

La gestión de servicios públicos mediante una sociedad de capital íntegramente público y mediante una sociedad mixta*

Francisco Sosa Wagner

Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de León

1. Gestión mediante una sociedad de capital íntegramente público.
 - 1.1. La remisión al Derecho privado. 1.2. Formas societarias. 1.3. Creación. 1.4. Los estatutos. 1.5. Estructura orgánica. 1.6. El problema de la aportación de bienes de dominio público. 1.7. Las previsiones de gastos e ingresos. 1.8. Transformación, fusión, disolución, liquidación y escisión.
2. La gestión directa y el empleo de los recursos propios.
 - 2.1. Carácter de las relaciones. 2.2. Los términos del Derecho positivo. 2.3. Los pronunciamientos jurisprudenciales.
3. La sociedad mixta.
 - 3.1. Las formas societarias y las peculiaridades de régimen jurídico. 3.1.1. Remisión al Derecho privado. 3.1.2. Especialidades en el régimen jurídico privado. 3.2. Formas sociales. 3.3. Vías para participar en una sociedad mercantil. 3.4. La concesión como aportación. 3.5. Posibles privilegios de la entidad como socio y algunas singularidades. 3.6. Especialidades orgánicas. 3.7. Los programas de actuación, inversiones y financiación. 3.8. Transformación, fusión, disolución, régimen de liquidación y escisión.

*Texto de la conferencia impartida en la sesión de 12 de noviembre de 2004 del Seminario de Derecho Local promovido por la Federación de Municipios de Cataluña, el Ayuntamiento de Barcelona, la Diputación de Barcelona, la Escuela

de Administración Pública de Cataluña y el Área Metropolitana de Barcelona-Mancomunidad de Municipios.

1. Gestión mediante una sociedad de capital íntegramente público

1.1. La remisión al Derecho privado

Esta modalidad de gestión exige la creación de una sociedad con financiación y predominio exclusivo de la Administración pública, pero dotada formalmente de autonomía patrimonial y fundacional, y sujeta al Derecho peculiar de las sociedades mercantiles de capital. Son sociedades de único socio, admitidas desde antiguo por la legislación mercantil en el caso de las sociedades participadas por administraciones públicas [o de entes públicos dependientes de las mismas, artículo 85.2.d)] y ahora ya con carácter general por el artículo 14 de la LSA, de donde ha desaparecido la mención a los tres fundadores. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 125 de la LSRL, se considera sociedad unipersonal la constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica, y también a la constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. El carácter unipersonal puede ser de esta forma originario o sobrevenido.

La claridad expositiva exige precisar las normas por las que se rigen este tipo de sociedades, contempladas desde la perspectiva del ordenamiento local. A tal efecto, puede decirse que las fuentes de su regulación hay que buscarlas en: a) los preceptos de la LB [versión de 2003: artículos 85.2.d) y 85 ter]; b) los preceptos del TR (especialmente, su artículo 103.1; el punto 2 ha quedado desplazado por la legislación mercantil); c) los del Reglamento de servicios, aunque debe anotarse la derogación implícita del artículo 93 por el párrafo tercero del nuevo artículo 85 ter; d) las reglamentaciones propias de cada servicio, y e) las leyes mercantiles y, en especial, las relativas a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (Real decreto legislativo de 22 de diciembre de 1989 y Ley de 23 de marzo de 1995). Según el artículo 311 de la LSA, será de aplicación a la sociedad anónima unipersonal lo dispuesto en los artículos 125 a 129 de la LSRL y, por otro lado, la disposición adicional quinta de la LSRL excluye la aplicación de algunas previsiones contenidas en esos preceptos a las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada cuyo capital sea propiedad del Estado, comunidades autónomas o corporaciones locales, o de organismos o entidades de ellos dependientes. A todo ello debe añadirse que puede ser de aplicación a tales sociedades la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación (artículo 85 ter, párrafo primero).

Iremos viendo a lo largo de las páginas subsecuentes estas singularidades, pero anotemos de entrada que la manera cómo las leyes, para aclarar el régimen jurídico de una determinada persona jurídica, han remitido tra-

dicionalmente (y aún hoy) al Derecho público o al privado, así globalmente considerados, es ya claramente insuficiente o, si se prefiere, incorrecta, padeciendo con ello la seguridad jurídica, un valor constitucional de primer orden (artículo 9.3 de la Constitución) que obliga, evitando engañosas remisiones genéricas, a disparar con mejor puntería. Así lo hizo la disposición adicional duodécima de la LOFAGE (Ley 6/1997), que, en relación con las sociedades mercantiles estatales, completó su llamada al ordenamiento jurídico privado salvando en todo caso la aplicación a las mismas de la normativa pública de contratación, presupuestaria, contable y financiera. Una misma organización (un mismo sujeto de derecho) puede desempeñar una "misión" de servicio público junto a otras propias del mercado y ambas son sometidas a un tratamiento contable diferenciado que tiene enormes consecuencias, pues se proyecta sobre el régimen jurídico, público o privado, de sus actividades. Se imponen los matices porque hoy día en el mundo del Derecho y de su aplicación diaria, tal como ocurre en la contemplación de los cuadros surrealistas, lo que se ve de lejos no siempre coincide con lo que se advierte de cerca.

Veamos ahora el problema singular que plantea la relación entre estas sociedades y la Ley de contratos de las administraciones públicas. De acuerdo con lo previsto en su artículo 154.2, las disposiciones del título referido al contrato de gestión de servicios públicos (el segundo del libro segundo) no son aplicables en el caso de creación de una sociedad en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma. Esta exclusión responde al hecho de que, si bien es verdad que al crearse la sociedad se está dando origen a una nueva persona jurídica y se cumple con ello el requisito indispensable para contratar, a saber, el de la existencia de dos personas distintas, es bien cierto asimismo que no tendría sentido la aplicación de reglas como las que se refieren a actuaciones preparatorias, formas de adjudicación o extinción (objeto de los artículos 159 y siguientes), porque la Administración, al recurrir a la creación de una persona jurídica (y esto vale tanto para la pública como para la privada), *no está contratando sino ejerciendo su potestad de organización de los servicios públicos*, que es una de las que definen con mayor nitidez el especial estatus de las administraciones públicas.

En cuanto a las reglas de contratación, se recordará que la tesis mantenida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1973 según la cual el contrato entre una sociedad anónima municipal y un particular para la ejecución de unas obras de urbanización tendría carácter administrativo recibió justamente la crítica de la doctrina porque ello suponía desconocer que la esencia del contrato administrativo radica en las modulaciones que la presencia de una administración

pública incorpora a la relación contractual y porque, además, la generalización de tal tesis supondría lisa y llanamente acabar con la utilización del Derecho privado por las administraciones públicas. Ahora bien, con ser esto cierto, es decir, que los contratos de estas sociedades no son contratos administrativos sino privados, regidos en cuanto a las reglas de fondo por tal ordenamiento, es preciso recordar hoy que, de acuerdo con los criterios que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo está imponiendo, estas sociedades difícilmente podrán esquivar la aplicación de las directivas comunitarias pues cada vez es más claro que, para los jueces europeos, son auténticos poderes adjudicatarios. En tal sentido, son bien significativas, porque se mueven en esa línea, las sentencias de Luxemburgo de 12 de diciembre de 2002 (C-470/99) y la de 17 de septiembre de 2002 (C-513/99).

Por su parte, la regulación de la responsabilidad administrativa tan sólo ha entrado en juego, en principio y como regla general, cuando se ha tratado de sujetos administrativos que han actuado, respecto a la producción del daño, en una situación propia del Derecho administrativo. Ahora bien, la unificación del régimen jurídico y del jurisdiccional propiciada por las leyes de procedimiento y de la jurisdicción contencioso-administrativa [artículo 144, y artículo 2.e), respectivamente] más la doctrina hecha explícita por el Tribunal Supremo, obligan a matizar. Así, por ejemplo, la Sentencia (de la Sala Primera) del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984 se ha atrevido a *levantar el velo* de una sociedad anónima municipal para descubrir detrás a su único socio, un determinado ayuntamiento, y declarar que desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución, se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe, la tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto), se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude, admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno a los derechos de los demás o contra intereses de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad o de un ejercicio antisocial de su derecho. Ello no significa que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos del tercero de buena fe, cuál sea la auténtica y constitutiva personalidad social y económica de la misma, el sustra-

to real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad *ex contractu* o aquiliana.

El personal de estas sociedades es de estatuto laboral y las tarifas, en fin, tienen el carácter de precio o merced sometido a las prescripciones civiles o mercantiles (artículo 155.2 del RS), aunque existen componentes públicos que, en su momento, veremos.

La corporación se reserva, en todo caso, el control de la empresa por la vía del nombramiento de los administradores y por el instrumento que proporciona la censura de cuentas, ya que es obligatoria la formación de una cuenta general en la que deben incluirse las de las sociedades mercantiles de capital íntegramente propiedad de las mismas (artículo 200 y siguientes de la LHL, que contendrán balance de situación, cuenta de explotación, cuadro de financiación anual y otras cuentas de resultados del ejercicio, párrafo tercero del mismo precepto). Esta cuenta se rinde ante la entidad local y se tramitará en la forma que determina el artículo 212 de la LHL: informe de la comisión especial de cuentas, exposición al público y examen de las alegaciones presentadas, aprobación por el Pleno y remisión al Tribunal de Cuentas.

Rige, asimismo, el control financiero y de eficacia a que se refieren los artículos 220 y 221 de la LHL y, por último, el control interno efectuado por la propia empresa de acuerdo con las reglas de verificación contable contenidas en los artículos 203 y siguientes de la LSA y destinadas a examinar los resultados del ejercicio (pérdidas o beneficios), conocer la situación patrimonial de la empresa y, en la medida en que la junta, o sea el Pleno, conoce de todos los documentos que integran las cuentas (a saber, balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria), puede formular un juicio sobre la gestión empresarial, ya que el artículo 95 de la LSA atribuye a la Junta General Ordinaria la competencia para aprobar las cuentas del ejercicio, así como la censura de la gestión social.

Otro instrumento de control que debe quedar aquí apuntado es el de la responsabilidad de los administradores tal como en la actualidad viene definida por los artículos 133 y siguientes de la LSA y al que se hará referencia más adelante.

1.2. Formas societarias

La entidad local puede elegir entre la forma de sociedad anónima o la de responsabilidad limitada, expresamente admitida esta última en la legislación local desde el RS (artículo 89). Conviene tener presente, a la vista de una realidad cada vez más compleja, que sociedades íntegramente públicas son también aquellas cuyo capital social es propiedad de varias entidades públicas (varios ayuntamientos, un ayuntamiento y una diputación, o

ayuntamientos más mancomunidades o área metropolitana), participando estas sociedades por ello de los caracteres de las que ahora son objeto de atención, pero también de las que más adelante nos ocuparán, a saber, las sociedades mixtas. Son sociedades íntegramente públicas, pero no unipersonales (en tal sentido, artículo 38 de la Ley andaluza de 27 de julio de 1993 y artículo 197 de la Ley gallega de 22 de julio de 1997). A los efectos que aquí interesan, creo que tales sociedades se benefician en parte del régimen aplicable a las íntegramente públicas, como ha visto con claridad y exactitud la Ley canaria de 6 de julio de 2001.

Esta complejidad que a menudo se da en la composición del capital social de las empresas tiene una explicación bien clara al ser el resultado de una realidad que tenemos ante nuestros ojos, a saber, la existencia de administraciones públicas muy variadas, según el modelo querido por nuestro ordenamiento constitucional, que atribuye a las distintas esferas públicas diferente grado de responsabilidad y de competencias, lo que ha puesto en pie un reparto de atribuciones de extraordinaria delicadeza.

Es decir, que, en estos casos, la integración del capital social no es sino un reflejo de la complejidad del reparto del poder entre los entes de naturaleza política o las asociaciones entre ellos creadas y, a su vez, de la forma en que esos poderes buscan fórmulas de personificación diferenciadas o, si se prefiere, centros de imputación autónomos de sus cometidos, una tendencia ésta a la que difícilmente se le puede poner término si se tiene en cuenta la complejidad técnica de algunas operaciones (urbanísticas, previsión de infraestructuras, planificación de servicios constantemente renovados, etc.) en que han de embarcarse las administraciones modernas.

Es precisamente la necesidad de dotar de la indispensable coherencia interna a toda esta proliferación de centros de poder y de personas jurídicas lo que ha dado lugar a otorgar un papel central a la *coordinación*, sin duda uno de los grandes desafíos para las administraciones y su cortejo de entes instrumentales. Una de esas formas de la deseable coordinación es precisamente la creación de estas sociedades anónimas que permiten, gracias a la integración plural de su capital social, *coordinar*, es decir, aunar intereses en juego, evitar duplicidades y por ello ahorrar, completar perspectivas diferentes e integrarlas en diseños comunes, servir en suma de crisol donde se funden esfuerzos de muy variado origen y naturaleza. Esfuerzos que son, a su vez, responsabilidades públicas bien definidas.

Todo ello, por cierto, nos permite contemplar el espectáculo de la vieja sociedad anónima que muta, que transforma y renueva su intimidad, dispuesta a afrontar un nuevo capítulo de su historia fecunda. Obsérvese

que, de acuerdo con el panorama trazado, la vieja sociedad íntegramente pública ya sólo en contadas ocasiones podrá pertenecer a una sola Administración por la sencilla razón de que esa propietaria única antigua, ella misma, ha vivido un proceso en virtud del cual se ha descompuesto, formando una constelación de sujetos, unos territoriales y con singularidad política, otros de carácter asociativo, técnico o instrumental. Siguen siendo públicas, íntegramente públicas, pero la composición de su capital social ha de reflejar necesariamente esa compleja –y nueva– realidad. La sencilla dicotomía de las soluciones de hace medio siglo se ha desvanecido. Sin que por ello tenga que padecer necesariamente la seguridad del tráfico jurídico.

1.3. Creación

Este tipo de sociedades es de fundación simultánea (única fórmula para las de responsabilidad limitada), con la corporación local (o un ente público de la misma) como único socio fundador [artículos 14.2 de la LSA y 12.2.a) de la LSRL] o sucesiva en el caso antes señalado. También es posible la adquisición por la entidad local de las acciones o participaciones de una sociedad ya constituida con anterioridad, que puede hacerse por vías jurídico-privadas pero también por la vía expropiatoria (artículos 98 y 99 del TR), aplicándose en tal supuesto los preceptos de la LEF.

La corporación interesada (o el ente público) es la propietaria exclusiva del capital de la empresa y no podrá transferirlo ni destinarlo a otras finalidades (artículo 89.2 del RS), aunque en este tipo de sociedades (cuando en efecto son unipersonales) pierde su sentido estricto la acción como instrumento de división del capital social que permite captar recursos de los socios. El capital, que no podrá ser inferior a sesenta mil cien euros, habrá de estar determinado y desembolsado por el ente público desde el momento de su constitución (artículo 89.3 del RS) en los términos que hoy autoriza el artículo 12 de la LSA (en una cuarta parte, por lo menos, que incorpora al Derecho español el artículo 9 de la segunda Directiva societaria del Consejo 77/91 CEE; totalmente desembolsado en la LSRL, artículo 4). Deberá la cifra mínima (tres mil cinco euros en las de responsabilidad limitada) de respetarse durante toda la vida de la sociedad, de manera que el acuerdo de reducción por debajo de ella sólo puede adoptarse si simultáneamente se acuerda el aumento o transformación de la sociedad (artículo 169.1 de la LSA), siendo la reducción por debajo del mínimo legal causa de disolución (artículo 260.5 de la LSA).

La responsabilidad de la corporación se reduce estrictamente al capital que se aporta, pues, según la legislación mercantil citada, los socios no responderán personalmente de las deudas sociales (artículos 1 de la LSA y de la LSRL).

Si quiere alterarse el estatus de la empresa, es posible, no obstante, la transmisión de acciones, de acuerdo con el procedimiento que haya llevado a su creación (principio del *contrarius actus* y previsiones contenidas en los artículos 95 y siguientes del RS que admite la alteración de esta forma de gestión).

Es obligatoria la escritura pública (en la escritura de constitución, dice el artículo 103 del TR, implícitamente en el 89.1 del RS y explícitamente en los artículos 7 de la LSA y 11 de la LSRL), cuyo contenido será el previsto en el artículo 8 de la LSA (y 12 de la LSRL).

1.4. Los estatutos

Constituyen la norma primordial y básica que regula la vida interna de la sociedad. Determinan la competencia de cada uno de sus órganos, es decir, de la junta general, del consejo de administración y la gerencia y, además, la forma de designación y el funcionamiento de los dos últimos [artículos 90 y 91 del RS, 9, apartados h), e) y también i) de la LSA y 13 de la LSRL]. Contendrán, asimismo, de acuerdo con las leyes mercantiles, la denominación de la entidad, el capital, su objeto y duración, el domicilio central y el número de acciones, así como las posibles restricciones a su libre transmisibilidad. En principio, en este tipo de sociedades no tienen cabida las previsiones de la LSA referidas al régimen de prestaciones accesorias [apartado l) del citado artículo 9] y derechos especiales que puedan reservarse los fundadores o promotores de la sociedad [párrafo m)].

La aprobación de los estatutos corresponde al Pleno de la corporación, en sus funciones de junta general, según se desprende de lo previsto en los artículos 22.2.f) de la LB y 50.21 y 70.22 del ROF (que utilizan, por cierto, la poco afortunada expresión de *expedientes de municipalización y provincialización*). No es necesaria la mayoría absoluta del número legal de miembros del artículo 47.2 de la LB por referirse éste a las formas concretas de gestión del servicio que es decisión anterior a la que aquí nos ocupa, como lo es igualmente la decisión de ejercer de forma monopolística una actividad económica, tal como ya nos consta. Igualmente corresponde al Pleno, como junta general, la modificación, cuando proceda, de los estatutos, de acuerdo con las previsiones propias de las sociedades mercantiles [artículo 144 de la LSA y 44.1.d) de la LSRL].

1.5. Estructura orgánica

La junta general, órgano soberano para el accionista único (en la LSA) o socio –igualmente único– en la LSRL, ha sido siempre el Pleno de la corporación, aunque el derecho al voto de los corporativos se regulaba y modulaba en la escritura social, pues el artículo 103.1 del TR (que se refiere exclusivamente a los casos en que el ser-

vicio o actividad se gestione *directamente* en forma de empresa privada y, por tanto, cabalmente al supuesto que está siendo objeto de estudio) permite determinar quiénes tienen derecho a emitir voto representando al capital social. El RCS –anticipándose a lo que ahora establece el artículo 85 ter, párrafo tercero, de la LB– puntualiza que los estatutos podrán prever que la junta general tenga una composición inferior a la del Pleno de la corporación, y en este caso determinarán el número de sus miembros y la ponderación del voto en función de los grupos políticos que la integren (artículo 220.3). Si esto es así, es importante tener en cuenta que, con la reforma introducida, la junta de una sociedad anónima puede no coincidir con el Pleno del ayuntamiento, lo que tiene trascendencia siempre, pero sobre todo cuando se trata de grupos de sociedades, pues, en tal caso, la creación de sucesivas empresas filiales podría contribuir a erosionar aún más el poder del Pleno (más adelante se analizan con un poco de detenimiento los problemas de tales grupos).

Las competencias de la junta no vienen enumeradas en la Ley de sociedades anónimas, limitándose el artículo 93.1 de la LSA a decir que los accionistas, constituidos en junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría *en los asuntos propios de la competencia de la junta*.

Ha de respetar, asimismo, las funciones de administración y representación que corresponden al consejo de administración (artículo 129 de la LSA y artículo 62.1 de la LSRL). Es decir, la junta, en principio, no puede realizar directamente y por sí misma tales funciones, aunque es posible que se reserve facultades específicas sobre materias determinadas. Para las sociedades limitadas se permite de forma expresa –de acuerdo con el carácter *personalista* de este tipo de sociedad– ampliar, vía estatutos, las competencias de la junta [artículo 44.1.h) de la LSRL], admitiéndose, además, la facultad de la junta para dar instrucciones a los administradores o para someter a autorización de la propia junta determinados acuerdos (artículo 44.2 de la LSRL).

Los acuerdos de la junta no son actos administrativos. Por ello, la Sentencia (de la Sala 10) del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1990 incurre en el error de declararse incompetente en un procedimiento de impugnación de un acuerdo adoptado por una corporación municipal que actuaba como junta general de una sociedad de titularidad íntegra del ayuntamiento con el argumento de que el referido acuerdo (referido a la aprobación del balance, cuenta de explotación y memoria anuales de la explotación del servicio de recogida de basuras) tiene el indudable carácter de acto administrativo. Con razón ha reaccionado contra esta forma de razonar J. Nicolás Martí, quien recuerda que los acuerdos de la junta se someten al Derecho mercantil: constan en el acta de la junta y no en el libro previsto en los

artículos 109 y siguientes del ROF; si afectan a cuestiones relacionadas con la publicidad registral, habrán de ser inscritos en el Registro Mercantil; en fin, sus cuentas se depositarán asimismo en el citado registro.

No son de aplicación, por consiguiente, las técnicas de impugnación de acuerdos de los artículos 65 y siguientes de la LB ni el deber de información en los términos del artículo 56 de la LB por las razones expuestas, reforzadas por el hecho de referirse estos preceptos expresamente a las *entidades locales* y no, por consiguiente, a sus organizaciones instrumentales. Sin embargo, sí es posible usar el derecho de información contenido en los artículos 112 de la LSA y 51 de la LSRL, así como el de impugnación de acuerdos de la junta de conformidad con los instrumentos que ofrece la legislación mercantil, correspondiendo la legitimación para ello a las personas aludidas en el artículo 117, que diferencia entre acuerdos nulos y anulables.

El consejo de administración, forma de órgano necesario (al contrario de lo que ocurre, por cierto, en la legislación mercantil), es nombrado por la junta general. El artículo 93.3 del RS limitaba el número de corporativos que podían formar parte del mismo hasta un máximo del tercio del propio consejo, pero esta previsión ha de entenderse derogada por el contenido del artículo 85 ter (párrafo tercero) de la LB antes citado, que remite tal cuestión a los estatutos.

La duración en el cargo está sólo limitada por la duración del propio cargo de concejal o diputado provincial, por la concurrencia de causas de incapacidad o incompatibilidad o, en fin, por alguna otra causa de las previstas en el artículo 9 del ROF.

El consejo tiene plenas facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de la empresa dentro de las normas estatutarias y de los preceptos de la legislación mercantil, sin perjuicio de las que se reservaren a la corporación como junta general y al gerente (artículo 94 del RS).

A los administradores les resulta de aplicación el régimen de responsabilidad, ciertamente severo, que parte de las ideas de ordenado empresario y representante legal del artículo 127 de la LSA para arribar al contenido del artículo 133 de la LSA (69 de la LSRL).

Rige la regla de la solidaridad, respondiendo incluso el ausente y el que se abstiene en la votación, de manera que, para liberarse de incurrir en responsabilidad, el administrador habrá de demostrar que desconocía la existencia del acuerdo o, conociéndolo, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o que se opuso expresamente a su adopción.

Los nombramientos deben ser inscritos en el Registro, por aplicación de lo previsto en la legislación mercantil (artículos 125 de la LSA y 57 y siguientes de la LSRL), de la misma forma que es de aplicación a los administradores la obligación de prestar garantías o

relevarlos, en su caso, de esta prestación (artículo 123 de la LSA).

En cuanto a las retribuciones, son fijadas por la junta general. Cuando el cargo de administrador recaer en concejales o diputados provinciales, éstos sólo pueden cobrar por participar en el consejo si no disfrutaban del régimen de dedicación exclusiva, pues su percepción es incompatible con la de cualquier otra retribución con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes (artículo 75.1 de la LB).

El gerente, cuando exista, ostentará las atribuciones que los estatutos señalen, aunque según el artículo 94 del RS tendrá, compartidas con el consejo de administración, facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de la empresa. Podrá ser un funcionario, si así se establece en los estatutos, o contratado laboral de acuerdo con los artículos 103 y siguientes de la LB y 177 del TR. En la legislación catalana, por el contrario, el gerente y el resto del personal tendrán con la sociedad una vinculación laboral y no adquirirán en ningún caso la condición de funcionario (artículo 222.2 y 255.2 del Reglamento de Aragón), pero su selección se regirá por los principios de igualdad, publicidad, capacidad y mérito.

1.6. El problema de la aportación de bienes de dominio público

La aportación es la prestación que hace el socio para conseguir el fin que se persigue con la creación de la sociedad y la determinación de su objeto social. Se trata de un acto traslativo aunque no necesariamente de dominio o de enajenación, porque toda aportación se entiende realizada a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo (artículo 36.2 de la LSA). La ley distingue entre aportaciones dinerarias y aportaciones no dinerarias (artículos 36 y siguientes de la LSA), siendo las primeras las más evidentes y las que menos problemas plantean. Las no dinerarias suscitan la cuestión clave de su valoración y por eso se exige que habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes designados por el registrador mercantil (artículo 38.1 y 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil). Habrá de garantizarse que el valor de lo que se aporta cubra al menos la parte correspondiente del capital, más la prima en su caso. Tales aportaciones pueden ser objeto de aplazamiento con el límite de cinco años (artículo 40.2 de la LSA, 134 y 135 del Reglamento del Registro Mercantil y RDGRN de 5 de marzo de 1991). En cualquier caso, este asunto de las aportaciones y de sus valoraciones tiene poco interés en términos generales en las sociedades unipersonales, pero sí cobra importancia en las sociedades íntegramente públicas a las que antes he hecho

referencia que no son unipersonales por pertenecer su capital social a varias entidades públicas y, por supuesto, en las sociedades mixtas que estudiaré más adelante.

Por su parte, el artículo 39 de la LSA enumera algunos supuestos concretos de aportaciones no dinerarias, como es el caso de los bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos, aplicándoles a grandes rasgos el régimen jurídico de la compraventa; cuando se trata de un derecho de crédito, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor; cuando de una empresa o establecimiento, quedará el aportante obligado al saneamiento de su conjunto, si el vicio o la evicción afectase a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación [procediendo asimismo] el saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial (artículo 39.3 de la LSA).

Ha sido práctica registral frecuente la inscripción de sociedades municipales con un capital social constituido por la transferencia de bienes a las mismas de dominio público. Sin embargo, una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 1985 planteó con crudeza la irregularidad de este tipo de operaciones al decir (con no muy afortunada redacción) que es claro que no es posible legalmente realizar aportaciones sociales con bienes de dominio público, pues ello se opone tanto el que el régimen del dominio público repele que pueda pasar su titularidad a una sociedad mercantil, como el que el régimen de la sociedad mercantil repele que el capital social pueda ser cubierto, en todo o en parte, con bienes de dominio público.

En la práctica, ocurre que muchos estatutos de este tipo de sociedades que necesitan bienes de dominio público precisan que tales bienes, necesarios para el cumplimiento de sus fines, les son adscritos por las administraciones titulares de los mismos, conservando su calificación jurídica originaria y correspondiendo tan sólo a la sociedad su utilización, administración, explotación y conservación.

Así pues, el título jurídico de aportación puede ser la adscripción, esto es, la vinculación o asignación del uso y disfrute a la prestación del servicio público, sin que se altere en consecuencia la titularidad y la calificación demanial. La ventaja de la adscripción deriva de ser ésta un derecho real administrativo con amplio margen para su discrecional configuración administrativa y, además, es inscribible en el Registro (artículo 7 del Reglamento hipotecario). Pero también podrá acudir la entidad local a la constitución de otros derechos reales tradicionales, que suponen la disociación de la titularidad de los bienes y su uso, como es el caso de los derechos reales de usufructo, uso, disfrute o aprovechamiento, aunque, en estos casos, el régimen jurídico será el determinado

por el Código civil y, por tanto, con menores posibilidades de establecer respecto de ellos especialidades o limitaciones.

Aunque las leyes de las sociedades de capital establecen la presunción de que las aportaciones se realizan a título de propiedad, no excluye que se hagan también a título de uso (toda aportación se entiende realizada a título de propiedad, *salvo que expresamente se estipule de otro modo*, artículos 36.2 de la LSA y 18.2 de la LSRL).

1.7. Las previsiones de gastos e ingresos

Su aprobación corresponde a la junta general y se integran en el presupuesto general de la entidad local [artículo 164.1.c) de la LHL] como simples previsiones, por lo que no tienen el carácter limitativo que es propio de los presupuestos de gastos (en el Estado o en las entidades locales), sino que cumplen el fin de ofrecer una valoración inicial de conjunto y rendir cuenta, al final del ejercicio, de la liquidación del presupuesto.

1.8. Transformación, fusión, disolución, liquidación y escisión

Las modalidades previstas en la legislación de sociedades anónimas son, en términos generales, aplicables a las sociedades que están siendo objeto de estudio. Los artículos 95 y siguientes del RS, que se refieren a la transformación y extinción de las municipalizaciones y provincializaciones, serían de aplicación únicamente a los supuestos de efectiva ejecución en régimen de monopolio de servicios declarados reservados.

Hoy, la legislación mercantil contempla las siguientes posibilidades.

La transformación que supone el abandono de una concreta forma social y la adopción de otra; es posible siempre que se descarten aquellas formas societarias que no pueden ser utilizadas en los casos de sociedades de único socio. El acuerdo de transformación debe adoptarse en junta general (artículos 224 y siguientes de la LSA y 87 y siguientes de la LSRL), publicarse por tres veces en el *Boletín del Registro Mercantil* y en periódicos de gran circulación, otorgarse en escritura pública e inscribirse en el Registro.

La fusión (que no puede ser un procedimiento para imponer un monopolio sin la tramitación a la que obliga el último párrafo del artículo 86 de la LB) constituye un mecanismo por el cual dos o más sociedades agrupan sus patrimonios y sus socios en una sociedad única, previa disolución de todas las sociedades que se fusionan (fusión propia o por creación de una sociedad nueva, artículos 233.1 de la LSA y 94 de la LSRL) o previa disolución de todas menos una, que absorbería a las restantes (fusión por absorción, artículos 233.2 de la LSA y 94 de la LSRL). Cualquiera de estas modalidades exige:

la disolución de una, de varias o de todas las sociedades que pretendan fusionarse; transmisión en bloque de los patrimonios activo y pasivo de las sociedades disueltas en unidad de acto a la sociedad de nueva creación o a la absorbente (que habría de proceder a aumentar su cifra de capital social); en fin, las acciones de las sociedades fusionadas desaparecen creándose unas nuevas (en el caso de fusión por creación) o la sociedad absorbente (en el caso de fusión por absorción) emite unas nuevas acciones que representen el nuevo capital social sin que puedan plantearse los problemas que suscita el canje de acciones y que trata de resolver el artículo 247 de la LSA. Otra cosa es la absorción de una sociedad íntegramente participada que está prevista en el artículo 250 de la LSA. El supuesto es interesante, pues puede presentarse en la esfera local cuando la corporación (o el ente público dependiente de la misma) sea titular del cien por cien de las acciones de una sociedad, a su vez titular del cien por cien de las acciones de otra (sociedad participada). En este caso, el precepto citado de la LSA admite un tipo de fusión abreviado en el cual no es necesario el aumento del capital de la sociedad absorbente, puesto que al formar parte de su patrimonio el capital de la absorbida, resulta innecesario el aumento.

Puede proceder igualmente la disolución (artículos 260 de la LSA, 104 de la LSRL y 98 del RS):

a) Por transcurso del término de duración (casos expresamente previstos en los actos constituyentes en la terminología del RS sin que debieran ser de aplicación los plazos del artículo 157 de la LC, en rigor pensados para las concesiones administrativas).

b) Por terminación del objeto de la sociedad (a menos que éste se amplíe o se sustituya).

c) Por imposibilidad de realizar el objeto social (imposibilidad material de realizar el fin previsto, según el RS) o la paralización de los órganos sociales.

d) Por pérdidas. En este punto existen discrepancias aparentes entre la legislación mercantil y el RS. En la primera, se exige que las pérdidas dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social; en el RS, a su tercera parte; en la legislación mercantil, la disolución puede evitarse reintegrando el patrimonio o reduciendo el capital, mientras que en el RS esta causa de disolución se formula de manera taxativa, lo que en la práctica conculcan numerosos estatutos de empresas municipales que suelen prever que, en el caso de pérdidas, no se producirá la disolución si el ayuntamiento hace las aportaciones necesarias para la reintegración del capital social. Esta antinomia ha sido resuelta por el TR, cuyo artículo 103.2 recoge el criterio de la reducción del patrimonio a una cantidad inferior a la *mitad del capital social*. Aunque, al final, será la corporación la que resolverá sobre la continuidad y forma de prestación del servicio.

e) Por los procedimientos de fusión o absorción.

f) Por acuerdo de la junta general o de la *corporación* interesada, en los términos del artículo 98.6 del RS.

g) Por la quiebra (hoy concurso) de la sociedad. Este supuesto opera *ipso iure* en el caso de lo que el RS sigue llamando *municipalizaciones* o *provincializaciones*, mientras que en la legislación mercantil, que será la generalmente aplicable, la declaración de concurso no constituirá por sí sola causa de disolución pero, si en el procedimiento se produjera la apertura de la fase de liquidación, la sociedad quedará automáticamente disuelta (artículo 260 de la LSA, nueva redacción de la Ley concursal).

h) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal.

Una vez disuelta la sociedad, entra en fase de liquidación, que comprende los actos conducentes al pago total o parcial de las deudas sin que proceda el reparto del sobrante del patrimonio social a que se refiere el artículo 277.2.2 de la LSA (y 119 de la LSRL). A partir de este momento es cuando los liquidadores deben otorgar la escritura pública de extinción de la sociedad e inscribirse en el Registro (artículos 121 de la LSRL y 247 del Reglamento del Registro Mercantil) donde se cancelan los asientos registrales de la sociedad.

Está prevista, asimismo, la escisión, que puede ser: a) total, cuando se trata de la extinción de una sociedad anónima con división de todo su patrimonio en dos o más partes cada una de las cuales se traspa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, o b) parcial, cuando se produce la simple segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad traspasando en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes (artículos 252 y siguientes de la LSA y 94 de la LSRL).

Por último, debe anotarse que la reforma de la legislación local de 2003 ha incorporado una larga disposición adicional (la duodécima) que lleva por título *reordenación de las sociedades mercantiles* (análogas previsiones pueden verse para las sociedades estatales en el artículo 168 de la Ley del patrimonio de las administraciones públicas 33/2003). ¿Qué se pretende con ella? Ya sabemos que la ley permite que estas sociedades mercantiles dependan de un ente público de la corporación, y asimismo pueden pasar sus acciones a la propiedad de una entidad pública empresarial. Pues bien, lo que nos aclara esta adicional es: a) que, en tal caso, tal acuerdo lo adopta el Pleno, según entiendo por mayoría simple, y a él seguirán las pertinentes obligaciones creditivas y contables; b) que tales cambios de titularidad, mera transferencia y reordenación de participaciones societarias, en ningún caso podrá ser entendida como causa de modificación o de resolución de las relaciones jurídicas que mantengan tales sociedades; c) que todo ello está exento de tributación, y d) que los aranceles de

notarios y registradores se reducen en tales casos en un noventa por ciento.

Previsiones todas ellas sensatas sobre las que volveré al hablar de las sociedades mixtas.

2. La gestión directa y el empleo de los recursos propios

2.1. Carácter de las relaciones

A mi juicio, las sociedades públicas o las otras formas de personificación son simples opciones de organización y el reconocimiento de una personalidad jurídica lo es sólo a efectos auxiliares o instrumentales, pero en modo alguno pueden ostentar la consideración de *terceros* respecto de esa misma Administración. En esta razón es preciso detenerse para subrayar que estas organizaciones públicas están incardinadas en el tejido mismo administrativo al formar parte del propio dispositivo organizativo público. Tienen reconocida una personalidad jurídica, cierto, pero, como sabemos desde antiguo, para acomodarse mejor al fin del que sólo son un instrumento o medio. El reconocimiento de una personalidad jurídica independiente es tan sólo una herramienta que ni significa ni puede implicar la desvinculación de la organización empresarial de la entidad pública de que trae causa. Estamos sólo y exclusivamente ante una forma de organización más. De ahí, que se deban considerar estas entidades, a tales efectos, como *algo propio* de la corporación en cuanto Administración.

Si esas organizaciones están vinculadas directamente a las competencias municipales o gestionan servicios públicos, algunos de modo obligatorio, ¿cómo se puede imponer al ente local que se someta a la legislación de contratos y promueva una concurrencia de ofertas, cuando cuenta en la organización pública con entidades pensadas precisamente para ejercer esa competencia o prestar ese determinado servicio? Si la corporación local, en cuanto Administración pública, dispone de instrumentos apropiados, ¿qué razones existen para restringir o limitar la relación entre ella y las propias criaturas organizativas de carácter público?

Y es que mal parada saldría la eficacia administrativa (un principio constitucional, artículo 103, conviene recordarlo) si se exigiera que, para la realización de determinados proyectos, un ayuntamiento, por ejemplo, debiera promover un concurso público cuando tiene los instrumentos pertinentes para llevarlos a cabo.

Adviértase que, cuando se regula el contrato de concesión de obras públicas (Ley de 23 de mayo de 2003), se obliga a los concesionarios a someter los contratos que, a su vez, celebre con un tercero a las pertinentes reglas de publicidad pero, a renglón seguido, se advierte que *no se considerarán terceros* aquellas empresas que se hayan agrupado para obtener la concesión *ni las empre-*

sas vinculadas a ellas (artículo 237.2). Entendiendo por empresa vinculada aquellas en las que el concesionario pueda ejercer directa o indirectamente una influencia dominante o aquellas que puedan ejercerla sobre él o que, del mismo modo que el concesionario, estén sometidas a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad, participación financiera o normas que la regulen (artículo 234.1). Tal influencia dominante se presume cuando una empresa, directa o indirectamente, con relación a otra: a) esté en posesión de la mayoría del capital suscrito; b) disponga de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa, o c) pueda designar más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o control de la empresa (artículo 234. 2). En tales casos, el empresario concesionario queda liberado de someter sus contratos al mandato de publicidad. ¿Por qué, entonces, lo que la ley permite a los concesionarios de obras públicas se lo va a negar a las administraciones públicas propiamente dichas? ¿Qué razón existe para ello?

2.2. Los términos del Derecho positivo

Pues bien, porque la argumentación hasta ahora desplegada tiene sólidos fundamentos, es por lo que la LC admite que la ejecución de los contratos de obras y de suministros, así como los de consultoría, asistencia y servicios sea llevada a cabo por la propia Administración. Estamos ante lo que la legislación clásica de contratos y de obras públicas (la que en parte viene del siglo XIX) llamaba *ejecución de obras o suministros por administración*, figura contrapuesta a la sazón a la de por contrata y a la llamada *por empresa*.

El actual artículo 152 de la LC (no básico, disposición final primera) dispone que “la ejecución de obras por la Administración podrá verificarse por los propios servicios de la misma a través de sus medios personales o reales [...] cuando [...] la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales, suficientemente aptos para la realización de la obra proyectada, en cuyo caso deberá *normalmente* utilizarse este sistema de ejecución” (la cursiva es, lógicamente, mía). También cuando la Administración posea elementos auxiliares utilizables en la obra y cuyo empleo obtenga una economía superior al cinco por ciento del importe del presupuesto de aquélla o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma.

Del mismo modo, la Administración no necesita contratar sino que puede limitarse a utilizar sus propios medios para la fabricación de bienes muebles siempre que concurren alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente

aptos para la realización del suministro, caso éste en que deberá *normalmente* utilizarse este sistema de ejecución.

b) Que la Administración disponga de elementos personales y materiales utilizables para la realización del suministro y cuyo empleo suponga una economía superior al presupuesto del mismo o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose en este caso las ventajas que se sigan de la misma (artículo 194, no básico, disposición final primera).

Por eso puede y debe sostenerse que, cuando la ley habla de fábricas o arsenales, etc., se está refiriendo a organizaciones que pueden estar perfectamente personificadas, organismos autónomos de carácter comercial o industrial (en cuyo caso valdría asimismo la figura del artículo 15 de la Ley 30/1992) o sociedades mercantiles públicas, casos éstos en los que las distintas administraciones públicas, sin necesidad de recurrir a procedimiento licitatorio alguno, encargan a una de estas personas jurídicas la fabricación de bienes muebles de interés para la Administración. A mi juicio, esta opción es perfectamente lógica si recordamos que en estos casos, como ya ha quedado indicado, no se traba relación alguna con *terceros* ya que, vuelvo a insistir, estas personificaciones instrumentales *son simples opciones de organización* (formas de *gestión directa* en la dicción del artículo 85.3 de la LB). En suma, *algo propio* de la Administración.

Cuando hay arsenales, fábricas, servicios industriales o técnicos ya montados, la Administración ha de acudir a ellos *normalmente* para hacer obras o adquirir bienes y cuando, aun sin contar con estas organizaciones, es decir, con el empleo de sus propios elementos personales y materiales, se ahorre el erario el veinte por ciento del presupuesto previsto o se alcance mayor celeridad en la ejecución, bastará con que se motive el acuerdo destinado a optar por esta modalidad de ejecución.

Si de estos contratos nos vamos, por último, a los de consultoría, asistencia y servicios, advertiremos que el legislador, a la hora de regular las actuaciones administrativas preparatorias de estos contratos, obliga a incorporar al expediente de contratación un informe del servicio correspondiente en el que se justifique debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no-ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato (artículo 202.1 de la LC, básico prácticamente en su totalidad, disposición final primera). Es decir, que, si cuenta con suficientes medios, la Administración habrá de recurrir a ellos, bajo la amenaza de incurrir en caso contrario en las causas de invalidez de los contratos reguladas en los artículos 61 y siguientes de la LC y muy especialmente en los efectos contemplados en el artículo 65.

Estos son los términos del Derecho español. La actual

Directiva de contratos (31 de marzo de 2004) se mueve en esta dirección, y así el artículo 18 señala que la presente directiva no se aplicará a los contratos públicos de servicios –concepto de grandísima amplitud según el anexo II– adjudicados por un poder adjudicador a otro poder adjudicador o a una agrupación de poderes adjudicadores sobre la base de un derecho exclusivo del que gocen éstos en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado.

2.3. Los pronunciamientos jurisprudenciales

¿Qué es lo que nos han dicho sobre este asunto los tribunales de justicia? Las primeras aproximaciones europeas proceden de las conclusiones que formula en algunos juicios el abogado general. Así, el 10 de noviembre de 1998 (BHI Holding BV c. G.Arnheim e G Rheden, C-306/96, La Pergola, y en RI. SAN contro Comune di Ischia, 9 de septiembre de 1999, C-108/98, Alber). Ischia Ambiente era una sociedad anónima cuyo capital social pertenecía en un cincuenta y uno por ciento al municipio de Ischia. El cuarenta y nueve por ciento restante era propiedad de GEPI, otra sociedad anónima propiedad íntegra del Estado italiano. A esta sociedad se le atribuyó sin concurrencia la gestión de la recogida de residuos y el abogado Alber consideró a la vista de estos datos que la distinción entre el municipio de Ischia y el Estado italiano era demasiado formalista pues se trataba de una falsa sociedad mixta, ya que el socio privado no era sino una sociedad de financiamiento precisamente destinada a constituir con los municipios sociedades para ayudar a la prestación de servicios sin llegar a jugar nunca un papel especial de gestión.

En los dos casos, para los abogados generales la clave estaba en el vínculo de dependencia: financiera, por un lado, y administrativa, por otro. El vínculo financiero era considerado elemento necesario pero no suficiente para apreciar la existencia de un servicio *in house*. Más importante era la vinculación administrativa, la unión orgánica, que hacía perder a la empresa la condición de tercero. Tanto en uno como en otro caso citado el hecho de advertir una dependencia que era financiera, organizativa y de gestión constituyeron elementos suficientes para defender la exclusión de la aplicación de la directiva correspondiente. El juez de Luxemburgo siguió la argumentación de los abogados generales.

Después viene la causa Teckal (Comune de Aviano, 18 de noviembre de 1999, C-107/98). En él aparecen las famosas palabras del abogado general Cosmas: cuando se demuestra la existencia de un fuerte control de parte de la Administración adjudicadora en relación con el ente adjudicatario, análogo al ejercido sobre los propios servicios, que hace que en realidad los dos sujetos sean

una sola persona, entonces se excluiría el régimen de la directiva. Porque sólo en estos casos puede hablarse de una especie de prolongación de la autoridad administrativa (una suerte de *longa manus*) que lógicamente no existe cuando el servicio aparece como un tercero situado en el mismo plano que otros operadores.

Ahora bien, dijo la sentencia (punto 50), tiene que realizar la parte esencial de la propia actividad con la Administración adjudicadora. El Tribunal no dice que la empresa dependiente tenga que actuar exclusivamente en beneficio de la Administración que la controla, es decir, puede actuar accesoriamente para otras personas. Dicho de otra forma, la agencia constituida por una agrupación de municipios para ejercer las funciones que ellos le confían puede ejercer actividades a favor de municipios, particulares u organismos públicos que no formen parte de esa agrupación. Ello no impediría que actuase *en lo esencial* en provecho de las colectividades que la controlan (*ibídem*).

En el asunto de la Sentencia Arge (7 de diciembre de 2000, C-94/99, Gewässerschutz), se afrontaron varias cuestiones (las del contrato doméstico y la de las ayudas públicas) en el marco de un litigio entre ARGE Gewässerschutz y el ministerio alemán federal de Agricultura y Montes, entidad adjudicadora, sobre la participación de licitadores semipúblicos en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de servicios (toma de muestras y análisis de las aguas de una serie de lagos y ríos austriacos). Según el abogado general Léger (15 de junio), las prestaciones calificadas *in house* –término con el cual se definen las prestaciones suministradas a una autoridad pública por sus propios servicios aunque estos se hallen orgánicamente diferenciados– escapan de la esfera de aplicación de las directivas. El control, de acuerdo con este abogado general, ha de ser efectivo, la dependencia, estructural. Arge era una sociedad con un capital social, el 49,5% en manos privadas. Y, con todo, el abogado general no descarta por ese simple hecho la admisibilidad de un contrato doméstico, *in house*, sino que entiende con prudencia que, en tal caso, hay que analizar si el poder adjudicador ostenta un poder determinante en la sociedad. Ello exige un análisis que no es necesario cuando el capital es cien por cien público, porque entonces hay una presunción clara de estrecha dependencia. Dependencia formal, dependencia económica, dependencia administrativa y destinatario de los servicios serían los elementos determinantes para advertir la presencia de un contrato doméstico, según la sentencia misma.

La Sentencia (12 de julio de 2000), en cuanto a la contratación doméstica, se remite a la Sentencia Teckal, y realiza consideraciones acerca de las subvenciones que no son de este lugar.

En la jurisprudencia española, es clásica la Sentencia

del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1988, que analizó la municipalización de obras y creación de un servicio municipal de construcciones en Alcobendas (Madrid).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 6 de mayo de 1997 llega a parecidas conclusiones al resolver la cuestión suscitada por la aprobación de un convenio entre el Consell Metropolità de la entidad Serveis Hidràulics i Tractament de Residus de Barcelona y la Mancomunidad de Municipios del Área Metropolitana de Barcelona, la Entidad Metropolitana del Transporte, el Consell Comarcal del Barcelonès y con todos los socios fundadores de Barcelona Regional, Agència Metropolitana de Desenvolupament Urbanístic i d'Infraestructures SA para la colaboración y asistencia técnica en la realización de estudios y análisis de impacto, especialmente en relación con las propuestas de ordenación de los ámbitos del Llobregat, el Besòs y los entornos de las rondas. El tribunal resuelve señalando que:

“[...] la cuestión que se debate se contrae a decidir si el convenio es un contrato de asistencia técnica suscrito por diversas administraciones públicas que ha vulnereado el régimen jurídico de los mismos o, por el contrario, se trata de una simple gestión de servicios públicos en forma directa autorizada [por la legislación de régimen local]. La gestión de servicios puede llevarse de forma indirecta o por medio de empresas o de forma directa, es decir, por los propios medios administrativos, incluyendo entre estos los entes instrumentales. La entidad mercantil Barcelona Regional, Agència Metropolitana de Desenvolupament Urbanístic i d'Infraestructures SA se constituyó por otras sociedades dependientes de los entes locales con la exclusiva finalidad de desarrollar infraestructuras y sistemas que afecten a los ámbitos de las administraciones interesadas en la gestión de determinados servicios conforme autoriza [la legislación catalana] prestando de forma directa la gestión de los referidos servicios contenidos en su objeto social, con evidente utilidad pública, como sociedad instrumental de la Administración matriz, por lo que ejerciendo sus actividades dentro de un estricto convenio de colaboración admitido por la ley no son de aplicación las normas destinadas a surtir efectos a un contrato de prestación de servicios, o de gestión de servicios públicos, realizado de forma indirecta, que contiene un régimen jurídico y formas diferentes a la gestión directa a que se contrae el convenio impugnado.”

Trascendental es la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2003 referida a un convenio de colaboración y asistencia técnica entre administraciones locales y sociedades gestoras de servicios públicos en Cataluña. De ella se extraen, brevemente resumidas, las siguientes observaciones:

–Los convenios no son exactamente contratos sino

negocios bilaterales formalizados entre las administraciones locales y sociedades gestoras de determinados servicios que tienen atribuidos por las administraciones que las han creado.

–Por tanto, no se trata de un contrato de servicios, sino de la gestión directa de un servicio ex artículo 85 de la Ley de régimen local.

–La legislación aplicable no es, pues, la de contratos porque la sociedad con la que se convino es una sociedad instrumental de la Administración matriz.

–El convenio responde a las necesidades de la cooperación interadministrativa y por ello se incardina dentro de la potestad organizativa de las entidades locales y de sus formas de cooperación y asistencia para la consecución del interés público.

Naturalmente, el recurso a estos contratos domésticos tiene límites bien claros que deben respetarse porque las entidades locales son muy desiguales, siendo evidente que nada tienen que ver los grandes ayuntamientos españoles con los de las pequeñas capitales de provincia o los pueblos. Se impone, por ello, observar, en el campo de sus posibles prestaciones económicas o de servicios, que siempre implican la puesta en pie de medios instrumentales complejos, principios básicos. Así, el de la proporcionalidad, que hoy tiene carácter general en el Derecho europeo, y que reclama:

–Por un lado, la adecuación entre la envergadura de esas organizaciones instrumentales y las posibilidades de prestación del ayuntamiento mismo y sus previsibles necesidades, todo ello de acuerdo con su importancia.

–Por otro, la entidad de los medios propios, personales y materiales, de que dispone la Administración, medios que han de ser suficientes pues la simple utilización de sociedades públicas pantalla constituiría, además de una infracción de la proporcionalidad, un auténtico fraude de ley.

Es también un límite apreciable el control y la erradicación de prácticas restrictivas de la competencia que no encuentren amparo legal (en los términos establecidos por el artículo 2.1 de la Ley de defensa de la competencia), una regla ésta en la que también se hace hincapié en Alemania, donde se prohíbe el abuso del monopolio y de cualquier práctica de acuerdos colusorios protagonizados por los municipios (así, en casi todas las leyes municipales de los *Länder*).

En fin, deben excluirse las sociedades de economía mixta y aquellos entes institucionales que compitan abiertamente en el mercado con empresas privadas.

Dicho lo anterior, quiero señalar que estamos ante un asunto abierto, un asunto –de dimensión técnica pero también política– sobre el que se va a hablar y escribir mucho en los próximos años, y acerca del cual es imposible aventurar en estos momentos soluciones definitivas y, mucho menos, radicales. El debate, pues, continuará.

3. La sociedad mixta

3.1. Las formas societarias y las peculiaridades de régimen jurídico

3.1.1. Remisión al Derecho privado

Prevista en el artículo 156, letra d), de la LC, se trata de sociedades mercantiles cuyo capital social sólo parcialmente pertenece a una entidad local. Cuentan con amplia tradición en nuestra práctica local, en la que ha sido habitual el recurso a este instrumento del Derecho privado.

Hay en la regulación de estas sociedades, como en las íntegramente públicas antes estudiadas, una remisión genérica al Derecho privado que es justamente lo que justifica la elección de esta alternativa. El Tribunal Supremo explica en su Sentencia de 24 de marzo de 1987 que “las empresas mixtas constituidas en forma de sociedad mercantil son entidades sometidas en su constitución, organización y funcionamiento interno al Derecho mercantil, sin perjuicio de escasas normas particulares de carácter administrativo, 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 actúan en la prestación del servicio de manera análoga a la de un particular”. Por su parte, la Sentencia del mismo Tribunal de 29 de diciembre de 1987 desautoriza la imposición de sanciones por una empresa mixta, pues “no puede encomendarse a una empresa de esta naturaleza el ejercicio de competencias irrenunciables de la Administración”.

Con todo, la referencia al Derecho privado hay que entenderla matizada por algo que ya sabemos: y es que a estas sociedades les son de aplicación normas que son estrictamente jurídico-públicas, alojadas en concreto en la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de eficacia, así como de contratación (artículo 85 ter, párrafo primero, de la LB). Tales excepciones, bien extensas, permiten insistir en la peligrosa inexactitud que implican las remisiones genéricas, algo que ya ha sido destacado con anterioridad. A lo escrito entonces me remito.

3.1.2. Especialidades en el régimen jurídico privado

Sin perjuicio de lo hasta aquí señalado, el ordenamiento jurídico-administrativo contiene algunas singularidades y, en tal sentido, el artículo 104.2 del TR permite que, en el acuerdo constitutivo de la sociedad, puedan establecerse excepciones a la aplicación de la legislación societaria. Este precepto es de especial importancia y permite a la entidad incluir en el acuerdo constitutivo de una sociedad “las especialidades internas tanto estructu-

rales como funcionales [...] que exceptúen la legislación societaria aplicable [...]. Esto es, podrán introducirse reglas distintas a las contenidas en las leyes societarias con relación a los órganos de la sociedad (por ejemplo, sobre la configuración de la junta o de otros órganos de gestión o de control) así como de carácter funcional (necesidad de evacuar informes por los funcionarios locales, fiscalización de gastos por el interventor municipal, determinados quórum para la adopción de acuerdos, el posible veto de la corporación [...]).”

Una libertad esta que merece ser realzada y puesta en conexión con la posibilidad permitida por la legislación societaria privada de incluir en la escritura aquellos pactos y condiciones que los socios juzguen convenientes siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios informadores de tales sociedades (artículos 10 de la LSA y 12.3 de la LSRL). Esta circunstancia, que se debe al carácter en buena parte dispositivo de la regulación legal, permite que en los estatutos se concreten los pactos que se tengan por más convenientes, tal por ejemplo ocurriría cuando se quisieran establecer prestaciones accesorias o crear participaciones con desigualdad de derechos. Lo mismo cuando se desee reforzar requisitos legalmente previstos como mínimos (fortalecer, por ejemplo, el principio mayoritario) o complementar las previsiones de la ley en el sentido de incorporar causas específicas de separación y exclusión de socios o de disolución de la sociedad. Incluso pueden acogerse reglas diferentes a las legales (cuando tengan lógicamente carácter supletorio, así por ejemplo artículos 29.2 o 50 de la LSRL). Es decir, que los estatutos, por medio de su adecuada redacción, podrán acoger la imaginación de los creadores de la sociedad para adecuarla a sus específicos intereses y designios. Más aún: es frecuente que haya acuerdos que no se recogen ni en la escritura ni en los estatutos; así, por ejemplo, pactos de adquisición preferente en caso de transmisión de acciones, opciones de compra o de venta de acciones, convenios sobre el ejercicio del derecho al voto, compromiso de no adoptar determinados acuerdos sociales o al menos de no hacerlo sin el consentimiento de un socio determinado, acuerdo sobre nombramientos de administradores. Se les llama *pactos reservados* o *parasociales* destinados a tratar de eliminar o prever tensiones o conflictos en el funcionamiento de la sociedad y a sustraer de la publicidad registral (que sí ilumina a los estatutos) determinadas reglas, bien de organización, bien de funcionamiento que no interese divulgar ni que sean conocidas por terceros. En todo caso, los mismos no serán oponibles a la sociedad (artículo 7.1 de la LSA), por lo que se trata de meros contratos que obligan a las partes, pero no a las personas ajenas a ellos (regla *res inter alios acta non nocet*), incluida la sociedad que, en su condición de tercero, no se ve en términos jurídicos afectada por tales acuerdos debiendo ajustar su proceder en todo

caso al contenido de la ley y de los estatutos (así, por ejemplo, un acuerdo contrario a los pactos secretos sería válido pero el socio incumplidor responderá ante los demás socios contratantes).

Acaso por la flexibilidad de funcionamiento de estas sociedades, acaso también porque, ya un poco de vuelta de las doradas promesas de las privatizaciones, se advierte en ellas la fórmula ideal para que caminen de la mano los capitales públicos y privados, lo cierto es que la proliferación de sociedades mixtas en nuestros días es un acontecimiento bien visible. Se dan en casi todos los sectores e incluso son la fórmula elegida para reconstruir viejas concesiones caducadas de servicios públicos.

3.2. Formas sociales

La primera cuestión que se plantea en relación con la utilización de la sociedad mercantil sólo parcialmente en manos públicas es la de precisar cuáles son las formas sociales que el ordenamiento permite, cuestión que ya abordé en relación con las sociedades de capital íntegramente público. No hay duda alguna en el caso de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (que permite la legislación catalana, artículo 282.2 del RCS, 301.2 del Reglamento de Aragón, artículo 216 de la Ley riojana, 302 de la gallega...).

Otro es el problema que han suscitado las sociedades cooperativas que fueron admitidas de manera explícita como formas de gestión en la legislación local en la LB (asimismo en la legislación catalana, artículo 295 del RCS, 315 del Reglamento de Aragón, 217 de la Ley riojana, 100 de la madrileña...). La Ley general de cooperativas de 16 de julio de 1999, sin embargo, no tiene muy presente a las entidades locales en su articulado, aunque admite como socios tanto a las personas físicas como a las jurídicas, públicas o privadas (artículo 12.1 de la ley), y hay una referencia explícita a las personas jurídico-públicas como posibles socios de la cooperativa (extremo en el que se insiste en alguna de sus modalidades, tal las de viviendas, artículo 89, las de explotación comunitaria de la tierra, artículo 95), salvo, como es lógico, aquellas pensadas exclusivamente para personas físicas, caso de las de trabajo asociado, o de las educacionales. Con tales limitaciones, puede una entidad local crear *ex novo* una cooperativa, adquirir participaciones de una ya existente o, en fin, celebrar un convenio con cooperativa única asimismo existente, supuestos estos dos últimos que exigirán normalmente la modificación de los estatutos sociales, salvo el caso de que se hubieran creado tales cooperativas con la idea de dar entrada posterior a la Administración y ya se hubiese tenido en cuenta este dato a la hora de redactar sus respectivos estatutos.

El problema se plantea ahora porque la referencia que se hacía a las cooperativas en la legislación local des-

de 1985 ha desaparecido por el reenvío contenido en el artículo 85.2.b) (en su redacción de 2003) a la legislación de contratos donde no se alude a ellas. Entiendo, sin embargo, que por el carácter abierto de la lista de formas de gestión de los servicios locales, ninguna dificultad existe para aceptarlas siempre que ello se haga en los términos autorizados por su normativa específica.

3.3. Vías para participar en una sociedad mercantil

Analizadas las formas societarias, procede en este momento explicar las vías o caminos de que la entidad local dispone para participar en una sociedad mercantil.

En primer lugar, es posible la creación de una sociedad mixta mediante la adquisición por la entidad local de acciones o participaciones de una sociedad ya existente, a través del acuerdo con los titulares de acciones o participaciones sociales o, en su caso, mediante la compra del paquete de acciones en Bolsa. La competencia para decidir la ostenta el Pleno ex artículo 22.1.f), que adoptará el acuerdo con la mayoría absoluta del número legal de miembros prevista en el artículo 47.2 de la LB cuando se trate de una operación cuya cuantía exceda del diez por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto [apartado g) del citado precepto].

Junto a la adquisición en Bolsa, cabe igualmente la expropiación de acciones, cuando la creación de estas empresas esté ligada a un proceso publicador. En el caso del convenio o acuerdo con los titulares de acciones o participaciones, es justamente en él donde deben regularse las peculiaridades que en la vida de la sociedad sea necesario introducir como consecuencia de la presencia en ella de la entidad local. Si tal acuerdo no existe o hay en él lagunas, es preciso estar a lo dispuesto en el artículo 105 del RS, según el cual seguirán en vigor sus estatutos si ello es posible aun cuando la junta general podrá modificarlos para adaptarlos a lo previsto en el propio RS.

En segundo lugar, puede crearse una sociedad mixta mediante la participación en la fundación de la sociedad de la corporación local junto a otros sujetos privados. Evidentemente, la sociedad, si es de responsabilidad limitada, sólo puede constituirse mediante una fundación simultánea –un único acto integrador de las voluntades de los fundadores–, por lo que a esta modalidad societaria no le es de aplicación el mecanismo de la fundación sucesiva propio de la anónima.

Una referencia sí es conveniente hacer a la transmisión de acciones que se realiza a través de las formas propias del ordenamiento privado, normalmente la tradición o entrega de los títulos (artículo 545 del Código de comercio), con las singularidades propias, en su caso, de las acciones nominativas (artículos 55 y 58 de la LSA). En el ámbito local, cuando de resultados de estas transmisiones exista alteración de la forma de gestión,

habrán de adoptarse los acuerdos mencionados *supra*. También es lícito imponer las restricciones a la libre transmisibilidad que permite el artículo 63 de la LSA (reservadas hoy ya claramente a las acciones nominativas por el citado precepto que erradica así la viciosa práctica tradicional de acciones al portador con cláusulas restrictivas de su libre transmisibilidad). Estas restricciones vienen determinadas en los estatutos aunque existen básicamente dos modalidades: una consiste en las llamadas *cláusulas de consentimiento o autorización*, que hacen depender la validez de la transmisión de la aprobación de la sociedad (que, a su vez, interviene con las cautelas contenidas en el artículo 63.3 de la LSA); la segunda, hace referencia a las cláusulas de adquisición preferente o tanteo que atribuyen a los demás socios, a la propia sociedad o, en su caso, a terceros derechos en orden a adquirir de forma prioritaria aquellas acciones que pretendan transmitirse por algún accionista. Estas cláusulas han de ser precisas, pues han de determinar las personas, el plazo y sobre todo el sistema para fijar el precio de adquisición (precio previsto en la operación proyectada o valor que resulte de aplicación de los criterios previamente fijados en los estatutos, que en ningún caso pueden impedir al transmitente obtener el valor real de las acciones, artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil). Por su parte, los negocios sobre las propias acciones se rigen por lo dispuesto en los artículos 74 y siguientes de la LSA. Naturalmente, todo esto vale para las sociedades anónimas, pues las de responsabilidad limitada tienen un régimen distinto de transmisión de las participaciones sociales por el hecho básico de que en estas sociedades, aun respondiendo al modelo capitalista, las cualidades personales de los socios adquieren en el sistema legal una especial importancia (artículos 29 y siguientes de la LSRL; para la adquisición de las propias participaciones, artículos 39 y siguientes del mismo texto legal).

Se permite tanto la aportación dineraria como *in natura* por parte del ente local (artículos 104.2 del TR y 109.1 del RS), siempre que el bien aportado sea valorable, convertible en dinero y susceptible de ser llevado al balance.

En los casos de aportación de bienes patrimoniales se impone el expediente de enajenación sin necesidad de subasta.

3.4. La concesión como aportación

Otro problema suscitan los artículos 104.3 del TR y 109.1 del RS cuando emplean la expresión *concesión* como posible aportación al capital social. El precepto del TR dice que las entidades locales podrán aportar exclusivamente la concesión, debidamente valorada, y el del RS, por su parte, precisa que en la escritura fundacional deberá fijarse el valor de la aportación, incluido el de la

concesión. Los mercantilistas no han visto dificultad alguna a esta singular forma de aportación al capital social. A mi juicio, la expresión *concesión* utilizada aquí por el legislador no tiene nada que ver con el modo de gestión sino con el traspaso de la competencia exclusiva que la Administración posee para entender en determinada actividad, a la facultad de utilizar la vía pública, al monopolio en su caso, en una palabra, al conjunto de potestades que emanan de la esencia del poder político.

Bien claramente lo dice hoy el artículo 182 del RC cuando señala que a la sociedad de economía mixta corresponderán los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos, con lo que se da por supuesta la diferencia entre ambas figuras.

3.5. Posibles privilegios de la entidad como socio y algunas singularidades

La corporación (o el ente público de ella dependiente) como accionista ostenta los derechos propios de éste, que básicamente (y sin perjuicio de otros que figuran a lo largo de los preceptos de la LSA) son los de participar en las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación, suscribir con carácter preferente en la emisión de nuevas acciones y obligaciones convertibles, asistir y votar en las juntas generales, impugnar los acuerdos sociales y recibir información (artículo 48.2). Parecidos derechos existen respecto de la participación en las sociedades de responsabilidad limitada, sólo que, al no existir un catálogo, es preciso ir descubriéndolos mediante la lectura de la ley: participar en las ganancias sociales (artículo 85), asunción preferente de nuevas participaciones en los aumentos de capital (artículo 75), asistencia a las juntas generales (artículo 49), examen de contabilidad (artículo 86), etcétera.

La corporación puede ostentar una situación privilegiada en la sociedad reservándose derechos propios de los fundadores o promotores por medio de las llamadas *cédulas o bonos de fundador*. También puede disponer de acciones privilegiadas que le atribuyan un mayor dividendo tal como prevean los estatutos que deben determinar su alcance y contenido dentro de los márgenes legales (artículo 50.3 de la LSA).

Cuando las acciones privilegiadas se crean en el momento de la fundación, los estatutos señalarán las distintas clases con exacta expresión de los derechos de cada una de ellas [artículo 9, letra g), de la LSA]. Si tales acciones se crean en un momento posterior habrán de cumplirse las formalidades del citado artículo 50 existiendo al efecto dos caminos: emitir nuevas acciones, fruto de un aumento del capital, o transformar las acciones ordinarias en privilegiadas (o preferentes), lo que se entiende incluido en los supuestos de modificación a que se refiere el artículo 148 de la LSA (precepto este de aplicación general siempre que se trate de la creación de acciones preferentes).

En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, las participaciones atribuyen a los socios los mismos derechos, con las excepciones expresamente establecidas en la presente ley (artículo 5.1 de la LSRL). Caben, pues, pactos estatutarios que modifiquen la regla de la igualdad en relación con el ejercicio de tres derechos: los de voto, participación en las ganancias y participación en el resultado de la liquidación. Es posible, pues, la existencia de participaciones con diferente número de votos (voto plural) o participaciones con voto plural indirecto (por ejemplo, atribuyendo a un grupo de socios integrantes de una clase de participaciones de igual número de votos que al resto de las participaciones, otorgamiento de un voto por cabeza cualquiera que sea el número o valor nominal de las participaciones poseídas) o con voto plural limitado (para algunos acuerdos, para un período temporal).

Fuera de estas singularidades, permitidas por la normativa societaria vigente, la entidad local, en su posición de socio, no cuenta con especiales ventajas; sin embargo, tal como hemos visto, el artículo 104.2 del TR admite que puedan establecerse especialidades internas tanto estructurales como funcionales que, sin perjuicio de terceros, exceptúen la legislación societaria.

3.6. Especialidades orgánicas

En estas sociedades mixtas la representación que ostentan en su junta general los representantes de la entidad local (alcalde o presidente de Diputación o personas en quienes éstos deleguen) responde al régimen de representación legal propio de las personas jurídicas. En cuanto al régimen de adopción de acuerdos, hay que tener en cuenta el artículo 107.1 del RS, según el que en los estatutos de las sociedades mixtas podrá establecerse que determinados acuerdos de los órganos de gobierno y administración de la sociedad deberán ser adoptados por la mayoría de las tres cuartas partes del número estatutario de votos, *siempre que la legislación societaria aplicable a las mismas lo permita*, lo que es el caso pues los quórum y mayorías legales pueden aumentarse con tal de que no quede desvirtuado el principio mayoritario (artículo 103.3 de la LSA). Por su parte el artículo 85 ter, párrafo tercero, salido de la reforma local de 2003, señala (ya lo hemos visto *supra*) que “los estatutos determinarán [...] la forma de funcionamiento de la junta general y del consejo de administración”. En el régimen general, los acuerdos se adoptan en la anónima, una vez logrados los *quórum* legalmente requeridos (artículos 102 y 103), por una mayoría de los votos concurrentes a la misma (artículo 93.1 de la LSA) con independencia de la participación accionarial que representen, es decir, se exige el voto favorable, no de la mayoría del capital social, sino de los votos de los asistentes a la junta válidamente constituida. Ahora, los esta-

tutos pueden alterar este esquema exigiendo en determinados supuestos mayorías reforzadas (no rebajadas) que podrían llegar a referirse no al capital presente o representado en la junta sino a porcentajes absolutos del capital social. Ya sabemos que el derecho de voto de cada accionista ha de corresponderse con el valor nominal de la participación que posea (artículo 50.2 de la LSA, que hemos visto), si bien se autoriza a los estatutos a limitar con carácter general el número máximo de votos que pueda emitir un mismo accionista (artículo 105.2 de la LSA). En las sociedades de responsabilidad limitada, la ley exige para la adopción válida de un acuerdo la mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social (artículo 53.1, que impone distintas mayorías para las distintas clases de acuerdos, párrafo segundo del mismo precepto). Por eso, en la LSRL no hay reglas sobre *quorums* pues sólo en el caso de que concurran las adecuadas mayorías de votos podrá la junta tomar acuerdos válidos. Los estatutos, por su parte, pueden incorporar modificaciones a este esquema (en los términos permitidos por el artículo 53.3 y 4 de la LSRL).

El consejo de administración es un órgano cuya existencia deriva de lo previsto en el artículo 108 del RS, donde, sin embargo, no hay una referencia explícita, al contrario de lo que ocurre en las sociedades de capital íntegramente público (artículo 90.2 del RS). Está facultado para realizar aquellas actividades a que obligue el objeto social y que no se hallen reservadas a la junta general.

En cualquier caso, la habitual existencia del consejo de administración plantea algún problema al que conviene hacer referencia. Me refiero fundamentalmente al relativo a si el ente local puede dar instrucciones u órdenes a los consejeros, representantes en la terminología de los artículos 104.3 del TR y 108 del RS. Desde la doctrina mercantilista, se entiende que no pueden existir relaciones directas entre un socio (es decir, en nuestro caso, la entidad local) y el administrador o administradores pues es la junta general la habilitada para dar orientaciones o instrucciones, que son la concreción de los intereses del socio, cuya valoración corresponde, no obstante, a la dirección de la sociedad, ya que una empresa mixta integra otros intereses junto a los generales o públicos perseguidos por el ente público-socio. Creo, no obstante, que esta solución resulta poco realista pues difícilmente se va a impedir que existan este tipo de relaciones directas, como corroboran, para el Estado, los artículos 176 y siguientes de la Ley del patrimonio de las administraciones públicas. Es más, constituye un supuesto de exoneración de la responsabilidad de los administradores cuando actúen diligentemente en la ejecución de las instrucciones recibidas.

Los primeros administradores deben ser designados

al constituirse la sociedad, los nombramientos ulteriores competen a la junta general (artículos 123.1 de la LSA y 58.1 de la LSRL). En la anónima el nombramiento tiene carácter temporal y no puede exceder de cinco años, pero cabe la reelección indefinida (artículo 126). En la de responsabilidad limitada, por el contrario, el nombramiento tiene vigencia indefinida, salvo previsión contraria de los estatutos (artículos 60.1 y 139.4).

La separación es libre (artículos 131 de la LSA y 68 de la LSRL) en las sociedades anónimas y puede estar condicionada a determinadas mayorías en las de responsabilidad limitada (así, artículos 68.2 y 139.5 de la LSRL). Es forzosa la remoción cuando el administrador realiza actividades en competencia con la sociedad o se encuentra en una situación de conflicto de intereses con ella (artículos 132.2 de la LSA y 65 de la LSRL). En cuanto a su retribución, me remito a lo ya expuesto en relación con las sociedades de capital íntegramente público.

Un problema conectado con la configuración orgánica de estas sociedades mixtas es el derivado de la existencia de participaciones sociales en cadena, frecuentes en la práctica. El Reglamento de Aragón acierta a reflejar esta realidad cuando dice (artículo 201) que las sociedades constituidas o participadas por las entidades locales, cuando así lo prevean sus estatutos, podrán fundar y participar en el capital de otras siempre que tengan como objeto social materias conexas, complementarias o accesorias del objeto de la sociedad originaria.

Es éste un asunto que genera ciertas sorpresas en un ordenamiento como el de las sociedades mercantiles pensado para unidades aisladas y que no contempla tal realidad prácticamente más que desde la perspectiva contable al obligar a la consolidación contable (artículos 42 y siguientes del Código de comercio) que pretende que la contabilidad del grupo refleje solamente sus operaciones externas eliminando los efectos y transacciones intragrupo.

3.7. Los programas de actuación, inversiones y financiación

Se incluyen como anexos del presupuesto general de la entidad pública, siempre que la participación de la entidad local sea mayoritaria [artículo 166.1.b) de la LHL, versión de 2004 antes citada]. Las previsiones de estos programas no tienen, como ya quedó indicado, el carácter limitativo propio de los presupuestos de las administraciones públicas. En la actualidad rigen para ellos los objetivos de estabilidad presupuestaria establecidos en la ley de 12 de diciembre de 2001.

El legislador, consciente de las lagunas existentes, ha introducido en la Ley general presupuestaria (de 2003) una disposición adicional (novena) que obliga al Estado a promover la celebración de convenios con las entidades locales, con el objeto de coordinar el régimen pre-

supuestario, financiero, contable y de control de las sociedades mercantiles en las que participen, de forma minoritaria, las entidades que integran el sector público de las entidades locales o los entes a ellas vinculados o dependientes, cuando la participación de los mismos considerada conjuntamente fuera mayoritaria o conllevara su control político. Curiosa forma de solucionar un asunto importante: remitirlo a un instrumento tan inapropiado como es el convenio.

3.8. Transformación, fusión, disolución, régimen de liquidación y escisión

El régimen jurídico de la transformación, así como el de la fusión, han quedado ya expuestos en el capítulo correspondiente a las sociedades íntegramente públicas. Nos consta asimismo la aplicación a estas sociedades de la legislación concursal mercantil, de la que sólo están excluidas las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de Derecho público (artículo 1.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio). Únicamente resulta oportuno añadir en este momento que, cuando se trata de servicios públicos gestionados por empresas mixtas en régimen de monopolio, su transformación en el régimen de libre comercio exigirá, además del respeto al procedimiento de los artículos 86 de la LB y 97 del TR, el consentimiento del capital privado de la empresa (artículo 112 del RS).

El capital privado presente en la sociedad debe quedar amortizado (lo que supone la devolución al socio privado, o socios en su caso, de las cantidades aportadas, representadas en el valor nominal de sus títulos, y, si es posible, la plusvalía o renta) durante el período de vigencia de la sociedad, por lo que no existe, en puridad, el llamado *derecho a la cuota de liquidación*.

Procede recordar, en fin, el contenido de la disposición adicional duodécima de la LB al que ya he aludido en el capítulo de las sociedades íntegramente públicas. Sabemos, pues, que los cambios que supongan la constitución de una entidad pública empresarial con la función de dirigir o coordinar a otros entes con naturaleza de sociedad mercantil local, la incorporación, en su caso, de participaciones accionariales de titularidad de la corporación o de un ente público de la misma a la entidad pública empresarial o de ésta a aquélla no están sujetos a la legislación del mercado de valores ni (en el caso de las sociedades mixtas) darán lugar al ejercicio de derechos de tanteo, retracto o cualquier otro derecho de adquisición preferente que estatutaria o contractualmente pudieran ostentar sobre dichas participaciones otros accionistas de las sociedades cuyas participaciones sean transferidas o, en su caso, terceros a esas sociedades. Se trata de cautelas que tratan de eliminar sorpresas y que, en todo caso, están en la línea

conservadora en que se mueve la legislación mercantil cuando aborda (aunque no se trata de supuestos idénticos) los efectos de la transformación de las sociedades (y de la que son ejemplos los artículos 228.1 de la LSA y 91.1 de la LSRL, 229 de la LSA y 88.3 de la LSRL, 232 de la LSA y 92.3 de la LSRL). ■