



FEDERACION ESPAÑOLA DE
MUNICIPIOS Y PROVINCIAS



CENTRO DE ESTUDIOS LOCALES Y TERRITORIALES

Ejemplar facilitado por:



FEDERACION
ANDALUZA
DE MUNICIPIOS
Y PROVINCIAS

GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES. SOCIEDAD MERCANTIL LOCAL

Impreso en papel reciclado

PONENTE: **JESÚS GONZÁLEZ PUEYO**
INTERVENTOR GENERAL DEL AYUNTAMIENTO DE
MADRID

ÍNDICE

I.- Introducción: la gestión de los servicios públicos locales.

II.- Sociedad mercantil local: régimen jurídico.

1.- Creación.

- a) Novedades de la nueva regulación.
- b) Transmisión de acciones.

2. Reglas de contratación.

3. Carácter de las Tarifas del Servicio.

4.- Forma de las Sociedades Mercantiles Locales.

5.- La aportación de bienes de dominio público.

6.- Presupuesto General y previsiones de gastos e ingresos.

7.- Transformación y disolución.

III.- Sociedades Mixtas.

1.- Gestión indirecta de los servicios públicos.

2.- Formas que pueden adoptar las Empresas Mixtas.

3.- Constitución de la Empresa mixta.

4.- Especialidades de las sociedades de economía mixta.

5.- Órganos.

6.- Régimen Presupuestario.

7.- Transformación y Disolución.

I.- INTRODUCCIÓN: LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.

La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, formula, en la redacción dada por el artículo 1.1 al artículo 85.1, un nuevo concepto de lo que se entiende por Servicios públicos locales. El texto anterior los definía por la finalidad que perseguían, “la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales”, en tanto que la nueva redacción conceptúa como tales todos “los que prestan las Entidades Locales en el ámbito de su competencia”. O lo que es lo mismo, queda vinculado el concepto de servicio público a la realización de cualquier actividad prestacional, siempre que se enmarque dentro de las competencias que se les atribuyan por las leyes sectoriales, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 25, 26 y 36 de la LRBRL, excluyéndose las otras formas de acción administrativa, cuales son las de policía y fomento. Se amplía, pues, el concepto de servicio público local, que no excluye su concurrencia con actividades ejercidas por el sector privado, en virtud del principio de libertad de empresa preconizado por el artículo 38 de la Constitución, y que difiere del concepto estricto de servicio público como servicio reservado por la Ley al sector público en régimen de monopolio por el artículo 86.3, y del ejercicio de actividades económicas de carácter privado y no público previsto en su artículo 86.1.

Otra modificación que ha de resaltarse en la nueva regulación de los servicios públicos locales es la que afecta a los modos de gestión tanto directa como indirecta, modificación que consiste, por lo que a aquella se refiere, en la regulación de una nueva figura constituida por la Entidad Pública Empresarial local, contemplada en el artículo 85 bis, y que viene a sustituir la de los Organismos Autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo. Los nuevos modos de Gestión directa de los Servicios Públicos son, por tanto:

- 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.

En relación con los modos de gestión indirecta también se contiene una importante modificación, consistente en adecuar tales modos de gestión a las formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 156 del TR de la LCAP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, con lo que desaparece la figura del arrendamiento.

Por lo que se refiere a los modos de gestión directa, como adelantábamos, aparece uno nuevo, constituido por la Entidad pública empresarial local, figura que no regula, remitiéndose para ello a los artículos 41 y siguientes de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). Ley que define como Organismos Públicos “los creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado, para la realización de cualesquiera de las actividades previstas en el apartado 3 del artículo 2, cuyas características justifiquen su organización y desarrollo en régimen de descentralización funcional”. Lo que significa tanto como decir que se encaminan a la ejecución o gestión tanto administrativa de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración, y cuyas características justifiquen su organización y desarrollo en régimen de descentralización funcional. Y aquí se observa una diferencia fundamental en relación con la regulación estatal, pues la LOFAGE denomina actividad de prestación a la de fomento, mientras que en ámbito local se identifica la actividad prestacional con la de servicio público en la nueva redacción del artículo 85.1.

Las Entidades Públicas empresariales se rigen por el derecho privado excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de sus potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en la LOFAGE, en sus Estatutos y en la legislación presupuestaria. El personal de estas Entidades está sometido al Derecho Laboral, a diferencia de lo que ocurre con los Organismos Autónomos, que admite las categorías de funcionarios y laborales entre su personal. No obstante la Ley de creación puede prever la posibilidad de que se cubran puestos por personal funcionario.

Su creación en el ámbito local corresponde al Pleno, conforme a los artículos 22.2.f) y 123 1 k), previa tramitación del expediente regulado por el artículo 97 del TRRL, para acreditar la conveniencia y oportunidad de la medida, y que contendrá la memoria jurídica y económica a que dicho precepto hace referencia, así como los Estatutos de la Entidad y el Plan inicial de actuación contemplado en el artículo 62.2 de la LOFAGE.

La LOFAGE distingue en Organismos Públicos y sociedades mercantiles estatales, las cuales 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, de control financiero y contratación, y en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad, como establece la Disposición Adicional 11ª de la LOGAFE y el artículo 85. 3 de la propia LRBRL. Se otorga rango de ley a una tradicional regulación reglamentaria en el ámbito local, pues mientras el

artículo 85.2 de la LRBRL y el artículo 95 del TRRL limitaban la gestión de servicios que implicaran ejercicio de autoridad a los supuestos de gestión directa, sin apellidos, sólo el RSCL limitaba la posibilidad del ejercicio de tales funciones a la gestión directa sin órgano especial de administración. Pues, en el artículo 43 dispone que “serán atendidas necesariamente por gestión directa sin órgano especial los servicios que impliquen ejercicio de autoridad”, para remachar, en el artículo 69.1, que ha de ser no sólo gestión directa, sino, además, sin que quepa otro órgano que no sea el propio servicio de la Corporación. Concepto que aún se aclara con más precisión en el artículo 68.1 del propio RSCL: “cuando la Corporación local interesada asume su propio riesgo y ejerce sin intermediarios y de modo exclusivo todos los poderes de decisión y gestión, realizando el servicio mediante funcionarios de plantilla u obreros retribuidos con fondos del presupuesto ordinario”. Hoy, con el número 3 de este artículo 85 ter, sólo se excluye a la sociedad mercantil local, además de las formas de gestión indirecta, de la posibilidad de prestar servicios que impliquen ejercicio de autoridad.

II.- SOCIEDAD MERCANTIL LOCAL: RÉGIMEN JURÍDICO.

1.- Creación.

a) Novedades de la nueva regulación.

La forma de gestión directa a través de Sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local *o a un ente público de la misma*, no presenta novedades esenciales respecto de la regulación hasta ahora vigente. Sólo observamos dos novedades en el artículo 85 ter en relación con el 103 del TRRL, constituidas, en primer lugar, por la remisión expresa que en el número 1 se hace a la sujeción de estas sociedades a la normativa contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, aspectos que hasta ahora se regulaban bien en la LRHL, artículos 200 y 201, en cuanto a la rendición de cuentas, 220 y 221, en cuanto a los controles de eficacia y de eficiencia, y 162 a 171, en cuanto a la normativa presupuestaria, bien en el TRLCAP, en su Disposición Adicional Sexta. En segundo lugar, no se contempla en la Ley local la obligatoriedad de la disolución prevista por el número 2 del artículo 103 del TRRL, cuando las pérdidas excedan de la mitad del capital social. Omisión que, sin embargo, no implica la desaparición de tal obligación, que se recoge expresamente en el artículo 260 del TR de la Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, que en su apartado 1, números 4º y 5º contempla esta causa de disolución, cuando se den pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social o cuando se reduzca el capital social por debajo del mínimo legal.

Tampoco se recoge en el texto del artículo 85 ter la obligación del desembolso íntegro del capital en el momento de su constitución. Aspecto éste que tampoco se contemplaba ni en la LRBRL ni en el artículo 103 del TRRL. Sólo el número 3 del artículo 89 del RSCL lo impone, pues el TRRL sólo obliga a que sea aportado íntegramente por la Entidad local. Ello provoca la duda de si ha de considerarse vigente el artículo 89.3 del RSC¹L. Para el Profesor Sosa Wagner², el capital ha de estar totalmente suscrito, y sólo desembolsado en los términos del artículo 12 de la LSA y no del RSCL. Esto es, en una cuarta parte por lo menos, como incorpora al derecho español el artículo 9 de la segunda Directiva societaria del Consejo 77/91 CEE. Hoy puede considerarse que al establecer el número 2 del artículo 85 ter de la ley 57/2003, de 16 de diciembre, que ha “ser aportado íntegramente”, parece que ha de entenderse que sí se ha derogado en este punto el RSCL, por lo que conforme a la LSA bastaría, como dice el profesor Sosa Wagner, con el desembolso de la cuarta parte.

Otra novedad a reseñar es la constituida por el contenido del número 3 de este artículo, pues serán ahora los Estatutos los que determinen la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección. Por ello, la Junta General ya no tiene necesariamente que ser el Pleno de la Corporación, ni ha de encontrarse constreñida la composición del Consejo por los artículos 73 – limitación del número de consejeros- o 93 –limitación de Concejales en el Consejo-.

b) Transmisión de acciones.

El hecho de que la Corporación sea la propietaria exclusiva del capital de la empresa, sin que pueda ser transferido ni destinado a otras finalidades, como expresa el número 2 del artículo 89 del RSCL³, salvo en los supuestos enumerados en los supuestos previstos en los artículos 95 a 101, no impide que sea posible la transmisión de acciones siempre y cuando se altere el status de la empresa. Al respecto, y acerca de la forma en que ha de realizarse la transmisión de las acciones, existe discusión entre la doctrina acerca de si tales transmisiones han de hacerse siempre por subasta, conforme al artículo 80 del TRRL⁴. Hoy, además, como mantiene Mercedes Fuertes⁵, es precisa la

¹ Artículo 89.3 RSCL “El capital de estas empresas habrá de ser *desembolsado* desde el momento de su constitución”. Esta imposición no tiene el mismo significado que la redacción actual del número 2 del artículo 85 ter: el capital deberá ser *aportado* íntegramente por la Entidad local.

² La gestión de los servicios locales, pag 98, colección Monografías Cívitas.

³ Artículo 89.2 RSCL: “La Corporación interesada será propietaria exclusiva de la empresa, y *no podrá ser transferido* ni destinarse a otras finalidades, salvo en los supuestos regulados en la Sección cuarta”.

⁴ La enajenación de bienes patrimoniales habrá de realizarse por subasta pública. Se exceptúa el caso de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario.

intervención de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 de su Ley Reguladora y en los términos del Decreto 291/1992, de 27 de marzo, de emisión de valores y oferta pública de ventas.

La exigencia de subasta, que, en efecto, es la que preconiza el Reglamento de Bienes y el TRRL, debe ser matizada conforme a la jurisprudencia y a la doctrina del Consejo de Estado. A tal efecto, podemos citar:

a) Doctrina del Consejo de Estado:

El dictamen de 27 de julio de 1994 mantiene que *“una consolidada jurisprudencia ha atribuido naturaleza administrativa a los contratos de enajenación de bienes patrimoniales municipales, cuando mediante enajenación se pretende cumplir una finalidad pública dentro de la competencia singular de la Administración (STS, Sala 4ª, 13 de noviembre de 1972), y este elemento finalista al configurarse como causa del contrato tiñe a éste de naturaleza administrativa (STS, Sala 3ª, de 11 de diciembre de 1978), elemento finalista que también se aprecia para calificar al contrato como administrativo en la STS de 5 de julio de 1993, Sala 4ª, en cuanto excluye que puedan calificarse como contratos civiles cuando pretenden o tienen una finalidad directa e inmediata conectada a objetivo de interés público”*.

Esto implica que no basta para que el contrato tenga naturaleza privada cuando su objeto sea la compraventa, si ella se realiza para una finalidad de uso o servicio público, pues en tal caso -cuando se incorpora como causa del mismo la consecución directa de una finalidad pública de la competencia del Ente local- el contrato deviene en administrativo y sujeto a las prescripciones del artículo 5.2 b) TRLCAP, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Es decir, en tales supuestos queda enervada la obligatoriedad impuesta por el artículo 80 del TRRL, cuando la finalidad de la enajenación no es la obtención de precio, sino la satisfacción de un interés público.

b) Doctrina Jurisprudencial.

La jurisprudencia ha mantenido la misma postura, avalando la postura de que la Administración y, en concreto, los Ayuntamientos, pueden utilizar la forma de concurso, con carácter general, para la elección del socio privado de una sociedad de economía mixta que gestiona un servicio público. Pues, al margen de la naturaleza eminentemente patrimonial de la venta de acciones de una sociedad pública, es admisible el concurso en aquellos supuestos en la

⁵ La Comisión Nacional del Mercado de valores, Valladolid 1994, pgs. 223 y ss.

finalidad de la operación es de gestionar indirectamente un servicio público mediante sociedad de economía mixta.

b.1). STSJ de Valencia, de 17 de enero de 2003

Aunque en esta sentencia se concluyó la improcedencia del concurso y la necesidad de subasta para la elección del socio privado de una sociedad hasta entonces íntegramente pública, de ella se desprende la admisión del concurso en el supuesto de gestionar indirectamente un servicio público, tras la adopción de los acuerdos pertinentes, y tras la tramitación del expediente de contratación conforme a la Ley de Contratos.

De acuerdo con la sentencia transcrita, cabe extraer las siguientes conclusiones:

- Con carácter general, la venta de acciones de una sociedad pública requiere la forma de subasta, de acuerdo con la normativa aplicable.
- Ello no obstante, podrá admitirse el concurso siempre que la elección del socio privado sea para gestionar un servicio público. En tal caso, y para que la adopción del concurso resulte conforme a Derecho, el respectivo Ayuntamiento debe proceder:
 - 1) a la Constitución de la fórmula de gestión indirecta de acuerdo con las normas procedimentales de adopción de los acuerdos pertinentes de la legislación local; y
 - 2) a tramitar el expediente de contratación conforme a las normas del Título II, del Libro II de la Ley de Contratos.

b.2). STSJ de Andalucía 25 de febrero de 2002

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 25 de febrero de 2002, analiza el procedimiento de elección del socio privado en el seno de la conversión de una sociedad íntegramente municipal (que gestiona un servicio público) a una sociedad de economía mixta.

A este respecto, la citada sentencia declaró lo siguiente:

"... Concretamente, señala la representación procesal del Concejal señor C. J y del Grupo Municipal Socialista que, «mientras que el Pliego de condiciones contenido en la Memoria aprobada inicialmente expresaba exactamente que el concurso, mediante procedimiento abierto, era para la adjudicación del derecho a adquirir el cuarenta y nueve por ciento de las acciones de «Emasagra, SA», el aprobado definitivamente tiene por objeto la adjudicación en la participación en la gestión del servicio de abastecimiento y saneamiento de Granada, mediante la integración en «Emasagra, SA, Sociedad mixta por compra del cuarenta y nueve por ciento de su

capital social

No hace más comentarios la representación procesal indicada, probablemente porque, pese a su afán invocador, entiende perfectamente que no se trata de ningún cambio de objeto, sino simplemente de un cambio de redacción, que revela inmediatamente que la definitiva es mucho más completa que la originaria y, desde luego, utiliza una terminología mucho más adecuada, pues es consecuencia lógica de la adquisición de las acciones la de que el adquirente participe en la gestión de la empresa mixta, como, por otra parte, se infiere de lo dispuesto en el artículo 137 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas".

De sus términos se deduce la relevancia otorgada a la gestión del servicio público, que considera que la elección del socio privado, al margen de la compraventa de acciones que tal operación comporta, conlleva necesariamente la gestión del respectivo servicio público por el adquirente de aquéllas.

La misma sentencia se plantea la forma de elección del socio privado, en el seno de un servicio público que, en un principio, era gestionado por una sociedad íntegramente municipal y analizó si la forma de elección del socio privado de una sociedad de economía mixta debía ser la subasta o el concurso, en los siguientes términos:

"De la dicción de los preceptos que acabamos de transcribir se infieren con claridad una serie de notas que vamos a reseñar a continuación, al tiempo que comprobamos la aplicación que de las mismas ha efectuado la Corporación demandada:

a) Conforme a los preceptos indicados⁶, la Administración Municipal demandada queda habilitada para utilizar el procedimiento abierto. pudiendo optar por la forma de subasta o de concurso debiendo recaer la adjudicación, en este último caso, en la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliego.

El Ayuntamiento demandado justificó suficientemente la opción elegida, al afirmar en la Memoria que el procedimiento abierto es el que facilita «la máxima participación posible de todos los empresarios interesados», y que se elegía el concurso «por imperativo legal, en el momento en que se valoran elementos o circunstancias diferentes del precio, aunque porcentualmente este elemento o criterio económico es el más primado entre los que son objeto de valoración para la selección de la proposición más ventajosa ...".

Conforme a ello, cabe, a nuestro juicio, para la elección del socio privado de una sociedad de economía mixta, el concurso en los términos apuntados, siempre que la decisión de acudir a tal procedimiento se encuentre debidamente justificada en el expediente administrativo.

⁶ Los citados preceptos son los artículos 75 y 76 de la antigua LCAP, que regulan con carácter general, la adjudicación de contratos administrativos por subasta o por concurso.

b.3) Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2003

En la misma línea se ha expresado el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de julio de 2003, de la que se desprende igualmente la adopción del concurso para la elección del socio privado de una sociedad mixta, al decir:

"En el presente caso, el pliego de condiciones aprobado por el Ayuntamiento determinaba con absoluta precisión el objeto del contrato en su cláusula primera y de lo que se trataba era de seleccionar el socio privado de una sociedad mixta a constituir con una participación del Ayuntamiento en su capital del 10% para la prestación ulterior por dicha sociedad de unos servicios ...

a) En la cuestión examinada nos encontramos con un sistema de concurso como procedimiento de selección de contratista, que tiene como finalidad la elección entre varios licitadores no del mejor postor desde el punto de vista económico, sino que teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, ofrezca la proposición más favorable, ostentando a estos efectos la Administración, evitando el automatismo de la subasta, un conjunto de facultades discrecionales para la selección, que expresamente ha reconocido este Tribunal (así, en sentencia de 18 de mayo de 1982 [RJ 1982, 3967]), por lo que esta discrecionalidad ha de ser apreciada teniendo en cuenta el concepto del interés público y la elección entre varias soluciones....",

En conclusión, puede mantenerse que aunque con carácter general, mediante la elección del socio privado de una sociedad, hasta entonces íntegramente pública, se realiza una operación de compraventa de acciones, de naturaleza eminentemente patrimonial, que debería ser realizada mediante subasta, ello no obstante, podrá admitirse el concurso siempre que la elección del socio privado lo sea para gestionar un servicio público. Aunque en tal caso, y para que la adopción del concurso resulte conforme a Derecho, el respectivo Ayuntamiento debe proceder: a la definición de la fórmula de gestión indirecta del servicio público mediante empresa mixta de acuerdo con las normas procedimentales de adopción de los acuerdos en la legislación local y a tramitar el expediente de contratación conforme a las normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Reglas de contratación.

La STS de 16 de marzo de 1973 –muy criticada por la doctrina– mantuvo que los contratos entre una Sociedad Anónima Municipal y un particular para la ejecución de obras de urbanización tenían carácter administrativo. Ello suponía desconocer que la esencia del contrato administrativo radica en las modulaciones que la presencia de una Administración Pública incorpora a su relación contractual. Además, de haber tenido continuidad dicha tesis, hubiera

supuesto acabar con la utilización del Derecho privado por las Administraciones Públicas.

Ahora bien, con ser cierto que los contratos celebrados por estas sociedades no son contratos administrativos, no por ello quedan fuera de las prescripciones que rigen la contratación pública. La Disposición Adicional Sexta del TRLCAP obliga a las sociedades mercantiles a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en el mismo, a ajustarse en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con tales principios. Afirmación que ha sido suavizada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, informe de 24 de octubre de 1995, al mantener que sobre la sujeción a tales principios no pueden darse soluciones concretas, ya que será la propia empresa la que deberá decidir la manera más adecuada de dar efectividad a los mismos. Ello, siempre y cuando no se trate de sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y concurra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo 1⁷, pues en tal caso quedan sujetas a las prescripciones de la Ley de Contratos 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 que superen determinadas cuantías⁸. Ha de distinguirse, por tanto, si conforme a la normativa comunitaria, reflejo de diversas sentencias del Tribunal Europeo, la sociedad está actuando como poder adjudicador o no. O sea, si actúa por cuenta de la Administración o si actúa en el campo meramente de los particulares. En el primer caso está sometida a todos los requisitos de publicidad y concurrencia, como si de la propia Administración se tratara, y por ello la modificación legislativa operada por el artículo 67 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, LMFAOS, en los artículos 2.1 y en la Disposición Adicional sexta del TRLCAP.

3. Carácter de las Tarifas del Servicio.

No existe unanimidad en la doctrina acerca de si las tarifas del servicio prestado por sociedad municipal de carácter mercantil tienen carácter de tasa o de precio o merced sometido a las prescripciones civiles o mercantiles. Este

⁷ Sujeta la actividad contractual a la presente Ley cuando 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.

⁸ Modificación del TRLCAP realizada por el artículo 67 de la LMFAOS 62/2003, de 30 de diciembre.

carácter es el que atribuye Sosa Wagner⁹ a las tarifas que remuneran a la Sociedad por la prestación del servicio.

La LRHL, en los dos primeros apartados del artículo 20, contienen la definición legal y los requisitos que han de darse para que estemos ante la figura tributaria de la Tasa. Y de tal definición se puede plantear la cuestión de si se produce el Hecho imponible en los supuestos en los que la prestación de servicios o realización de actividades administrativas no se realiza directamente, aunque sí en régimen de Derecho público. A este respecto, y visto el espíritu de las Sentencias del Tribunal Constitucional 185/1995 y 233/1996, de 16 de diciembre, para considerar si nos encontramos o no ante la figura de la Tasa, es tan importante la forma de prestación del servicio o realización de la actividad, esto es, si es directa o indirecta, como si concurren o no las circunstancias que según el Tribunal Constitucional suponen la existencia de coactividad:

- Que la prestación del servicio o la realización de la actividad venga impuesta por norma legal o reglamentaria.
- Que la actividad o el servicio sean imprescindibles para la vida social o privada del solicitante.
- Que el servicio no se preste o la actividad no se realice en régimen de concurrencia efectiva con el sector privado.

Este es el criterio que mantiene el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en su artículo 155, en los números 1 y 3:

- “1. En los servicios prestados directamente por la Corporación, con o sin órgano especial de administración o mediante fundación pública del servicio, o indirectamente por concesión otorgada a particular o Empresa mixta o por Consorcio con otros Entes públicos, las tarifas que hayan de satisfacer los usuarios tendrán la naturaleza de tasa y serán exaccionables por vía de apremio.
- 2 Si el servicio se prestare con arreglo a las formas de Derecho privado y, en especial, por Sociedad privada municipal o provincial, arrendamiento o concierto, las tarifas tendrán el carácter de precio o merced, sometido a las prescripciones civiles o mercantiles.
- 3 Cualquiera que fuere la forma de prestación, tendrán no obstante, el carácter de tasa las tarifas correspondientes a los servicios monopolizados y a los que fueran de recepción obligatoria para los administrados”.

⁹ Obra citada, pag 95.

Por lo que se refiere al número 2 del artículo 155 del Reglamento de Servicios habrá de entenderse que ha sido derogado por el párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que ha venido a aclarar qué es lo que ha de entenderse por prestación de servicios en régimen de derecho público. Elemento esencial del concepto de tasa, recogido tradicionalmente por los preceptos que la definían, pero que no había sido efectivamente concretado: la contraprestación se configurará como Tasa cuando la prestación del servicio o la realización de las actividades “se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público”. Queda claro, pues, que la forma de prestación del servicio no puede alterar la naturaleza de la contraprestación por dicho servicio. Sin embargo, surge la duda acerca de la firmeza de la argumentación anteriormente reseñada, y ello porque la Disposición Adicional cuarta de la LGT, en su número 1 remite a las disposiciones reguladoras de las Haciendas Locales, que reconoce como normativa aplicable a los tributos y demás ingresos de derecho público. Entiendo, no obstante, que el Reglamento de Servicios no se integra en la categoría de disposiciones reguladoras de las Haciendas Locales, y que, en consecuencia, hemos de considerar derogado el número 2 del citado artículo 155 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

4.- Forma de las Sociedades Mercantiles Locales.

Los artículos 103 del TRRL y 89 del RSCL obligan a adoptar cualquiera de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, por lo que, en consecuencia, las sociedades municipales sólo podrán adoptar la forma de sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada.

A la luz de las últimas regulaciones autonómicas se pueden distinguir las siguientes modalidades:

- La sociedad de ente local ordinaria.
- La sociedad de diversos entes locales (Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de Cataluña - ROAS-).
- La sociedad con acciones privadas sin voto (LSA y ROAS).
- Las sociedades en cadena (o en cascada).

La sociedad entre diversos entes locales y la sociedad local con acciones privadas sin voto, desnaturalizan, en cierta forma, la sociedad privada tradicional.

La sociedad de ente local ordinaria no presenta singularidad organizativa alguna respecto del régimen jurídico contenidos en los artículos 89 a 94 del RSCL.

La sociedad de diversos entes locales, que es configurada por el artículo 102 del RSCL como de naturaleza mixta, viene a distorsionar la realidad, sobre todo en un momento en el que existen vínculos de cooperación interadministrativa, como el convenio, previsto en los artículos 6 y 9 LPAC. El convenio interadministrativo entre entes locales constituye una manifestación de la potestad organizativa, tanto interna como asociativa, reconocida por la Carta Europea de Autonomía Local. Por ello, es factible considerar esta fórmula de sociedad formada exclusivamente por entes locales como sociedad privada municipal, lo que conlleva desterrar la consideración de sociedad mixta recogida en el RSCL.

Más complicada es la consideración como sociedad municipal a efectos de gestión directa de la figura de sociedad local con acciones privadas sin voto. El artículo 90 de la LSA permite la emisión de acciones sin derecho a voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado. El ROAS de Cataluña declara compatible este tipo de sociedad con la gestión directa del servicio, al continuar invariable en sus órganos de gobierno, en los que no participan los titulares de tales acciones.

Finalmente, la sociedad en cadena o en cascada se da en aquellos supuestos en los que una sociedad municipal crea, a su vez, otra sociedad encadenada a la anterior. Se contempla esta figura en el artículo 140 del ROAS de Cataluña.

5.- La aportación de bienes de dominio público.

La cuestión que queremos plantear con este apartado es la de si es posible inscribir sociedades municipales con un capital constituido por la transferencia de bienes de dominio público. Esta, que ha sido una práctica frecuente, ha sido considerada como una práctica irregular por la Dirección General de los Registros y del Notariado, por cuanto se opone tanto al propio régimen de los bienes de dominio público como al régimen de que el capital social, que es garantía para los acreedores, esté cubierto -en todo o en parte- con bienes de dominio público: inalienables, inembargables e imprescriptibles. Sólo cabe la adscripción cuando tales sociedades necesiten de ellos para el cumplimiento de sus fines, pero los bienes conservan su calificación jurídica originaria, correspondiéndole a la sociedad tan sólo su utilización, administración, explotación y conservación. Adscripción que no puede considerarse en ningún caso como aportación al capital de la sociedad.

6.- Presupuesto General y previsiones de gastos e ingresos.

La aprobación de los estados de gastos e ingresos que han de integrarse en el Presupuesto General de la Corporación conforme al artículo 164.1 c) del TRLRHL, corresponde a la Junta General. Tienen carácter de simple previsión, por lo que no

tienen carácter limitativo propio de los estados de gastos del presupuesto de la Entidad local. Su finalidad es la de ofrecer una valoración inicial y rendir cuenta al final del ejercicio.

7.- Transformación y disolución.

Las normas que en esta materia se contienen en la LSA son aplicables a las sociedades municipales con las especiales señaladas en los artículos 95 a 101 del RSCL.

La legislación mercantil contempla, en primer lugar, la transformación, que supone el abandono de una concreta forma social y la adopción de otra. Posibilidad que también se da en el ámbito local, con la sola particularidad de que han de descartarse aquellas formas societarias que no pueden ser utilizadas en los casos de estar el capital sólo en manos municipales.

La disolución se rige por los artículos 260 LSA, 104 LSRL y 98 del RSCL, y puede producirse:

- a) Por transcurso del término de duración.
- b) Por terminación del objeto de la sociedad.
- c) Por imposibilidad de realizar el objeto social.
- d) Por pérdidas, existiendo discrepancias entre la legislación mercantil y el RSCL.
 - En la legislación mercantil se exige que las pérdidas dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social.
 - En el RSCL, a su tercera parte, si bien ha sido derogado por el TRRL, artículo 103.2), que refiere las pérdidas a la mitad del capital social.
 - En la legislación mercantil la disolución puede evitarse reintegrando el patrimonio o reduciendo el capital, mientras que en el RSCL esta causa de disolución se formula de forma taxativa. El TRRL, artículo 103.2, mantiene la misma prevención: "será obligatoria la disolución".
- e) Por los procedimientos de fusión o absorción.
- f) Por acuerdo de la Junta General.
- g) Por quiebra de la sociedad.
- h) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal.

III.- SOCIEDADES MIXTAS.

1.- Gestión indirecta de los servicios públicos.

El artículo 85.2 B) prevé, para la prestación por gestión indirecta de los servicios públicos de la competencia local, las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 156 del TRLCAP,

aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Entre ellas, en el apartado d), se contempla 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.

Sin perjuicio de la aplicación del Derecho Privado, el Ordenamiento Jurídico-administrativo contiene particularidades. Así, el artículo 104.2 del TRRL permite que en el acuerdo constitutivo se puedan establecer determinadas especialidades que exceptúen la legislación societaria aplicable en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa mixta de carácter mercantil o cooperativo. Esto es, podrán introducirse reglas distintas a las contenidas en las leyes societarias con relación a los órganos de la sociedad, como, por ejemplo, configuración de la Junta General o de otros órganos de gestión o control; así como de carácter funcional, como posibilidad de exigencia de evacuar informes por los funcionarios locales, fiscalización de gastos por el Interventor, exigencia de determinados quorum para la adopción de acuerdos, posible veto de la Corporación, etc.

En sus relaciones externas, conforme a la Disposición Adicional Sexta del TRLCAP, la actividad contractual de las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos Autónomos, se someterá a los principios de publicidad y concurrencia, con la excepción prevista en la propia Disposición.

2.- Formas que pueden adoptar las Empresas Mixtas.

Conforme a lo previsto en el artículo 103 del RSCL, las empresas mixtas se constituirán mediante escritura pública, en cualquiera de las formas de sociedad mercantil comanditaria, anónima o de responsabilidad limitada.

A pesar de lo prescrito en este artículo 103, la doctrina pone en tela de juicio la posibilidad de acudir a la fórmula de la sociedad comanditaria. Albi¹⁰ considera que esta figura de sociedad comanditaria es incompatible con la sociedad de economía mixta local, pues la nota esencial de las comanditas consiste en la prohibición establecida por el último párrafo del artículo 148 del C. de c. según el cual “los socios comanditarios no pueden hacer acto alguno de administración de los intereses de la compañía, ni aún en calidad de apoderados de los socios gestores”. Por ello, no puede cumplirse uno de los requisitos esenciales de la Empresa mixta, cual es el de que no basta la aportación económica de la entidad pública, sino que dicha entidad habrá de colaborar directamente en el gobierno de la sociedad. Así se desprende de una serie de artículos del propio RSCL, como del artículo 104, que habla de

¹⁰ Tratado de los modos de gestión de los servicios públicos, pag. 430.

compartir la gestión social; o del artículo 106, en el que se permite que pueda establecerse un número de votos de la Corporación en los órganos de gobierno y administración inferior a la proporción de capital con que participare en la empresa; o del artículo 108, cuando regula la forma de nombramiento y composición de los representantes que correspondan a la Corporación en los órganos de gobierno y administración. Preceptos que demuestran que el requisito citado, de participación en el gobierno y administración, es consustancial a la naturaleza de la empresa mixta. Por tanto, si el Ente Local, en virtud del artículo 105 del TRRL¹¹, tiene limitada su responsabilidad a su aportación, tiene vedada la posibilidad de pertenecer al grupo de socios colectivos, que son los socios gestores, y, en consecuencia, excluida de la intervención en el gobierno y administración de la sociedad, con lo que se incumple la naturaleza que la ley otorga a este tipo de empresas mixtas locales.

Sin embargo, después de la reforma de la legislación de sociedades, quizá fuera posible admitir la forma sociedad Comanditaria por acciones, en la cual los socios comanditarios pueden llegar a condicionar la actividad empresarial por medio de los acuerdos que se adopten en Junta General, que son vinculantes para los socios colectivos.

3.- Constitución de la Empresa mixta.

El artículo 104 del RSCL contempla tres procedimientos por los que puede constituirse una Empresa Mixta. El primero, el de adquisición por la Corporación interesada de participaciones o acciones de empresas ya constituidas, en proporción suficiente para compartir la gestión social. El segundo mediante la fundación de la Sociedad con intervención de la Corporación y aportación de los capitales privados, bien por suscripción pública de acciones, bien por concurso de iniciativas en que se admitan sugerencias. Y, por último, por convenio con empresa única ya existente, en el que se fijará el Estatuto por el que hubiera de regirse en lo sucesivo. Esta última posibilidad no se contempla en el TRRL, artículo 104.2, párrafo segundo. Y, sin embargo, cabe aún otra posibilidad, cual es la que ya hemos estudiado anteriormente, de conversión de una sociedad municipal en mixta, en cuyo proceso creemos que ha de intervenir la Comisión Nacional del Mercado de Valores, conforme al artículo 61 de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores¹².

¹¹ Artículo 105 TRRL: "En las sociedades mercantiles o cooperativas a que se refiere el artículo anterior, la responsabilidad de la Entidad local se limitará a lo que expresamente conste en la escritura de constitución, sin que, en ningún caso, sea inferior al valor de los bienes o derechos aportados por aquella".

¹² Redactado por el artículo 4.19 de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la ley 24/1988 de 28 de julio, reguladora del Mercado de Valores.

4.- Especialidades de las sociedades de economía mixta.

La entidad local, como socio, no cuenta con especiales ventajas, salvo las que el artículo 11.1 de la LSA atribuye a los socios fundadores: podrán reservarse derechos especiales de contenido económico, cuyo valor en conjunto, cualquiera que sea su naturaleza, no podrá exceder del 10% de los beneficios netos obtenidos según balance, una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal y por un período máximo de diez años. O las que prevé el artículo 104.2 del TRRL, en cuanto permite establecer las especialidades internas, tanto estructurales como funcionales, que excepcionen la legislación societaria aplicable, en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa. Sin embargo, no es válida la creación de acciones con derecho a percibir un interés ni las de aquellas que en forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto o el derecho de suscripción preferente (artículo 50 LSA).

5.- Órganos.

En cuanto a la representación en la Junta General, responde al régimen de representación legal propio de las personas jurídicas. En cuanto a la adopción de acuerdos, el RSCL, artículo 107 establece que los acuerdos de los órganos de gobierno y administración de la Empresa mixta deberán ser adoptados por la mayoría de tres cuartas partes del número estatutario de votos en los casos de :

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

El Consejo de Administración ha de existir obligatoriamente, como se deduce de lo dispuesto en el artículo 108 RSCL, que marca la composición mixta de miembros de la Corporación y técnicos, en la proporción del 50%. Los consejeros nombrados por la Entidad local pueden ser libremente separados por ésta, conforme al artículo 108 del RSCL.

6.- Régimen Presupuestario.

A diferencia de lo que ocurre con las sociedades de capital íntegramente municipal, las previsiones de gastos e ingresos de estas sociedades no forman parte del Presupuesto General, pero han de unirse al mismo, como uno de sus Anexos (artículo 168.3 TRLRHL). Igualmente habrán de remitir, conforme a dicho precepto, los programas anuales de actuación, inversiones y financiación de las sociedades mercantiles de cuyo capital sea partícipe mayoritario la

entidad local, que conforme al artículo 166.1 b) TRLRHL ha de unirse como Anexo al Presupuesto General. Su contenido pone de manifiesto la aceptación de unos compromisos que serán utilizados a la hora del ejercicio del control sobre la empresa. Tales programas se integran, conforme al artículo 114 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, del estado de inversiones reales y financieras a efectuar durante el ejercicio; el estado de las fuentes de financiación de las inversiones; la relación de los objetivos a alcanzar y de las rentas a generar; y memoria de las actividades que vayan a realizarse.

Se someten al Plan General de Contabilidad de las Empresas Españolas, sin que les sean de aplicación las IICC aprobadas por sendas Órdenes de 17 de julio de 1990, pero su inspección se realizará por la Intervención de la Entidad Local, como se desprende del artículo 204.2 del TRLHL. Igualmente, están sometidas a los controles financiero y de eficacia, de los artículos 220 y 221 de la misma ley, en cuanto se encaminan a la comprobación del funcionamiento de los aspectos económico-financieros de las sociedades y al análisis del cumplimiento de sus objetivos. Igualmente, se someten al control del Tribunal de Cuentas, conforme al artículo 223 de la Ley.

7.- Transformación y Disolución.

Precisa de los mismos trámites y requisitos que hemos visto para las sociedades de capital íntegramente municipal. Si bien, conforme al artículo 112 del RSCL, los servicios gestionados por Empresas mixtas en régimen de monopolio no podrán ser transformados en el de libre concurrencia sin consentimiento del capital privado de la empresa.

La disolución se producirá en los mismos términos de la legislación mercantil, habiendo declarado el TS, Sentencia de 24 de marzo de 1987, que el Ayuntamiento no puede disolver por sí mismo una sociedad anónima mixta en la que participa como socio, pues ha de acudir al acuerdo de la Junta General o a una resolución judicial (artículo 260.2 LSA).

Para las sociedades de economía mixta existe, además la singularidad que deriva de la existencia del tope máximo de 50 años, conforme al artículo 157 c) del TRLCAP, que tiene carácter básico, y al artículo 108 del TRRL. Expirado el plazo, conforme al artículo 111.2 RSCL, revierte a la Entidad Local todo el activo y pasivo, así como las instalaciones, bienes y material de la empresa. Y en la Constitución o en los Estatutos ha de preverse la forma de amortización del capital privado, pues no existe el llamado derecho a la cuota de liquidación.