actuación en base a un régimen especial que incluye:

- Imposibilidad de ejecución de obras por la Administración, pues se le encomienda la gestión de un servicio público y no la ejecución material de una obra.
- Obligación de adjudicación de las obras por la Sociedad en un régimen peculiar, la aplicación de ciertos criterios de la normativa de contratación pública o, simplemente de los criterios de publicidad y concurrencia, en función de la cuantía de los contratos.

En relación con la aplicación de la normativa de contratación pública, se pueden establecer tres momentos concretos:

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 de la aplicación de la misma.
2. Esta regulación era criticada por sectores doctrinales al considerar que el Estado español no había transpuesto convenientemente las directivas europeas sobre contratación pública. Éstos se basaban en el **concepto de poder adjudicador, sentado por la jurisprudencia del TJCE**.

Ésta 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 hablamos de cualquier tipo de forma organizativa me refiero también a las formas jurídico-privadas.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas defiende 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 austríaco 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 definitiva 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. Recientemente se ha reformado 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.

Tras ello, el **RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA A LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS** (LCAP) será el siguiente:

1º/ "Las (...) sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil que

quedaran sujetas a las prescripciones de esta Ley, relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimiento 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 IVA, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 de derechos especiales de giro) si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros (equivalente a 200.000 de derechos especiales de giro) si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.”

En consecuencia, si identificamos a las sociedad urbanística como sociedad creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, debemos entenderlas sujetas a las prescripciones de la L.C.A.P. en lo relativo a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimiento 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 IVA, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 de derechos especiales de giro) si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros (equivalente a 200.000 de derechos especiales de giro) si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados; y 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.

Por el contrario, si identificamos a la sociedad urbanística como sociedad creada para satisfacer necesidades de mercado de carácter industrial o mercantil, debemos entenderlas excluidas de la L.C.A.P.

APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA AL PROMOTOR PÚBLICO DE VIVIENDA Y SUELO

a) Artículo 1.2 LCAP: aplicación las prescripciones de la Ley de Contratos relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para:

- Contratos de obras de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 de derechos especiales de giro).
- Contratos de suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 249.681 euros (equivalentes a 200.000 de derechos especiales de giro).

b) Disposición Adicional Sexta: En contratos no comprendidos en los supuestos anteriores, 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.

6.3.1.- Aplicación parcial LCAP

El nuevo artículo 2 ("Adjudicación de determinados contratos de derecho privado") establece en su párrafo 1º que serán de aplicación las prescripciones de la Ley de Contratos relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación a las Sociedades que reúnan los siguientes requisitos:

1. Que se trate de sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
2. Que, además, concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo 1, en concreto: 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.
3. Que se refiera a contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 de derechos especiales de giro), si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros (equivalentes a 200.000 de derechos especiales de giro), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.

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:

Disposición adicional sexta. Principios de contratación en el sector público.

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.

En su actuación han 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."

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, debe tenerse en cuenta la antigua legislación de contratos que afirmaba 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."

6.3.3.- Teoría que considera la no aplicabilidad de la normativa de contratación pública a las Sociedades Urbanísticas

Las empresas públicas creadas para satisfacer necesidades de mercado,- no se encuentran sometidas a la normativa de contratación pública.

Manuel Zurita Jiménez considera que la reforma indicada no se ha realizado voluntariamente; al contrario, el legislador la realiza en cumplimiento de una sentencia del TJCE que entendió que la regulación de la normativa de contratación de las Empresas Públicas no se adaptaba en España a la directiva europea. El conflicto se planteaba entre el Reino de España (que mantenía en su normativa la exclusión de las Sociedades Públicas del régimen de contratación pública) y la Comisión Europea (que entendía que la sociedad objeto de enjuiciamiento por su condición de **"no económicas"** estaba obligada a licitar las obras de acuerdo con los criterios de la Directiva), y entendió que el Reino de España había incumplido la directiva. Dicho autor entiende que para apreciar la naturaleza y alcance es necesario ver los siguientes apartados:

1. Antecedentes.
2. Ámbito de actuación y tipología de las sociedades públicas: económicas y no económicas.
3. Rasgos de la sociedad "no económica".
4. Perfil de la sociedad local.
5. Caracteres de la sociedad local promotora de vivienda y suelo.
6. Visión jurisprudencial a los promotores públicos de vivienda y suelo.
7. Régimen jurídico contractual de los promotores públicos "económicos".
8. Régimen jurídico contractual de los promotores públicos "no económicos".

6.3.3.1.- Antecedentes.

La contratación pública tiene una amplia tradición histórica desde 1836, fecha en la que se aprueba -por una orden de 14 de abril- el pliego de condiciones generales para los contratos de obras públicas. Desde dicho momento, el ámbito de sujeción de los contratos públicos ha sido un tema tan polémico como conflictivo: ¿Qué contratos deben de considerarse públicos? ¿Quiénes componen el Estado? ¿Incluye a la Administración local y los organismos autónomos? ¿Incluye a las sociedades públicas? ¿Incluye a los concesionarios de servicios públicos?

Las normas de contratación siempre se han adaptado a cambios y polémicas muy presionados entre la necesidad pública de agilizar las operaciones como de garantizar la imparcialidad, objetividad y rectitud del poder público, impedir o dificultar la corrupción y garantizar la igualdad y el acceso de todos los ciudadanos a los contratos públicos.

En relación a la historia de la contratación pública y en relación a las sociedades mercantiles, entiendo importante recordar que:

1º/ Hasta la Ley de 1995 y a pesar de varios intentos parciales de unificación, en España, el Estado y la Administración Local han tenido normativas diferentes en materia de contratación.

2º/ Desde la 1ª guerra mundial, tanto España como Europa, los poderes públicos, compatibilizaron el poder con la producción de bienes y servicios promoviendo y asumiendo "actividades económicas" y actuando en el mercado como auténticos "empresarios".

3º/ Con la creación de empresas los poderes públicos iniciaron una huida del derecho administrativo con refugio en el derecho privado como "sociedades estatales" refugiándose en la forma mercantil para asumir incluso "actividades que no siendo empresariales" se prestaban bajo la forma de "S.A. o S.L."

En la Administración Local dicha forma mercantil se limitó y redujo bastante ante las dificultades que presentaba tramitar y aprobar los expedientes de municipalización/provincialización, con la excepción de las "sociedades promotoras de vivienda y suelo, donde dicho requisito se eliminó para fomentar la ejecución de actuaciones de vivienda y suelo.

4º/ El crecimiento del sector público proveniente de la gran cantidad de recursos de que dispone, produce un incremento del número de Administraciones y de Sociedades Públicas demandadas por los ciudadanos y la reconfiguración de las Administraciones como "Holding" de organismos y empresas para actuar en donde la Administración solo se encarga de presupuestar, dirigir y controlar las filiales.

5º/ En 1985, España se adhiere a la **Comunidad Económica Europea** y se compromete a reformar su ordenamiento jurídico para institucionalizar los principios de la Comunidad y en especial la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos (2º considerando de la Directiva 93/37).

6º/ España se adaptó a la directiva 93/37 mediante la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, excluyendo generalizadamente a las Sociedades Públicas de la sujeción a la Ley:

Se entiende por Administraciones Públicas a los efectos de esta Ley (art. 1, ap. 2):

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las entidades que integran la Administración Local.

3. 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 cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

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.

De la tramitación de dicha norma, resaltar:

1º/ Que en las primeras redacciones se excluía de la Ley a una gran parte del sector público.

2º/ El Partido Popular presentó una enmienda, nº 148, que no tuvo ningún éxito, donde incluía en el ámbito de aplicación de la Ley "a todos los organismos, entes, o empresas dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas (...) aunque el ente o empresa actué bajo el derecho privado" justificándose en los siguientes términos:

"Es ocioso tener construido un régimen de garantías para la contratación de las Administraciones si éstas, como últimamente está ocurriendo con excesiva frecuencia, desglosan de su seno de actividades propias que encomiendan a organismos empresariales que por quedar sometidos al derecho privado quedan exentos de aquel régimen administrativo. Es el típico fraude de ley".

Se trataba de someter al derecho administrativo todo aquello que tuviese naturaleza pública y se configurara como "actividad pública real" la hiciera quien la hiciera (Ej: contratación del tren alta velocidad AVE).

Sala Arquer en su obra "Huida del derecho privado y huida del derecho" (REDA 1992, pag. 412) diferencia una actividad sometida a real y efectiva competencia diferenciando empresas públicas que desarrollan su actividad en régimen de monopolio o en un mercado cerrado, limitado a pocos concesionarios privilegiados en los que el Estado consigue un papel dominante o mientras la actividad esté financiada básicamente con cargos a fondos públicos, o se trate de ejercicio típico de autoridad o de función pública (A.E.A.T, Correos, Telégrafos, etc.) donde la exclusión a la contratación pública no tiene ningún fundamento. Se empezaba a distinguir aquellas entidades públicas que

realizaban una actividad empresarial, mercantil, industrial, económica, de mercado, en competencia abierta con otros operadores sin ostentar privilegio alguno, sin percibir financiación pública en condiciones de desigualdad y que por tanto no tengan una finalidad de interés general. Lo diferencial no era la forma sino el contenido o la naturaleza de la actividad.

El derecho administrativo deja de ser un derecho de las Administraciones Públicas para convertirse en un derecho de cualquiera que en el mercado ocupe una posición de privilegio o exclusiva por gestionar intereses públicos: en tal extremo la Sentencia de 16-marzo-1973 por la que considera administrativa la adjudicación de las obras de urbanización realizada por una Sociedad Municipal (Ayuntamiento Almorox) y por ende el sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa. También indicar la tendencia al levantamiento del velo (TS 28 mayo 1984 y 2 octubre 1996) para enjuiciamiento de Entes instrumentales o responsabilizando a la Administración por hechos de sus sociedades (STS 28 mayo 1984 y 31 julio 1993-caso Cers de legitimación del Ayuntamiento para aceptar la responsabilidad de su empresa al producirse identidad). Asimismo, se empieza a enjuiciar actividades de empresas públicas instrumentales de la Administración imputando la responsabilidad de sus actos al Ente matriz.

6.3.3.2.- Ámbito de actuación y tipología de las sociedades públicas: económicas y no económicas a efectos de contratación.

Se modifica el concepto de sociedad pública en los siguientes términos:

1º.- Hasta el 31-12-2003 se entendía por Sociedad Pública:

«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 (Disp. Adicional sexta Ley Contratación Pública).

Era la propiedad del capital social el elemento determinante del calificativo de sociedad pública cuando la Administración dispusiera de más del 50% del capital social.

2º.- A partir del 1-enero de 2004 se entiende como "Sociedad Pública",

cuando se encuentre una empresa en alguno de los siguientes supuestos:

1. La actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público.
2. Gestión se halle sometida a un control por parte de las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público.
3. 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.

A nivel estatal, las sociedades mercantiles se registrarán íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, cualquiera que sea su forma jurídica, salvo en las materias en las que sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación y que en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. (Disposición Adicional Duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado).

En la Administración Local la regulación era similar donde 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."

De acuerdo con tal excepción, la disposición adicional sexta de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas **-vigente hasta el 31 de diciembre de 2003-** copiaba la Disposición Transitoria Segunda, apartado b), del antiguo Reglamento General de Contratación del Estado:

«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, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios».

Por ello, durante 28 años hemos aplicado a las sociedades públicas los principios de publicidad y concurrencia en la contratación de acuerdo con los criterios dictados por la Junta Consultiva **de Contratación Administrativa en su informe 84/95, de 24 de octubre:**

"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."

Hoy, la ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, nos ha modificado el régimen contractual de las SOCIEDADES PÚBLICAS diferenciando:

1º/ "Las (...) sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil que quedaran sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimiento 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 IVA, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 de derechos especiales de giro) si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros

(equivalente a 200.000 de derechos especiales de giro) si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados y 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."

2º/ "Las (...) sociedades de derecho privado no creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil.

¿Y qué entender por "interés general que tenga carácter industrial o mercantil"?

Hay que seguir el criterio de Gaspar Ariño Ortiz (Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) y entender que hay que distinguir las:

1º/ Prestaciones de mercado: Donde el coste de las prestaciones se cubriría con el precio que por ellas se podría pagar por el mercado.

2º/ Prestaciones de servicio esencial universal: En estas últimas el coste de dichas prestaciones jamás cubriría el precio que por ellas se podría pagar y nadie estaría interesado en concurrir. La Administración ejecutará estas actividades "no mercantiles" en base al interés general.

Aparece con ello un nuevo concepto de derecho público frente al concepto tradicional de la exclusiva en la prestación del servicio, ya que las características de éste son:

1º/ No calificación de una actividad o sector en su conjunto sino solo actuaciones concretas, tareas, misiones (no la vivienda sino la promoción pública de viviendas). En cada sector habrá que determinar las actuaciones definitorias del interés general.

2º/ El abandono del concepto de reserva del servicio por el de actividad reglamentada.

3º/ Sustitución de un régimen cerrado y exclusivista del servicio por un régimen abierto que permita la entrada y salida bajo el régimen de autorización reglamentada.

Fernando Albi, en su Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales (Madrid 1960), diferenciaba en los Entes Locales las actividades económicas (producción de bienes y prestación de servicios) dirigidas a la satisfacción de necesidades de mercado, de las actividades no económicas, en donde diferenciaba:

1. Actividades jurídicas: Potestad de emanar normas jurídicas generales, potestad coactiva, función de policía identificada en el Reglamento de 1955 como servicios que implican ejercicio de autoridad.
2. Actividades sociales: *Funciones públicas, en virtud de las cuales la Administración tiende a asegurar determinadas prestaciones desprovistas de contenido material, en lo que afecta a su fin último, aunque naturalmente se requiera para llevarlas a cabo medios de dicho carácter. Comprendemos bajo esta rúbrica las actividades culturales y las denominadas asistenciales: benéficas, sanitarias y de previsión. En aquéllas, la finalidad perseguida tiene un alcance estrictamente espiritual; en estas últimas, al igual que las de policía, se trata de garantizar la integridad física de las personas pero mediante una actuación*

caracterizadamente positiva (...) Se dirige fundamentalmente a los sectores económicamente débiles y sus prestaciones o son gratuitas o inferiores al precio de coste.

Y continúa: *La legislación española (L.R.L.) al especificar los servicios municipalizables, no aluden a ninguno de los que hemos denominado sociales; mientras que, por otra parte, el art. 43 del Reglamento elimina concretamente de la municipalización a los servicios relacionados con las actividades benéficas.*

Todo esto viene impuesto por el art. 90 del Tratado que rompe la concepción tradicional del servicio público:

"Los estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los art. 7 y 84 a 95, ambos inclusive".

6.3.3.3.- Criterios comunitarios determinantes para calificar una sociedad pública como "no económica".

El Tribunal europeo analizó los siguientes criterios para calificar una sociedad como "no económica" en el caso enjuiciado <Asunto C-283/2000 relativo a la licitación convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios S.A. SIEPSA resuelto por Sentencia de 16 de octubre de 2003. (TJCE 2003/329)> por este:

1. **Naturaleza.-** Creación específica para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en Planes de Entidades Públicas.
2. **Objetivos.-** Las necesidades de interés general a satisfacer están intrínsecamente vinculadas al poder público.
3. **Dependencia.-** Este vínculo intrínseco se manifiesta, en particular, por la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada a la Empresa conforme a criterios aprobados por el poder; en definitiva la empresa realiza sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración Pública.
4. **Mercado.-** Si existe un mercado de los bienes y servicios ofrecidos por la empresa o la actividad de la empresa no tiene competencia en el mercado: La sociedad no puede ser considerada como un organismo cuando opera en competencia con otros operadores económicos.
5. **Generación de beneficios.-** Debe quedar descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en sí el primer objetivo de esta sociedad.
6. **Instrumental.-** Consiste en contribuir a la realización de la política del Estado.
7. **Riesgos.-** Con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de la empresa, parece poco probable que ésta

haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Ente y por ello el Estado, como único accionista, tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de la Empresa.

6.3.3.4.- Perfil de la sociedad pública local.

La **L.B.R.L.** de 1985 distingue (art. 85) entre **servicios públicos** cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales (art. 86) y **actividades económicas** (Las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución).

El reglamento de servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (art. 42 y ss.) configuraba una distinción importante a la hora de clarificar el carácter de la empresa pública:

1. Servicios que no tienen carácter económico.
2. Servicios económicos.

De acuerdo con su art. 45:

"La municipalización y provincialización constituyen formas de desarrollo de la actividad de las C.C.L.L. para la prestación de los servicios económicos de su competencia, asumiendo en todo o en parte el riesgo de la empresa mediante el poder de regularla y de fiscalizar su régimen".

1.- Servicios locales no "económicos".- LLiset Borrell (La actividad empresarial de los E.E.L.L.; Madrid 1990, Pág. 25) configura como servicios "no económicos" a aquellos que tienen un fundamento jurídico conectado con el reconocimiento constitucional de unos derechos fundamentales, tales como el derecho a la salud, educación, a la asistencia social, e incluso la vivienda (promoción pública de VPO). Este activismo administrativo no excluye en absoluto que el sector privado tenga iniciativas empresariales en estos sectores (hospitales privados, escuelas privadas, servicios complementarios de asistencia social).

El art. 42 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales exige expediente municipalizador en los servicios económicos mientras en los no económicos podían ser implantados mediante un simple acuerdo municipal sin precisar el expediente municipalizador o provincializador.

2.- Servicios locales económicos.-

La actividad pública económica conlleva los siguientes principios en su actuación:

1. Libre concurrencia.
2. Independencia del poder creador.
3. Carácter voluntario del servicio.
4. Utilización de medios jurídico privados.
5. Actividad de mercado.

Sus actuaciones no pueden regularse por una reglamentación administrativa, sino por actos privados. En consecuencia:

- Es actividad económica.
- Se exige del expediente de municipalización/provincialización.
- Se realiza "asumiendo el riesgo de la Empresa".

Por tanto, las Empresas públicas promotoras de vivienda y suelo creadas antes del Decreto de Sociedades Urbanísticas se creaban bajo la naturaleza y contenido de "económicas".

6.3.3.5.- La sociedad pública local como promotora de vivienda y suelo.

Los promotores públicos de vivienda y suelo fueron regulados por REAL DECRETO 2-5-1978, núm. 1169/1978 de SOCIEDADES URBANÍSTICAS con los siguientes caracteres:

1.- Carácter empresarial.- Reconocido en la exposición de motivos de la Ley del Suelo:

*"(...) Mas el desenvolvimiento y potenciación de sistemas de gestión mixta de **carácter empresarial**, dentro del ámbito reconocido en el artículo cuarto de la Ley del Suelo, requiere desarrollar el artículo 115 de la misma Ley (...)"*

2.- Objeto. Ejecución del planeamiento urbanístico.- El Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades Anónimas o Empresas de economía mixta para **la ejecución del planeamiento urbanístico**. Art. 1. 1 DSU, siendo especificado su objeto en el artículo 3º, como ya se ha visto, pudiendo destacarse su párrafo 4º:

4. La sociedad podrá actuar como Entidad puramente privada o como concesionaria de la actuación o actuaciones de que se trate.

6.3.3.6.- La jurisprudencia y los promotores públicos de vivienda y suelo.

El Tribunal Supremo en jurisprudencia reiterada valida la actuación de las Sociedades urbanísticas y les configura los siguientes caracteres:

1º.- En su constitución, innecesariedad de acreditar la inexistencia o insuficiencia de la actividad privada, así como tampoco el expediente de municipalización o provincialización.

2º.- En su naturaleza, son una forma de prestación de servicios públicos locales que gestionan de manera directa el urbanismo y vivienda: uno de los fines señalados como de competencia de las Entidades Locales

3º.-. En su funcionamiento, no vulneran ni quebrantan las reglas que rigen la libre competencia en el mercado según la Ley de 20 de julio de 1963 ni la posterior de 17 de julio de 1989. Tampoco, en origen, vulneran las normas sobre incompatibilidades relativas a ayudas públicas.

Asimismo, 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 obliga a la Sala de instancia a resolver con reposición de actuaciones, pero creo que debe deducirse que se permite a las, 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.

6.3.3.7.- Régimen jurídico contractual de lo promotores públicos "económicos".

La Ley 62/2003, DE 30 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DE ORDEN SOCIAL EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS no impone ningún requisito para la contratación de las sociedades públicas "económicas". En consecuencia, serán las normas mercantiles y civiles por las que se rigen. No obstante, entiendo que los promotores públicos de vivienda y suelo debemos de atenernos a los criterios del Decreto de Sociedades Urbanísticas –aún vigente aunque olvidado por haber aplicado durante tanto tiempo la publicidad y concurrencia de la L.C.A.P. y R.C.E.– en donde establece:

"La ejecución de obras se adjudicará por la Sociedad en régimen de libre concurrencia, sin que, en ningún caso, pueda dicha Sociedad ejecutarlas directamente".

Entender que para posibilitar la libre concurrencia exige la publicidad y por ello la aprobación previa de los pliegos de condiciones del contrato de obra y que la imposibilidad de ejecución de obras por la Administración. Obvio y exigible dado que solo existe legitimación para ser promotora (actividad de servicios) pero no para ser constructora (actividad industrial).

6.3.3.8.- Régimen jurídico contractual de los promotores públicos "no económicos".

Las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general **que no tengan carácter industrial o mercantil**, quedarán sujetas a las prescripciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la parte relativa a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimiento 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 IVA, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 de derechos especiales de giro) si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros (equivalente a 200.000 de derechos especiales de giro) si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados; y, en los de cuantía inferior a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

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 las 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 acudirse 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– y, 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 es provisional pues 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.

VII.- RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

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:

1. El **no sometimiento al régimen presupuestario**. Las sociedades confeccionan los denominados "**estados de previsión de gastos e ingresos**", pero éstos 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).
2. 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.

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 dictadas 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".

Además, 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.

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.

Por último, en relación al endeudamiento de las mismas 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».

La ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modifica la Ley de Haciendas Locales, ha modificado el artículo 50, dejando fuera del endeudamiento municipal y de sus límites (el famoso 110%) y de las autorizaciones reguladas en el artículo 54, a aquellas sociedades, que como la urbanística, prestan servicios o producen bienes que se financien mayoritariamente con ingresos de mercado.

VIII.- 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 que la Sentencia de 24-3-87 realiza sobre ellas, en la, al indicar que las empresa 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 que el capital público es minoritario, necesi-
tándose en este último supuesto, según L Liset Borrell, que el ente local tenga el
control interno de la empresa por estar expresamente establecido en los estatu-
tos 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 dis-
puesto para la modificación de los Estatutos, modificarlos para que la
Empresa pase a ser propiamente mixta y sometida a la normativa admi-
nistrativa 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 públi-
ca 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 espe-
cialidades que deben o pueden incluirse en la escritura fundacional o en los estatutos;
éstas 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:
 - Modificación del acto de constitución o de los Estatutos de la Empresa.
 - Aprobación y modificación de los planes y proyectos generales de los servicios.
 - Operaciones de crédito, y
 - 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 aquella 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.

IX.- 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 rigen 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 si 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 se 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 haya 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.

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

La Comunidades Autónomas han regulado de diversa manera las sociedades urbanísticas. Así, algunas de ellas han establecido una completa regulación, mientras que otras las regulan muy parcialmente.

Por ello es conveniente recordar lo que ya se ha indicado por el Tribunal Constitucional sobre que la normativa urbanística anterior a la entrada en vigor de la Constitución y, en concreto, la normativa relativa a las sociedades urbanísticas se encuentra en vigor como derecho supletorio en la medida en que la normativa urbanística de las CC.AA. no las regulen o la regulen parcialmente.

Se analizarán las normativas de las Comunidades Autónomas que han regulado la materia.

10.1.- ANDALUCÍA

Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA); potencia en gran medida la actuación del sector público, en concreto se pueden destacar los siguientes preceptos:

➤ El artículo 90 (Gestión pública) **establece que Las Administraciones públicas podrán utilizar, para el desarrollo de la actividad de ejecución en régimen de gestión pública, además de las previstas en esta Ley, todas las formas o modalidades de gestión directa o indirecta admitidas por la legislación de régimen jurídico y contratación de las Administraciones públicas y de régimen local.**

Estableciendo dos regulaciones en función de su gestión directa o indirecta:

a) Ejecución directa: en cualquier caso, se **realizarán necesariamente de forma directa:**

- a) La tramitación y aprobación de los instrumentos de planeamiento y los de ejecución de éstos.
- b) Las actuaciones que impliquen el ejercicio de potestades de policía, intervención, inspección, sanción y expropiación.

Haciendo, sin embargo, la precisión de que sin perjuicio de lo anterior, las sociedades mercantiles de capital íntegramente público en ningún caso podrán realizar actividades que impliquen el ejercicio de autoridad.

En concreto, y particularmente, **las Administraciones públicas podrán:**

- a) Asumir la actividad de ejecución y gestión urbanística a través de su organización propia o constituir Gerencias urbanísticas con este objeto, para el mejor desarrollo de las competencias urbanísticas que les correspondan.
- b) **Crear sociedades de capital íntegramente público de duración limitada o por tiempo indefinido para todos o algunos de los fines de:**
 - **redacción, gestión y ejecución de instrumentos de planeamiento,**
 - **consultoría y asistencia técnica,**
 - **prestación de servicios,**
 - **actividad urbanizadora y edificatoria,**
 - **gestión y explotación de las obras resultantes.**
- c) Suscribir, directamente, convenios de colaboración con otras Administraciones, organismos de ellas dependientes o entidades por ellas fundadas o controladas; o constituir, por mutuo acuerdo, consorcios urbanísticos y transferir y delegar competencias propias en otras Administraciones, organismos de ellas dependientes o entidades por ellas fundadas o controladas para el desarrollo de la actividad de ejecución y conforme a la misma legislación a que se refiere el número anterior.

b) Ejecución indirecta: Especialmente, para la gestión indirecta, las Administraciones públicas podrán:

- a) Conceder la actividad de ejecución conforme a las reglas de esta Ley y sobre la base del pertinente pliego de condiciones, en cuyo caso el concesionario podrá asumir la condición de beneficiario en la expropiación.
- b) Crear **sociedades de capital mixto** de duración limitada o por tiempo indefinido para todos o algunos de los fines previstos en la letra b) del número anterior. En estas sociedades la Administración pública habrá de ostentar la participación mayoritaria o, en todo caso, ejercer el control efectivo o la posición decisiva en el funcionamiento de la misma.

➤ El Artículo 92, **incluye a los promotores públicos como sujetos intervinientes en los Convenios interadministrativos de colaboración.**

1. Las Administraciones públicas y sus organismos y entidades dependientes, vinculados o adscritos, los consorcios y las entidades mercantiles creadas por aquéllas o cualesquiera de éstos podrán suscribir convenios de colaboración, en los términos autorizados por la legislación de régimen jurídico de las Administraciones públicas y de régimen local y por esta Ley.

2. En el marco de lo establecido en el artículo 4 de esta Ley, los convenios a que se refiere el número anterior podrán tener por objeto, además de la contribución al sostenimiento económico de órganos u organismos de ámbito comarcal o

supramunicipal para la prestación de asistencia técnica y administrativa a los Municipios en materia de ordenación urbanística, todos o algunos de los siguientes fines:

- a) Redacción, gestión y ejecución del planeamiento.
- b) Consultoría y asistencia técnica.
- c) Prestación de servicios.
- d) Actividad urbanizadora y edificatoria, gestión y explotación de las obras resultantes.

➤ Artículo 95. Convenios urbanísticos de gestión.

1. La Administración de la Junta de Andalucía y los Municipios, así como las entidades públicas adscritas o dependientes de una y otros y los consorcios creados por tales Administraciones, podrán suscribir en el ámbito de sus competencias y conjunta o separadamente, convenios con personas públicas y privadas, tengan éstas o no la condición de propietarios de los terrenos afectados, para determinar las condiciones y los términos de la gestión y ejecución del planeamiento urbanístico en vigor en el momento de la celebración del convenio.

Además, el Proyecto potencia los distintos instrumentos de intervención en el mercado del suelo que contempla en su Título III ("Los instrumentos de intervención en el mercado del suelo"), con el objeto de habilitar terrenos para una adecuada oferta de vivienda protegida.

Ya en Preámbulo de la ley, al analizar el Título III se reseña la especial finalidad del patrimonio municipal del suelo destinado a habilitar suelo para vivienda protegida. Así, se indica:

"Se mantiene su regulación actual como patrimonio separado, si bien su **gestión puede ser atribuida a entidades dependientes de la Administración** responsable; se flexibiliza la composición de los bienes integrantes del patrimonio público **para que, junto a su primigenia función de poner en el mercado suelo para vivienda con algún régimen de protección y otros usos de interés público, puedan contribuir globalmente a dotar a las Administraciones Públicas de recursos para la actuación pública urbanística, debiendo ser destacado su papel en la mejora de la ciudad, en su sentido más amplio**".

Junto a esta previsión general, contiene distintas **previsiones específicas para los promotores públicos**, que analizaremos:

- **El Artículo 69**, que regula las distintas "Clases y constitución de los patrimonios públicos de suelo", determina que tanto la Administración de la Junta de Andalucía y los Municipios deben constituir, mantener y gestionar el Patrimonio Autonómico de Suelo y el Patrimonio Municipal de Suelo, respectivamente, con cualquiera de las siguientes finalidades:

- a) Conseguir una intervención pública en el mercado de suelo de entidad suficiente para incidir eficazmente en la formación de los precios.
 - b) Garantizar una **oferta de suelo suficiente con destino a la ejecución de viviendas en régimen de protección o que comporten un precio limitado en venta o alquiler.**
- **El Artículo 75** ("Destino de los bienes integrantes de los patrimonios públicos de suelo") obliga a que los terrenos y construcciones que integren los patrimonios públicos de suelo sean destinados, de acuerdo con su calificación urbanística, a:
 - a) **Viviendas sujetas a algún régimen de protección pública** o que comporten un precio limitado en venta o alquiler.
 - b) Usos declarados de interés público, bien por disposición normativa previa o el planeamiento, bien por decisión del órgano competente de la Administración que corresponda.
 - c) Cualesquiera de los usos, incluso lucrativos, admitidos por el planeamiento, cuando así sea conveniente para la ejecución de éste, tal destino redunde en una mejor gestión del correspondiente patrimonio público y así se declare motivadamente por la Administración titular por su interés público o social.
 - Este mismo **Artículo 75** en su párrafo segundo, en virtud del principio de subrogación real, establece que los ingresos, así como los recursos derivados de la propia gestión de los patrimonios públicos de suelo se destinarán a:
 - a) La conservación, mejora, ampliación, urbanización y, en general, gestión urbanística de los propios bienes del correspondiente patrimonio público de suelo.
 - b) Con carácter preferente, **la adquisición de suelo destinado a viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o que comporten un precio limitado en venta o alquiler.**
 - c) **La promoción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o que comporten un precio limitado en venta o alquiler.**
 - d) La ejecución de Actuaciones públicas o el fomento de actuaciones privadas, previstas en el planeamiento, para la mejora, conservación y rehabilitación de zonas degradadas o de edificaciones en la ciudad consolidada.

10.2.- ASTURIAS

La **LEY del Principado de Asturias 3/2002, de 19 de abril, de régimen del suelo y ordenación urbanística**, ya en su preámbulo establece una clara referencia a las sociedades urbanísticas al indicar:

"En la regulación de esos sistemas de actuación se armonizan adecuadamente tres principios: la concepción del urbanismo como función pública, que exige otorgar a la Administración los instrumentos necesarios para asegurar la rápida urbanización del suelo, el respeto al derecho de propiedad, que obliga a conceder a sus titulares la facultad de asumir la urbanización del suelo, con sus cargas y beneficios, y la colaboración de terceros que podrán ser llamados a esta tarea cuando los propietarios no la asuman, sin que la pasividad o la negativa de los propietarios puedan impedir la urbanización o retrasarla hasta hacerla inútil para satisfacer las necesidades sociales de viviendas, dotaciones y equipamientos urbanísticos. De esta forma, la urbanización de los sectores de suelo urbanizable prioritario debe ejecutarse en los plazos máximos fijados en esta Ley. Los propietarios del suelo tienen la facultad de unirse y asumir la condición de urbanizador con preferencia a cualquier otro sujeto. Vencido el plazo que se les concede para ejercer esa facultad, **la Administración podrá asumir la urbanización o buscar otro sujeto que la lleve a cabo, sujeto que puede ser una sociedad urbanística pública** o bien un particular seleccionado por la Administración".

El nuevo 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.

Destaca del mismo la amplia regulación que realiza de las sociedades urbanísticas,

Con carácter general el **artículo 6** (Función pública y formas de gestión urbanística), establece que la actividad urbanística constituye una función pública cuya titularidad y responsabilidad corresponden a la Administración del Principado de Asturias y a las entidades locales.

Prevé específicamente que las actuaciones urbanísticas en general y en especial las relativas a la urbanización, edificación y rehabilitación, y las de mera gestión, así como las materiales y técnicas podrán desarrollarse directamente por la Administración actuante o a través de sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca total o mayoritariamente a la Administración actuante, o indirectamente mediante la colaboración de entidades privadas o particulares, sean o no propietarios de suelo.

No obstante ello, de acuerdo con la doctrina legal tradicional, sustrae a estas sociedades las actuaciones que impliquen ejercicio de autoridad. En concreto indica que, en todo caso, se realizarán necesariamente en régimen de derecho público y de forma directa:

- a) La tramitación y aprobación de los instrumentos de planeamiento y los de ejecución de éstos.
- b) Las actuaciones que impliquen el ejercicio de potestades de policía, intervención, inspección, protección de la legalidad, sanción y expropiación.

De forma concreta y específica, regula ampliamente el estatuto de las sociedades urbanística en el **artículo 13**, que bajo es epígrafe "Sociedades urbanísticas" indica:

1. El Principado de Asturias, las entidades locales y las entidades jurídico-públicas dependientes de uno y otras, podrán constituir por sí solas, entre sí o con otras personas, sociedades urbanísticas mercantiles para el estudio, desarrollo, gestión, promoción y ejecución del planeamiento urbanístico y de cualesquiera de los contenidos de la actividad urbanística de las Administraciones que la constituyan y que no impliquen el ejercicio de autoridad.
2. El acuerdo de creación, así como en su caso el de participación en la sociedad o sociedades que se hallen constituidas, se regirá por la legislación que a cada entidad le sea aplicable.

Las aportaciones sociales podrán hacerse en efectivo o en cualquier clase de bienes y derechos valorables económicamente. La sociedad urbanística revestirá siempre la forma de sociedad anónima.

3. Podrá particularmente encomendarse a las sociedades constituidas o participadas por las Administraciones urbanísticas:
 - a) La elaboración y redacción de planeamiento de desarrollo, proyectos de urbanización y cualesquiera informes, estudios y asistencia técnica de contenido urbanístico.
 - b) La promoción, gestión y ejecución de actuaciones urbanísticas y urbanizaciones con independencia del sistema que se adopte para la ejecución del planeamiento, sin que sea necesaria en todo caso la transmisión o aportación de terrenos o aprovechamientos. Si la Administración urbanística actuante optara por aportar o transmitir a la sociedad los terrenos o aprovechamientos urbanísticos de que sea propietaria y resulten afectados por la actuación urbanística encomendada, esta aportación o transmisión podrá ser en pleno dominio o limitarse al derecho de superficie, o a otro u otros derechos reales existentes o constituidos al efecto.
 - c) La gestión, promoción y ejecución del patrimonio público de suelo, conforme al destino que le es propio. A tal efecto, la sociedad podrá asumir titularidades fiduciarias de disposición, correspondiendo las dominicales a la Administración o entidad local de que se trate.
 - d) La gestión de las expropiaciones para la ejecución de planeamiento u obras determinadas.

Para la realización del objeto social, 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 directamente 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 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.
- Ejercitar la gestión de los servicios implantados, hasta que sean formalmente asumidos por el organismo competente.
- Actuar como entidad instrumental de la Administración urbanística, o como entidad puramente privada en las actuaciones de que se trate y en concurrencia plena con terceros.
- Ser beneficiaria de las expropiaciones urbanísticas que deban realizarse en desarrollo de su actividad.

Por último se establecen dos **criterios de actuación**, que dejan bien claros los criterios tanto en relación de la administración actuante con la sociedad como de ésta con terceros:

- Relaciones Administración / Sociedad: Cuando se trate de sociedades urbanísticas de capital íntegra o mayoritariamente público, no se requerirá licitación para que por parte del Principado de Asturias, entidades locales y entidades jurídicopúblicas que formen parte de ellas, se les asignen las encomiendas relacionadas, así como tampoco para el encargo de tareas o cometidos propios de la actividad urbanística que, aun desarrollándose en régimen de derecho privado, fuera propia de la competencia en esa materia de la Administración encomendante.

El contenido y alcance de la encomienda o encargo habrá de formalizarse en convenio al efecto, en el que la sociedad tendrá la consideración de ente instrumental de la Administración en cuestión.

- **Relaciones Sociedades / Terceros**: La ejecución de obras se adjudicará por la sociedad con sometimiento a los principios de publicidad y concurrencia, sin que, en ningún caso, pueda dicha sociedad ejecutarlas directamente.

Por último en relación a los instrumentos de intervención pública en el mercado del suelo, también establece un amplio campo de actuación para las sociedades públicas; los analizaremos:

- En relación a los Patrimonios públicos de suelos indica que los bienes de los mismos podrán ser:
 - a) Enajenados, con arreglo a los procedimientos de concurso o de subasta. El uso de los terrenos enajenados quedará afectado a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, siempre que el valor del aprovechamiento que tenga atribuido el terreno lo haga viable. En caso contrario, la afectación lo sería a la construcción de edificios de servicio público que requieran un emplazamiento determinado sin propósito especulativo, como centros culturales, sanitarios o instalaciones deportivas. En caso de subasta, el

tipo de licitación será el valor que tenga atribuido el terreno, determinado de conformidad con la legislación estatal o, si excediere de éste, el que resulte de sumar al importe de adquisición la parte proporcional de las obras y servicios establecidos, gastos complementarios de gestión o preparación, alojamiento para familias o empresas radicadas e indemnizaciones satisfechas. Si la subasta quedare desierta, la Administración podrá enajenar directamente dentro del plazo máximo de un año, con arreglo al precio tipo de licitación y estableciendo la obligación de comenzar la edificación en el plazo de seis meses y terminarla en otro adecuado a la importancia de la misma.

- b) Cedidos gratuitamente o por precio fijado para el fomento de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública o la realización de programas de conservación o mejora medioambiental, bien a cualquiera de las otras Administraciones públicas o a entidades públicas mediante convenio suscrito a tal fin, bien a entidades cooperativas, incluso en proceso de formación en la forma que se determine reglamentariamente, o de carácter benéfico o social sin ánimo de lucro mediante concurso.
 - c) Cedidos gratuitamente mediante convenio suscrito a tal fin a cualesquiera de las restantes Administraciones públicas, o de las entidades públicas de ellas dependientes o adscritas, para la ejecución de equipamientos públicos o de otras instalaciones de utilidad pública o interés social.
- Además de ello, el **artículo 226** permite a las sociedades urbanísticas constituir el derecho de superficie sobre terrenos de su propiedad o integrantes de patrimonios públicos de suelo cuya gestión les corresponda, con destino a la construcción de viviendas con protección pública o a otros usos de interés social previstos en el planeamiento urbanístico o vinculados a su ejecución.

10.3.- CANARIAS

Interesa destacar de la Comunidad Canaria, tanto la normativa urbanística constituida fundamentalmente por el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el "Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias"; así como la Disposición Adicional 2ª de la 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"

➤ **Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el "Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias".**

El Presente Decreto Legislativo sigue la línea de la normativa estatal, si bien esta última debe ser aplicada supletoriamente al no agotar toda la regulación la autonómica. En concreto son distintos los artículos de dicho Decreto Legislativo en el que se regulan tanto las sociedades urbanísticas como la cesión de patrimonios municipales de suelo. Los analizaremos:

En relación con la **constitución de sociedades urbanísticas** y su finalidad, el **artículo 92** "Gestión propia y en régimen de cooperación", establece que:

1. La Administración de la Comunidad Autónoma, los Cabildos Insulares y los **Ayuntamientos podrán utilizar, para la gestión de la actividad de ejecución que sea de su respectiva competencia, todas las formas o modalidades admitidas por la legislación de régimen jurídico y de contratación de las Administraciones públicas y de régimen local.** Todas ellas están habilitadas para crear organismos autónomos de carácter gerencial y **entidades mercantiles de capital íntegramente público o mixto**, de duración limitada o por tiempo indefinido y con carácter general o sólo para determinadas actuaciones.

En particular, **podrán crear sociedades** según la normativa mercantil vigente para alguno de los **finés siguientes**:

- a) Redacción, gestión y ejecución del planeamiento.**
- b) Consultoría y asistencia técnica.**
- c) Prestación de servicios.**
- d) Actividad urbanizadora, ejecución de equipamientos, gestión y explotación de las obras resultantes.**

En ningún caso podrán las sociedades a que se refiere el párrafo anterior proceder directamente a la ejecución material de las obras.

2. Para el **desarrollo cooperativo** de la actividad de ejecución y conforme a la misma legislación a que se refiere el número anterior, las Administraciones Públicas podrán, además:
 - a) Constituir consorcios, transfiriéndoles competencias.
 - b) Delegar competencias propias en otras Administraciones, organismos de ellas dependientes o entidades por ellas fundadas o controladas.
 - c) Utilizar órganos de otras Administraciones o de los organismos dependientes o adscritos a ellas para la realización de tareas precisas para el ejercicio de competencias propias.
 - d) **Encomendar directamente la realización de las tareas mencionadas en el número 1 y, en general, las materiales, técnicas o de gestión a sociedades creadas por ellas mismas** o cualesquiera de las otras Administraciones mencionadas en dicho número.
3. Las Administraciones públicas y sus organismos dependientes o adscritos, los consorcios y las entidades mercantiles creadas por aquéllas o cualesquiera de éstos podrán suscribir convenios, con fines de colaboración, en los términos autorizados por la legislación de régimen jurídico de las Administraciones públicas y de régimen local.

En cuanto a la regulación de los **Patrimonios públicos de suelo**, merecen destacarse los siguientes preceptos:

- **Artículo 74.-** Constitución, naturaleza, gestión y bienes integrantes.

La Administración de la Comunidad Autónoma, las Islas y los Municipios deberán **constituir** sus respectivos patrimonios públicos de suelo **con la finalidad de** crear reservas de suelo para actuaciones públicas de carácter urbanístico, residencial o ambiental y de **facilitar la ejecución del planeamiento.**

- **Artículo 76.-** Destino de los bienes integrantes de los patrimonios públicos de suelo.

Los bienes integrantes de los patrimonios públicos de suelo, una vez incorporados al proceso urbanizador o edificatorio, se destinarán, atendiendo a la propia naturaleza del bien y de conformidad con las técnicas y los procedimientos establecidos en este Texto Refundido, a cualquiera de los siguientes fines:

- a) **Viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.**
- b) Conservación o mejora del medio ambiente.
- c) Actuaciones públicas dotacionales, sistemas generales u otras actividades de interés social.
- d) Conservación y ampliación de dichos patrimonios.
- e) **A la propia planificación y gestión territoriales y urbanísticas,** en especial al pago en especie, mediante permuta, de los terrenos obtenidos por ocupación directa de suelo destinado a sistemas generales.

- **Artículo 77.-** Enajenación de los bienes de los patrimonios públicos de suelo.

1. Los bienes de los patrimonios públicos de suelo podrán ser:

- a) Enajenados mediante cualquiera de los procedimientos de adjudicación de contratos previstos en la legislación reguladora de los contratos de las Administraciones públicas. El precio a satisfacer por el adjudicatario no podrá ser nunca inferior al que corresponda de la aplicación de los criterios establecidos en la legislación general sobre régimen del suelo y valoraciones al aprovechamiento urbanístico que tenga ya atribuido el terreno.
- b) **Cedidos gratuitamente o por precio fijado para el fomento de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública o la realización de programas de conservación o mejora medioambiental, bien a cualquiera de las otras Administraciones públicas territoriales o a entidades públicas mediante convenio suscrito a tal fin,** bien a entidades cooperativas o de carácter benéfico o social sin ánimo de lucro mediante concurso.
- c) Cedidos gratuitamente, mediante convenio suscrito a tal fin, a cualquiera de las restantes Administraciones territoriales o de las entidades públicas de ellas dependientes o adscritas, para la ejecución de dotaciones o de otras instalaciones de utilidad pública o interés social.

➤ **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."

10.4.- CANTABRIA

La Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo en Cantabria, contiene varias referencias a las sociedades urbanísticas municipales.

Con carácter general en su artículo 118, "competencias y entes de gestión" establece que la ejecución de los Planes de Ordenación Urbana corresponde a los Municipios, sin perjuicio de la participación de los particulares, en los términos establecidos en la presente Ley. Para su ejercicio los Municipios podrán constituir al efecto entes de naturaleza pública o privada para la ejecución del planeamiento correspondiente, así como agruparse con otros y constituir entes conjuntos en los términos previstos en la legislación de régimen local.

Para facilitar la actuación de dichas sociedades el artículo 236 permite que los Ayuntamientos, la Comunidad Autónoma y sus respectivas entidades instrumentales, incluidas las sociedades de capital público, puedan permutar o transmitirse directamente, incluso a título gratuito, terrenos de los respectivos patrimonios del suelo con los siguientes fines:

- Promoción pública de viviendas.
- Construcción de equipamientos comunitarios.
- Realización de instalaciones o edificaciones de uso público e interés social.

Iguales previsiones, por remisión al referido artículo, contiene el artículo 238 en relación al Patrimonio regional del suelo.

10.5.- CASTILLA Y LEÓN

Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo, se refiere a las sociedades urbanísticas en distintos apartados, pudiendo destacar los siguientes:

- a) Considerando que las sociedades son entidades de gestión urbanística. Así de acuerdo con el artículo 67: "Las Administraciones públicas y las entidades de Derecho público dependientes de ellas, bien directamente o mediante la constitución de mancomunidades, gerencias, consorcios y sociedades mercantiles para la gestión urbanística, conforme a lo dispuesto en su legislación reguladora. A los consorcios y sociedades mercantiles podrán incorporarse los particulares y las entidades de Derecho privado.
- b) Permitiendo que la gestión de los patrimonios públicos de suelo pueda ejercerse directamente por su Administración titular, o encomendarse a otras Administraciones públicas, entidades de Derecho público dependientes de ellas o a mancomunidades, consorcios o sociedades urbanísticas.

En desarrollo de dicha Ley, el Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, desarrolla 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.

Analizaremos aquellos aspectos destacados del mismo.

Artículo 191.- Sujetos intervinientes en la gestión urbanística.

Son sujetos intervinientes en la gestión urbanística:

- a) Las Administraciones públicas y las entidades dependientes de las mismas, así como las mancomunidades, consorcios, gerencias **y sociedades mercantiles** que incluyan entre sus fines la gestión urbanística.

La regulación específica de las sociedades urbanísticas se determina en el Título VI "Organización y coordinación administrativa".

Con carácter general, reconoce expresamente a las sociedades instrumentos constituidos para la gestión amplia del urbanismo, tanto a nivel local como autonómico.

- A nivel local, el **artículo 400** "Entidades y órganos urbanísticos de la Administración local" indica que los Municipios, las Diputaciones Provinciales y en

general las entidades dependientes de la Administración local pueden emplear, para la gestión de sus competencias urbanísticas, todas las formas previstas en la legislación sobre régimen local, régimen jurídico y contratación administrativa, tales como:

- a) La constitución de gerencias de urbanismo.
 - b) El establecimiento de las formas de colaboración con otras entidades de Derecho público y con los particulares que resulten más convenientes para la gestión de sus competencias, incluida la constitución de mancomunidades, consorcios y sociedades mercantiles de capital íntegramente público o de economía mixta.
 - c) La encomienda de la ejecución material de actividades de su competencia a otras Administraciones públicas, a entidades dependientes de las mismas, o a mancomunidades, consorcios o sociedades urbanísticas constituidos con dicha finalidad.
 - d) La delegación de competencias en otras Administraciones públicas o en entidades dependientes de las mismas.
- A nivel de Comunidad Autónoma el **artículo 401** (Órganos urbanísticos de la Administración de la Comunidad Autónoma) indica que la Administración de la Comunidad Autónoma puede emplear, para la gestión de sus competencias urbanísticas, todas las formas previstas en la legislación sobre régimen jurídico y contratación administrativa, así como en su normativa específica, tales como:
- a) El establecimiento de las formas de colaboración con otras entidades de Derecho público y con los particulares que resulten más convenientes para la gestión de sus competencias, incluida la constitución de consorcios y de sociedades mercantiles de capital íntegramente público o de economía mixta.
 - b) La encomienda de la ejecución material de actividades de su competencia a otras Administraciones públicas, a entidades dependientes de las mismas, o a mancomunidades, consorcios o sociedades urbanísticas constituidos con dicha finalidad.
 - c) La delegación de competencias en otras Administraciones públicas o en entidades dependientes de las mismas.

La regulación específica de las sociedades urbanísticas se realiza en el artículo **407 ("Sociedades urbanísticas")** que 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.

El objeto de las mismas será la realización de actividades urbanísticas que no impliquen ejercicio de autoridad, incluidas:

a) El ejercicio y la gestión de todas o algunas de las competencias de sus entidades partícipes, de entre las citadas en el artículo 404. Este artículo determina las siguientes:

- La programación, elaboración, ejecución, seguimiento y coordinación de instrumentos de ordenación del territorio, planeamiento y gestión urbanística.
- El apoyo y asesoramiento en materia de urbanismo, incluida la elaboración de informes técnicos y jurídicos previos a la adopción de acuerdos administrativos.
- La planificación, ejecución, gestión y conservación de los sistemas generales y demás dotaciones urbanísticas públicas.
- La gestión de expropiaciones previamente acordadas por la Administración competente, incluso asumiendo la condición de beneficiario de la expropiación.
- La liquidación y recaudación unificada de tributos u otras prestaciones patrimoniales de Derecho público relacionados con las competencias gestionadas.

b) La gestión, con titularidad fiduciaria de disposición, de los bienes de los patrimonios públicos de suelo de sus entidades partícipes, conservando éstas la titularidad dominical.

c) La gestión de actuaciones urbanísticas, tanto aisladas como integradas, pudiendo asumir la condición de urbanizador, ejecutar y mantener la urbanización, así como promover y construir viviendas con protección pública.

d) La gestión y explotación de concesiones de servicios.

Las sociedades urbanísticas deben actuar en régimen de concurrencia con la empresa privada, salvo cuando sus entidades partícipes les encomienden la realización de alguna de las actividades citadas en el apartado anterior.

Cuando las sociedades urbanísticas asuman la condición de urbanizador de una actuación urbanística:

a) Sus Entidades partícipes pueden:

- Transmitir a las sociedades o aportar como participación social en las mismas sus terrenos y derechos de aprovechamiento que resulten afectados, tanto en pleno dominio como mediante la constitución del derecho de superficie.
- Ofrecer a los propietarios afectados la suscripción, sin licitación pública, de una parte del capital de las sociedades, a distribuir entre los que acepten participar en proporción al aprovechamiento que les corresponda.

b) Las propias sociedades pueden por sí mismas:

- Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, en orden a la mejor gestión de la actuación urbanística.
- Suscribir convenios con las Administraciones públicas con competencias sobre el ámbito de la actuación urbanística.
- Gestionar y conservar los sistemas generales y demás dotaciones urbanísticas públicas ejecutadas, hasta que sean recibidos por el Ayuntamiento.
- 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.

10.6.- CATALUÑA

La nueva ley catalana, la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de "Urbanismo", regula de forma amplia y precisa las sociedades urbanísticas, dándole amplias facultades de actuación, llegando a ser consideradas como administraciones actuantes.

Ya el propio Preámbulo establece que la Ley aborda el papel de las entidades urbanísticas especiales, naturaleza que tienen el Instituto Catalán del Suelo, los consorcios urbanísticos y las **empresas municipales** de capital totalmente público que así se configuren, y prevé especialmente que dichas entidades pueden tener la condición de administración actuante en los casos regulados por la Ley, con los derechos y deberes inherentes a dicha condición. Es preciso subrayar también la previsión de auditorías, con la finalidad de mejorar la capacidad de gestión de las administraciones con competencias urbanísticas.

Además de esta declaración genérica, se establecen las siguientes determinaciones en **materia de planeamiento y gestión urbanística:**

1. El **artículo 8**, establece que la gestión urbanística puede encargarse tanto a la iniciativa privada como a organismos de carácter público y a entidades, sociedades o empresas mixtas.
2. En relación a las entidades urbanísticas especiales, el **artículo 22**, establece la conceptualización al INCASOL al indicar que: el Instituto Catalán del Suelo es una entidad urbanística especial de la Generalidad. También son entidades urbanísticas especiales los consorcios urbanísticos y las sociedades de capital íntegramente público de carácter local, si se configuran como tales al constituirse.

3. El **artículo 23** establece que tienen la condición de administración actuante:

- El Instituto Catalán del Suelo, si lo determina el planeamiento urbanístico, en virtud del artículo 136.3 y en los casos en los que la Administración de la Generalidad se subroga en las competencias urbanísticas municipales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 152.2.
- Los consorcios urbanísticos y las sociedades de capital íntegramente público de carácter local, si lo determina un acuerdo expreso del Ayuntamiento, que ha de someterse a la publicidad requerida para la ejecutividad del instrumento urbanístico de planeamiento o de gestión de que se trate.

Las entidades urbanísticas especiales, si operan como administración actuante, pueden formular cualquier figura de planeamiento urbanístico, formular, tramitar y aprobar definitivamente los correspondientes instrumentos de gestión, realizar el seguimiento de la gestión de los particulares o bien ejecutar el planeamiento directa o indirectamente, así como, en el caso de los consorcios urbanísticos, si lo determinan sus estatutos, tramitar las figuras del planeamiento.

Dando un paso más, el nº 3º permite que el Instituto Catalán del Suelo, los consorcios urbanísticos y las sociedades de capital íntegramente público de carácter local (estos últimos si lo decide el Ayuntamiento), si operan como administración actuante, tienen derecho a recibir el suelo de cesión obligatoria y gratuita correspondiente al porcentaje aplicable sobre el aprovechamiento urbanístico del correspondiente ámbito de actuación.

4. El **artículo 149**, en la gestión por expropiación, permite al Ayuntamiento competente cumplir la actividad de ejecución del planeamiento mediante la gestión a través de una entidad de derecho público o una sociedad privada de capital íntegro del Ayuntamiento.

En relación a la **cesión de terrenos integrantes del patrimonio público de suelo**, el **artículo 161** permite que la enajenación pueda hacerse directamente a favor de la entidad urbanística especial de la administración territorial titular, así como en los siguientes casos:

- a) Si se destinan a entidades de carácter benéfico y social y a promotores públicos para construir viviendas protegidas.
- b) Si se destinan a personas con niveles de ingresos bajos, en operaciones de conjunto aprobadas por la administración competente.
- c) Si la licitación pública queda desierta o bien fallida por incumplimiento de las obligaciones de los adjudicatarios, en el plazo de un año, siempre que los adquirentes asuman las mismas obligaciones.

10.7.- EXTREMADURA

La LEY 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial apuesta decididamente por la gestión del suelo mediante las sociedades urbanísticas, estableciendo como objetivo programático en su Exposición de Motivos, en relación con la

Intervención pública activa en el mercado de suelo y vivienda ("intervención gestora" como denomina), regulando la constitución de empresas públicas, o de sociedades mercantiles de capital público, o de economía mixta con la finalidad de la promoción de cualesquiera edificaciones y urbanizaciones, en desarrollo de sus competencias sectoriales propias o en el marco de los convenios interadministrativos de colaboración suscritos a tal fin, en constitución y a través de, en su caso, consorcios urbanísticos, con el objetivo señalado de intervención directa de la Administración en el mercado inmobiliario sobre bases explícitas de interés general.

A lo largo de su articulado, dichos principios se concretan en las siguientes disposiciones:

a) Creación de sociedades mercantiles.

En un sentido amplio, el artículo 113 autoriza a la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y los Municipios podrán utilizar, para la gestión directa de la actividad de ejecución que sea de su respectiva competencia, todas las formas o modalidades admitidas por la legislación de régimen jurídico y de contratación de las Administraciones públicas y de régimen local.

Todas estas administraciones estarán habilitadas para crear Organismos Autónomos de carácter gerencial y entidades mercantiles con las siguientes características:

- **Pueden ser de capital íntegramente público, de duración limitada o por tiempo indefinido.**
- **Constituidas con carácter general o sólo para determinadas actuaciones.**
- **Con alguno o todos de los siguientes objetos:**
 - **Redacción, gestión y ejecución del planeamiento.**
 - **Consultoría y asistencia técnica.**
 - **Prestación de servicios.**
 - **Actividad urbanizadora, ejecución de equipamientos, gestión y explotación de las obras resultantes.**

b) Convenios interadministrativos de colaboración.

Se autoriza a que estas empresas públicas y las Administraciones públicas que las han creado, sus organismos dependientes o adscritos y los consorcios o cualesquiera de éstos puedan suscribir convenios, con fines de colaboración, en los términos autorizados por la legislación de régimen jurídico de las Administraciones públicas y de régimen local.

c) Cesión gratuita de bienes de los patrimonios públicos de suelo.

Las Administraciones Públicas territoriales y sus entidades o empresas públicas podrán cederse gratuitamente o por precio fijado, directamente o mediante convenio suscrito a tal fin, bienes de los patrimonios públicos de suelo.

La finalidad de dichas cesiones las establece el artículo 93 de la Ley, en concreto:

- Construcción de viviendas u otros usos de interés social sujetos a algún régimen de protección pública.
- Establecimiento de usos declarados de interés público, bien por disposición normativa previa o de los planes de ordenación urbanística, bien por decisión de la Junta de Extremadura o del Ayuntamiento Pleno.

Cuando se trate de terrenos que no tengan aún la condición de solar, la cesión se hará con la condición de la previa o simultánea urbanización, incluido el cumplimiento de los deberes de cesión y equidistribución que correspondan.

La cesión fijará plazos máximos para la ejecución de las obras de urbanización, en su caso, y de edificación.

10.8.- GALICIA

La Ley del Suelo de Galicia 9/2002, de 30 diciembre, regula a las sociedades urbanísticas, destacando, en su **artículo 4 (Dirección de la actividad urbanística)** que la gestión de la actividad urbanística puede desarrollarse directamente por aquélla o a través de las formas previstas por esta ley y de las autorizadas por la legislación reguladora de la Administración actuante. En todo caso, las facultades que impliquen el ejercicio de autoridad sólo podrán desarrollarse a través de una forma de gestión directa y en régimen de derecho público.

El artículo 123 de forma específica bajo el título "Sociedades mercantiles para la ejecución del planeamiento", establece que:

- 1.- Las entidades locales y demás administraciones públicas podrán constituir sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegra o parcialmente a las mismas, con arreglo a la legislación aplicable, para la ejecución de los planes de ordenación.
- 2.- La Administración podrá ofrecer la suscripción de una parte del capital de la sociedad a constituir a todos los propietarios afectados sin licitación. La distribución de dicha parte del capital entre los propietarios que aceptasen participar en la sociedad se hará en proporción a la superficie de sus terrenos.

10.9.- LA RIOJA

La LEY 10/98, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo **establece en su** artículo 108 (Sociedades urbanísticas) que las Entidades locales y demás Administraciones públicas, podrán constituir sociedades mercantiles de capital íntegramente público o mixtas para la realización de actividades urbanísticas que no impliquen ejercicio de autoridad, en especial la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública.

En el caso de tratarse de empresas mixtas se podrá ofrecer sin licitación, la suscripción de una parte del capital de la sociedad a constituir, a todos los propietarios afectados. La distribución de la parte del capital entre los que acepten participar en la sociedad se hará en proporción a la superficie de sus terrenos.

Para que en su actividad puedan disponer del suelo necesario para su actividad, el artículo 171 permite a los Ayuntamientos, la Comunidad Autónoma y sus respectivas Entidades instrumentales, incluidas las sociedades anónimas con capital mayoritariamente público, poder permutar o transmitirse directamente y a título gratuito u oneroso terrenos, de naturaleza patrimonial e incluso del patrimonio municipal o autonómico del suelo.

Los fines a que deben ser destinados dichos bienes se concretan en:

- La promoción pública de viviendas.
- Construcción de equipamiento comunitario.
- Realización de instalaciones o edificaciones de uso público o interés social.

10.10.- MADRID

La Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid, establece que la Administración de la Comunidad de Madrid y los municipios podrán utilizar, para el desarrollo de la actividad de ejecución que sea de su respectiva competencia, todas las formas o modalidades de gestión admitidas por la legislación de régimen jurídico y de contratación de las Administraciones públicas y de régimen local.

Para el desarrollo cooperativo de la actividad de ejecución, las Administraciones previstas en el número 1 de este artículo podrán, además:

- a) Constituir consorcios, atribuyendo a éstos competencias.
- b) Crear Mancomunidades de municipios para la gestión de servicios urbanísticos.
- c) Delegar competencias propias en otras Administraciones, organismos de ellas dependientes o entidades públicas por ellas fundadas o controladas.
- d) Utilizar órganos de otras Administraciones o de los organismos dependientes o adscritos a ellas para la realización de tareas precisas para el ejercicio de competencias propias.

Específicamente el artículo 75, en relación a las Sociedades urbanísticas, indica que las Administraciones, antes referidas, las entidades públicas de ellas dependientes o a ellas adscritas y los consorcios por ellas creados podrán constituir sociedades mercantiles de capital íntegramente público o mixto con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) Redacción, gestión y ejecución del planeamiento.
- b) Consultoría y asistencia técnica.
- c) Prestación de servicios.
- d) Actividad urbanizadora, ejecución de equipamientos, gestión y explotación de las obras resultantes.

En ningún caso podrán estas sociedades urbanísticas a que se refiere el número anterior proceder directamente a la ejecución material de las obras.

Además, el artículo 116, en relación a la gestión del sistema de cooperación, establece que la Administración actuante podrá desarrollarla directamente mediante sociedad mercantil de capital íntegramente público o mixto.

10.11.- MURCIA

La Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia establece una regulación de las más completas en relación con las sociedades urbanísticas, lo que facilitará en gran medida la gestión del suelo y la promoción de viviendas por estas sociedades públicas.

Estas previsiones son las siguientes:

- a) El artículo 6 determina que dentro de las competencias urbanísticas de la Administración en materia de intervención en el mercado de suelo, se encuentran la de promover la constitución de Organismos o empresas públicas para la gestión y ejecución de actividades urbanísticas.
- b) Las facultades urbanísticas de los Ayuntamientos, indica el artículo 14, podrán ser ejercidas a través de sus órganos de gobierno ordinarios o constituir gerencias u otros órganos, sociedades o entidades con este objetivo.
- c) El artículo 157 da un paso más al indicar que las Administraciones Públicas competentes y las entidades de Derecho público dependientes de ellas, podrán constituir mancomunidades, gerencias, consorcios y sociedades mercantiles para la gestión urbanística, conforme a lo dispuesto en su legislación reguladora. A los consorcios y sociedades mercantiles podrán incorporarse los particulares y las entidades de Derecho privado.
- d) Pudiendo estas sociedades, de acuerdo con el artículo 158, para dicha ejecución, suscribir Convenios con otras administraciones o con particulares, con la finalidad de establecer condiciones detalladas para la ejecución del planeamiento urbanístico, o bien para la formulación o modificación de éste.
- e) El artículo 191 establece que podrán actuar como urbanizador, en su condición de beneficiarias de la expropiación, las entidades de Derecho público, consorcios o sociedades urbanísticas a las que se encomiende la actuación.

f) Por último, para facilitar su actuación como urbanizadoras de suelo y promotoras de viviendas, los artículos 200 y 201, prevén que:

- A estas sociedades le puedan ser cedidos gratuitamente bienes de los patrimonios públicos de suelo para la ejecución de dotaciones y equipamientos públicos o para el fomento de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública, o para la realización de programas de conservación o mejora territorial.
- Puedan las sociedades urbanísticas constituir derechos de superficie sobre terrenos de su propiedad, con destino a la construcción de viviendas de naturaleza pública o a otros usos de interés social que prevea el planeamiento urbanístico.

10.12.- NAVARRA

Ley Foral 35/2002, de 20 diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, establece las siguientes previsiones:

Artículo 136. Entidades para la gestión urbanística.

- 1.- Las Administraciones públicas y las entidades de Derecho Público dependientes de ellas podrán constituir mancomunidades, gerencias, consorcios y **sociedades mercantiles para la gestión urbanística**, conforme a lo dispuesto en su legislación reguladora. A los consorcios y sociedades mercantiles podrán incorporarse los particulares y las entidades de Derecho privado.
- 2.- Asimismo, los propietarios afectados por actuaciones urbanizadoras podrán participar en su gestión mediante entidades urbanísticas colaboradoras, dentro del marco de los sistemas de actuación previstos en esta Ley Foral.

En relación al **Patrimonio Público de Suelo**, el **artículo 228** "Gestión", establece que:

1. La urbanización y edificación de los terrenos del patrimonio municipal del suelo, podrá llevarse a cabo por el Ayuntamiento, **bien directamente o bien utilizando cualquiera de las modalidades de gestión más adecuadas para cada caso**, sin perjuicio de su enajenación o cesión conforme a lo previsto en el apartado siguiente.
2. Los bienes integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo podrán ser objeto de transmisión en los términos siguientes:
 - a) **Mediante enajenación por concurso o subasta.** La enajenación se realizará ordinariamente por los procedimientos de concurso o subasta. No obstante, cuando el destino de los bienes sea el de usos comerciales o residenciales de vivienda libre, la enajenación se realizará por subasta pública. Asimismo, se aplicará preferentemente el procedimiento de subasta pública cuando los bienes se destinen a usos industriales.

En la enajenación mediante subasta pública, el tipo de licitación será como mínimo el valor urbanístico, al que se incorporarán los costes proporcionales por planeamiento, urbanización, gestión y cuantos se deriven de las actuaciones administrativas y materiales necesarios para su adecuación, minorado en la depreciación que corresponda según los años transcurridos desde su construcción, pudiendo realizarse mediante la valoración de un técnico experto.

En el caso de que no se produjera adjudicación en la subasta o se declarara desierto el concurso, podrá acordarse excepcionalmente la enajenación directa, siempre que se celebre en las mismas condiciones y por precio no inferior al que haya sido objeto de licitación.

- b) **Mediante enajenación directa** a precio no inferior al valor de los terrenos a entidades de carácter asistencial, social o sindical sin ánimo de lucro, que promuevan la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública y acrediten su experiencia y medios para garantizar la viabilidad de la promoción.
- c) **Mediante cesión a sus entes instrumentales o a otras Administraciones Públicas.** Los Ayuntamientos podrán transmitir a otras Administraciones Públicas, organismos de carácter público o a sus entes instrumentales, directamente e incluso a título gratuito terrenos con fines de promoción pública de viviendas, construcción de equipamiento comunitario u otras instalaciones de uso público o interés social.

10.13.- PAÍS VASCO

Además de la aplicación supletoria de la normativa estatal estudiada, en el País Vasco la ley 20/1998, de 29 de junio, de patrimonios públicos de suelo, contiene distintas precisiones en relación con la intervención de las sociedades instrumentales urbanísticas que facilitan su actuación. Así:

a) Permite la gestión del patrimonio municipal de suelo por entes instrumentales de las administraciones titulares, utilizando la modalidad más adecuada en cada caso (art. 6.1).

b) Les otorga la condición de beneficiarias de las expropiaciones necesarias, cuando gestionen patrimonio municipal de suelo, para alcanzar las finalidades de éste (art. 6.2).

c) Les faculta para obtener cesiones gratuitas del patrimonio municipal de suelo o por debajo de su valor urbanístico, para cualquiera de los fines de dicho patrimonio (art.11).

El destino del patrimonio municipal de suelo, a que se ha hecho referencia, será preferentemente la construcción de viviendas de protección oficial y además los siguientes usos de interés social:

- Adquisición y promoción pública de suelo para actividades económicas.
- Obras de urbanización y ejecución de sistemas generales.
- Construcción de equipamientos colectivos u otras instalaciones de uso público de ámbito municipal, siempre que sean promovidos por las Administraciones públicas o sus sociedades instrumentales.
- Operaciones integradas y aisladas de iniciativa pública de rehabilitación de vivienda o de renovación urbana.
- Rehabilitación del patrimonio histórico y cultural.
- Operaciones de conservación, protección o recuperación del medio físico natural en zonas declaradas de especial protección.

10.14.- COMUNIDAD VALENCIANA

La Ley reguladora de la Actividad Urbanística, siguiendo lo establecido en el TR de 1992, establece que la actividad urbanística en sentido amplio es una función pública.

En este sentido es perfectamente claro el texto de la misma en distintos apartados:

1. El **artículo 1** indica que "la actividad urbanística regulada en la presente Ley es **una función pública** que tiene por objeto la ordenación, la transformación y el control de la utilización del suelo, incluidos su subsuelo y vuelo".
2. El **artículo 7.2** establece que "La ejecución de las Actuaciones Integradas es siempre pública, correspondiendo a la Administración decidir su gestión directa o indirecta. Se considera que una Actuación es de **ejecución directa por la Administración**, cuando la totalidad de las obras e inversiones que comporta son financiadas con fondos públicos y **gestionadas por los órganos o empresas de la Administración**. La gestión es indirecta cuando la Administración delega la condición de agente Urbanizador, adjudicándola en favor de una iniciativa empresarial seleccionada en pública competencia".

De los referidos textos se puede establecer las siguientes conclusiones:

- La actuación urbanística es una actividad pública, lo que implica que será la Administración competente la que dirigirá el urbanismo en sus ámbitos de competencia.
- Será la Administración la que decida si el desarrollo urbanístico lo realiza la propia administración o sus empresas, en cuyo caso se denomina gestión directa, o se deja a la iniciativa de los particulares, denominándose gestión indirecta, seleccionándose el urbanizador en pública concurrencia y sin que sea necesario que se trate de propietario del suelo.

99. Patrimonios públicos de suelo y sociedades urbanizadoras.- 1. Los Ayuntamientos, las entidades locales supramunicipales y la Generalitat, en previsión de la ampliación de sus patrimonios públicos de suelo, podrán reservarse áreas para legitimar en ellas la expropiación de bienes inmuebles, cualquiera que sea su clasificación o calificación urbanística. La reserva, si no estuviera prevista en el Plan General, se efectuará mediante Plan Especial y podrá ser incluso previa a la Programación de los terrenos. Dicha Programación, no obstante, podrá ser instada por los particulares -conforme al artículo 44 y siguientes-, solicitando autorización previa de la Administración titular de la reserva, quien, en su caso, podrá otorgarla con sujeción a las condiciones de interés público que procedan para lograr los fines sociales pretendidos al efectuarla.

2. Dichas Administraciones pueden también delimitar áreas para someter a tanteo y retracto administrativo todos o algunos de los inmuebles ubicados en ellas. La delimitación tendrá por objeto cualquiera de los fines expresados en el artículo 1 y se tramitará aprobando la relación de bienes y derechos afectados que se notificará al Registro de la Propiedad a los efectos legales.
3. Las Administraciones a las que se refieren los números anteriores, pueden promover la construcción de cualesquiera edificaciones y urbanizaciones, constituir o tener la entera propiedad de sociedades dedicadas a ello y, con o sin mediación de éstas, participar en sociedades de economía mixta con igual finalidad.

Las sociedades antes mencionadas, en desarrollo de los Planes y Programas, podrán ser beneficiarias de la expropiación, incluso en supuestos distintos a los previstos en esta Ley para los casos de gestión indirecta, así como beneficiarse de ayudas públicas singulares o del ejercicio, por la Administración, de las potestades reguladas en este artículo o en el 42. Dichos beneficios sólo serán de aplicación bajo estas condiciones:

- A) Que se trate de actuaciones cuyo fin específico y exclusivo sea crear dotaciones públicas, promover suelo urbanizado para atender demandas sociales, o construir viviendas sujetas a algún especial régimen de protección social.
- B) Además, si se otorgan en favor de sociedades con participación de capital privado, éste habrá de constituirse, para actuaciones concretas, en régimen de competencia pública u ofreciéndolo restringidamente, pero en condiciones de igualdad, a los propietarios de inmuebles afectados.
- C) La enajenación de inmuebles que adquieran como beneficiarias del ejercicio de las potestades públicas antes mencionadas, se debe efectuar en condiciones de pública concurrencia y, en caso de venta, asegurar precios o garantías que impidan o dificulten la reventa con sobreprecio o el enriquecimiento injustificado de tercero. La misma regla se observará en la gestión de los patrimonios públicos de suelo.

PATROCINIO:

BBVA