



LAS SOCIEDADES MERCANTILES URBANÍSTICAS DE CAPITAL INTEGRAMENTE PÚBLICO EN EL ÁMBITO LOCAL

Juan Alemany Garcías

Dipòsit Legal: T 997-2015

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

FACULTAT DE CIÈNCIES JURÍDIQUES

UNIVERSITAT DE ROVIRA I VIRGILI

TARRAGONA

DEPARTAMENT DE DRET PÚBLIC

LAS SOCIEDADES MERCANTILES URBANÍSTICAS
DE CAPITAL ÍNTEGRAMENTE PÚBLICO EN EL
ÁMBITO LOCAL

Tesis doctoral presentada por Juan Alemany Garcías y dirigida por la Dra. Judith Gifreu i Font, profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Barcelona

JUAN ALEMANY GARCÍAS

2014

1

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

LAS SOCIEDADES MERCANTILES URBANÍSTICAS DE CAPITAL INTEGRAMENTE PÚBLICO EN EL ÁMBITO LOCAL

Juan Alemany Garcías

Dipòsit Legal: T 997-2015

ABREVIATURAS

AGE	Administración General del Estado.
CC.AA.	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CPPI	Colaboración público privada internacional.
DA	Disposición adicional
DD	Disposición Derogatoria
DDTT	Disposiciones Transitorias
DF	Disposición Final
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
EMOP	Empresa Municipal de obras y Proyectos Urbanos de Palma
EPE	Entidad pública empresarial
FJ	Fundamento Jurídico.
INCASÒL	Instituto catalán del suelo.
JCCA	Junta consultiva de contratación administrativa.
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local
LCSP	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público
LdS	Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo
LEBP	Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto básico del Empleo Público
LEF	Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954
LGEP	Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre)
LFOTUN	Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Admi-

	nistraciones Públicas
LOUA	Ley 7/2002 de 17 de diciembre de ordenación urbanística de Andalucía
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reformada por Ley 4/1999
LRRRU	Ley 8/2013 de 26 de junio de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas
LRSAL	Ley 27/2013 de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la administración local.
LS/1956	Ley de 12 de mayo de 1956 de Suelo y Ordenación Urbana
LS/1975	Ley 1971975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 23 de marzo de 1995
LSA/TRLSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
LSUPV	Ley del Suelo del País Vasco
PGOU	Plan General de Ordenación Urbana.
PP	Plan parcial.
PMS	Patrimonio Municipal del Suelo
PPS	Patrimonio público del suelo.
RBCL	Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales
RCCL	Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, Aprobado por Decreto de 9 de enero de 1952
RGLC	Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos
RGU	Real Decreto 3288/1978, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística

ROAS	Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las entidades Locales de Catalunya, aprobado por Decreto cat. 179/1995, de 13 de junio (DOGC de 23 de junio)
ROF	Real Decreto 2586/1986, de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.
RPU	Real decreto 2159/1978 reglamento de planeamiento.
RSCL	Decreto, de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SEC	Sistema europeo de Cuentas
SMAP	Sociedad Municipal de aparcamientos públicos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STPI	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las CCEE
STS	Sentencia del tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TRLSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia del Régimen Locales
TRLS/92	Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.
TRLS/76	Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana.
TRLdS/2008	Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el cual se aprobó el texto refundido de la ley del suelo.
TC	Tribunal Constitucional

TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
VPP	Viviendas de Protección Pública
VPO	Viviendas de Protección Oficial

ÍNDICE:

ABREVIATURAS	pág.2
PREÁMBULO: EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO INSTRUMENTAL. UN NUEVO REGIMEN LOCAL SURGIDO DE LA CRISIS.	pág.11
CAPÍTULO 1.- LIBRE INICIATIVA PÚBLICA EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA	pág.22
1.1. Los servicios públicos locales en el marco de la actual crisis económica.	pág.22
1.1.1. La tendencia de la administración local a huir del derecho administrativo: la reconsideración de dicha postura en la actual crisis económica.	pág.37
1.1.2. La influencia de la Ley 27/2013 de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la administración local en los entes instrumentales y, concretamente, en las sociedades municipales urbanísticas.	pág.44
1.1.3. Creación de nuevos entes.	pág.49
1.1.4. Redimensionamiento del sector público local.	pág.53
1.1.4.1. Sociedades municipales con plan económico-financiero o de ajuste.	pág.53
1.1.4.2. Sociedades urbanísticas de segundo escalón.	pág.58
1.1.4.3. Medidas recientes que afectan a los entes instrumentales locales (sociedades urbanísticas municipales).	pág.58
1.2. El enigma de la descentralización funcional.	pág.62
1.2.1. Los expedientes acreditativos de oportunidad y conveniencia en el sector público local como mecanismo de control.	pág.62
1.2.2. Razones por las que un municipio decide crear una sociedad mercantil urbanística. Comparativa con la gerencia como forma administrativa de organizar el urbanismo.	pág.72
CAPITULO 2.- EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACTIVIDADES PRESTADAS POR LAS SOCIEDADES URBANISTICAS MUNICIPALES	pág.79
2.1. El objeto social en las sociedades municipales urbanísticas.	pág.79
2.1.1. Estudios urbanísticos.	pág.83
2.1.2. Actividad urbanizadora.	pág.84
2.1.3. Gestión y explotación de obras resultantes de la urbanización.	pág.96

2.1.4. Las actividades urbanísticas permitidas en el objeto social de las sociedades. El control de las actividades urbanísticas por el poder judicial.	pág.98
2.1.5. El objeto de las sociedades urbanísticas y su relación con el contenido de las encomiendas de gestión.	pág.106
2.1.6. La exigencia de justificación de interés general en relación con el objeto de las sociedades.	pág.111
2.1.7. Especiales posiciones de las sociedades en relación con el objeto de las mismas.	pág.118
2.1.8. La indeterminación del objeto social las técnicas del levantamiento de velo.	pág.124
2.2. Algunos aspectos del funcionamiento de las sociedades municipales urbanísticas.	pág.128
2.2.1. Capacidades de las sociedades municipales urbanísticas.	pág.128
2.2.2. Adquisición, transmisión, modificación, constitución y extinción de toda clase de derechos sobre bienes muebles e inmuebles.	pág.129
2.2.3. Realización de convenios con organismos competentes.	pág.130
2.2.4. La Enajenación de parcelas resultantes de la ordenación.	pág.131
2.2.5. La Gestión los servicios implantados.	pág.132
2.3. Las encomiendas de gestión y su especial problemática jurídica.	pág.132
2.3.1. El contenido de las encomiendas de gestión y su relación con el objeto de las sociedades urbanísticas.	pág.132
2.3.2. La encomienda de gestión y su especial posición respecto a la Ley de contratos del sector público.	pág.153
2.4. Aspectos organizativos de las sociedades urbanísticas.	pág.163
2.4.1. La junta general.	pág.170
2.4.2. El consejo de administración	pág.174
2.4.3. La Gerencia.	pág.179
2.4.4. Personal al servicio de las sociedades.	pág.180
2.4.5. Suscripción y desembolso de capital. El capital social.	pág.182
2.4.6. Extinción de las sociedades. Disolución y liquidación.	pág.184

CAPITULO 3.- LIMITES EN LA CONTRATACIÓN DE LAS SOCIEDADES MUNICIPALES URBANISTICA; DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PODER ADJUDICADOR.	pág.188
3.1. La defensa de la competencia como contenido esencial de la libertad de empresa.	pág.190
3.2. El concepto de libre competencia, como limitación de las sociedades urbanísticas de suelo y vivienda.	pág.195
3.3. La defensa de la competencia en relación al principio de igualdad en el ámbito económico.	pág.199
3.4. Límites a la competencia con especial referencia a las subvenciones cruzadas justificativas de interés general.	pág.210
3.5. Influencia del derecho comunitario en el sistema de defensa de la competencia en el ordenamiento jurídico español. Ayudas de Estado.	pág.217
3.6. Las especiales posiciones de las sociedades urbanísticas como Ayudas del Estado y su vinculación con el principio de igualdad constitucional del art. 14 CE.	pág.227
3.7. Régimen especial de contratación de las sociedades municipales urbanísticas.	pág.234
CAPÍTULO 4.- LA GESTIÓN URBANISTICA POR LAS SOCIEDADES MUNICIPALES	pág.264
4.1. Breve repaso a la legislación estatal urbanística que regulan las sociedades urbanísticas.	pág.264
4.2. El patrimonio municipal del suelo. Antecedentes históricos y legislativos.	pág.269
4.3. Las sociedades municipales urbanísticas como gestoras del patrimonio municipal del suelo.	pág.282
4.4. Las legislaciones autonómicas que regulen el patrimonio público del suelo, gestionados por sociedades urbanísticas. Los casos de Andalucía y Cataluña.	pág.291
4.4.1. Legislación urbanística en Andalucía.	pág.291
4.4.2. Legislación urbanística en Cataluña.	pág.293
4.5. Los fines del patrimonio público del suelo. El concepto de interés social en las diferentes legislaciones autonómicas.	pág.298
4.6. La cesión gratuita de la propiedad de bienes patrimoniales simples. Estudio del régimen jurídico.	pág.313
4.7. La enajenación de parcelas a favor de sociedades públicas urbanísticas.	pág.330
4.8. Aportación de bienes del patrimonio municipal al capital social de la empresa pública.	pág.333

4.9. Régimen particular de la enajenación de terrenos por las sociedades municipales de gestión urbanística.	pág.337
4.10. Las sociedades públicas de gestión urbanística como beneficiarias de la expropiación forzosa.	pág.341
4.10.1. Las sociedades o entes públicos autonómicos de gestión urbanística y la exposición forzosa.	pág.341
4.10.2. Las sociedades municipales de gestión urbanística como beneficiarias de la expropiación.	pág.346
4.10.3. La atribución del carácter de beneficiario de la expropiación a través de sus estatutos sociales.	pág.347
4.10.4. La necesaria presencia de expediente municipalizador para la atribución del carácter de beneficiarias a las sociedades municipales.	pág.349
CAPITULO 5.- UNA ALTERNATIVA VIABLE: EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES MIXTAS URBANÍSTICAS LOCALES.	pág.352
5.1. Planteamiento inicial. Concepto de sociedad mixta local. Proceso de constitución.	pág.352
5.2. Régimen de contratación de las sociedades urbanísticas mixtas.	pág.365
5.2.1. El objeto social de las sociedades mixtas urbanísticas y sus características esenciales.	pág.365
5.2.1.1. La transformación de una sociedad mercantil íntegramente pública en una sociedad de economía mixta. La decisión de transformación de la sociedad pública.	pág.376
5.2.1.2. Enajenación de acciones, selección de socio privado y adjudicación del contrato.	pág.379
5.3 La Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea, de 12 de Abril de 2008. Un punto de inflexión normativa en la relación entre la administración matriz y la sociedad de economía mixta.	pág.385
CAPITULO 6. - BREVE REFERENCIA AL RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES URBANÍSTICAS.	pág.392
6.1. Régimen general financiero de las sociedades públicas.	pág.392
6.1.1. Plan de ajuste como reflejo del principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.	pág.392
6.1.2. Los controles del sector público instrumental a nivel financiero.	pág.402
6.2. Endeudamiento de las sociedades mercantiles urbanísticas.	pág.404

6.3. El coste efectivo de los servicios.	pág.410
CONCLUSIONES	pág.414
BIBLIOGRAFÍA	pág.423

PREÁMBULO: EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO INSTRUMENTAL. UN NUEVO REGIMEN LOCAL SURGIDO DE LA CRISIS

El trabajo de investigación centra mi atención precisamente en la reestructuración del sector público instrumental de la administración pública local en nuestro país. Esta crisis económica ha hecho que sea de especial interés el estudio de la figura de sociedades mercantiles urbanísticas, por la excesiva cantidad de entes instrumentales que existen en nuestra administración local y por el abuso que ha existido en la última década con estas entidades, con finalidades reales muy distintas a las causas que motivaron su creación. Huir del derecho administrativo no es la única solución para que el urbanismo sea más ágil. La misma debe replantearse por el coste que supone el mantenimiento de las sociedades urbanísticas, ya que la gran mayoría de ellas son deficitarias, y todo ello unido a la crisis del sector inmobiliario, son criterios suficientes como para replantearse la reorganización de los entes instrumentales. Para ello, creo que era importante analizar no sólo cómo nacen las mismas, sino realmente la actividad que llegan a prestar para mejorar un servicio público. A nadie se le escapa que el concepto de servicio público es hartamente debatido. Sin embargo, creemos que en el ámbito local es pacífico delimitarlo en base a que se trata de una actividad prestacional en materias vinculadas a la esfera competencial de las entidades locales, criterio que se refuerza tras la reforma operada en la Ley de bases de régimen local por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local (BOE de 17 de diciembre). Esta norma se nos ofrece un concepto legal de servicio público local más ajustado que el que nos ofrecía en su redacción original, pues se deja en claro que el servicio público se circunscribe a la actividad prestacional. De acuerdo con ello es posible distinguir, entre servicio público y mero ejercicio de actividad económica, e, incluso, dentro del servicio público es posible distinguir su acepción amplia de su acepción estricta, y servicio público en sentido amplio, todo ello de acuerdo con el art. 85.1. de la LBRL, ya que consiste en la realización por parte de la

entidad local de una actividad prestacional (se excluyen, por tanto, las otras dos formas de acción administrativa, esto es, de policía y fomento) en el marco de las competencias que resultan de las leyes sectoriales en cumplimiento de lo establecido en los arts. 25 (competencias municipales), 26 (servicios municipales de prestación obligatoria) y 36 (competencias provinciales) de la LBRL.

Podemos definir el servicio público en sentido estricto como la realización por parte de la entidad local de una actividad prestacional de carácter reservado en régimen de monopolio por el art. 86.3 de la LBRL, y el ejercicio de actividades económicas de carácter no público, sí no privado en base al art 86.1 y 2 de LBRL. Precisamente a estas actividades económicas se refieren los arts. 128.2 CE y 96 TRRL, y, según García Morago, “son aquellas que, aun debiendo ser aptas para satisfacer el interés público, no pueden ser desarrolladas bajo el manto del servicio público, por no presentar puntos de conexión precisos y claros con las materias que la Ley vinculada a la esfera competencial de las entidades locales”. De ahí resulta que cabe diferenciar entre actividades económicas que no son servicios públicos y servicios públicos de carácter económico. Lo que a nosotros más nos interesa averiguar es la posibilidad de que una sociedad mercantil municipal pueda desarrollar estas actuaciones, como se estudiará de manera detallada en el capítulo primero.

Para empezar quiero manifestar que no existe un objeto dogmático de sociedad mercantil municipal y ni tan siquiera existe una definición legal de la misma. Ello no nos debe de extrañar pues, como veremos, ni tan siquiera resulta pacífico concretar qué se entiende por “sociedad mercantil local” o por “sociedad mercantil estatal”. Sin embargo, aun reconociendo que es harto problemático, creemos factible delimitar a nivel doctrinal el concepto de sociedad mercantil municipal, lo cual nos servirá para interpretar mejor la vigente normativa legal. A nuestro modo de ver, parece evidente que la “sociedad mercantil municipal” es una sociedad que, de una forma, pertenece a un Ayuntamiento. Y como que los ayuntamientos son una entidad local, resultará que la sociedad mercantil municipal es una especie de “sociedad mercantil local”. Y como

que las entidades locales son entes públicos, también es evidente que no dejan de ser una subespecie de la “sociedad mercantil pública”. Dicha esta obviedad, resulta forzoso detenernos en el art. 85.2.A) de la LBRL, el cual, a la hora de enumerar los medios de gestión directa de los servicios públicos, incluye a la *“Sociedad mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma”*. Si aplicamos esta definición de “sociedad mercantil local” a la expresión, forzosamente más restringida, de “sociedad mercantil municipal”, tendremos que, siquiera sea en una primera aproximación, por ella cabrá entender aquella sociedad cuyo capital social pertenece íntegramente al ayuntamiento o a un ente público del mismo, esto es, a sus organismos autónomos o a sus entidades públicas empresariales. De ahí ya se deduce cuál es la característica más determinante de su naturaleza, se trata de una sociedad que, como tal, tiene personalidad jurídica propia, y por ende no es ente público, sino que, simplemente, está constituida por un ente público. De ahí, el interés del presente trabajo de investigación de estudiar las peculiaridades jurídicas y posiciones privilegiadas de estas sociedades que siempre tendrán el respaldo, así como la garantía subsidiaria de la administración matriz para llevar a cabo las encomiendas de gestión que se les vaya encargando. Es para mí una prioridad, en el presente trabajo de investigación, encontrar una solución para que estas empresas públicas no sean vistas como una solución únicamente para escapar de los servicios o de los actos de intervención y secretaría municipal, creando unas conflictividades innecesarias respecto a los modelos clásicos de gestionar el urbanismo entre ellas, las Gerencias de Urbanismo. La causa de creación de dichas empresas debe ser únicamente valorada cuando se haya demostrado la agilidad y eficiencia en la gestión urbanística, y por supuesto comparando los costes burocráticos llevados a cabo por los municipios en comparación con otros organismos administrativos ya creados o incluso comparándolo con el sistema gestión indirecta de un servicio público.

Analizando jurídicamente su régimen jurídico interno, sus modalidades de contratación, su contabilidad financiera, así como su régimen de titularidad

y patrimonios, observamos el *modus operandi* tan peculiar de esa administración paralela que son las sociedades municipales urbanísticas. Se trata de valorar precisamente a raíz de la crisis económica en la que estamos inmersos, el verdadero resultado de los entes instrumentales, que pueden verse mermados por las políticas de recesión y por ende por la fusión de empresas públicas. Aquella euforia desproporcionada de escaparse de las trabas burocráticas de la administración matriz, no ha hecho más que poner de relieve el problema actual de la masificación de entes instrumentales, que tienen competencias en la organización y gestión del servicio público. Tal y como manifiesta Felio Bauza Martorell, en su manual *La desadministración pública*, la creación de sociedades mercantiles suele provocar que se les traslade el ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se está poniendo entre dicho todo el cuadro de garantías de los ciudadanos que los poderes públicos están llamados a defender, lo cual provoca que el derecho administrativo sea un “*totum revolutum*” público privado que genera una respuesta basada en la inseguridad jurídica, en el nominalismo de las instituciones, y en la merma de garantías. Y cuando una realidad tiene una justificación clara y una halagüeña proyección de futuro, no queda más remedio que aceptarla y pensar en las medidas que el legislador pueda adoptar para racionalizar el sector público instrumental, medidas que profundizaremos a lo largo de nuestra investigación. Quizá la crisis económica que vivimos sea el momento de replantearse la posibilidad y conveniencia de que la administración pública local rehuya de la aplicación del derecho administrativo para la realización de los fines de interés general, utilizando instituciones jurídicas reguladas por el derecho privado que se justifican únicamente por razones de rapidez y eficacia, pero que implican la disminución de controles y la garantía de la actividad administrativa. La Administración y sus entes instrumentales constituyen una herramienta de ejecución de las políticas públicas al servicio objetivo de los intereses generales. Por ello, la racionalización del sector público instrumental en general, y del subsector empresarial en particular, ha de abordarse teniendo en cuenta que se trata de una pieza más a ensamblar dentro de un planteamiento más amplio de reforma, modernización, mejora y buen go-

bierno de la Administración para el siglo XXI. No puede pues encararse como una pieza aislada y exclusivamente bajo los dictámenes de la crisis, es decir, la necesaria y apremiante respuesta a corto plazo ante una situación verdaderamente sangrante de deuda y déficit público que impone rápidas medidas de “taponamiento” en la herida del Estado y que ha hecho planear la sombra de la bancarrota. Por el contrario, consideramos que se impone un enfoque de mayor altura, también íntimamente ligado al modelo de organización territorial, al grado de descentralización y efectiva atribución y ejercicio de competencias, a evitar duplicidades, así como a la transparencia y la buena administración. Cabelmente, se impone una reflexión más profunda que permita pensar estrategias más allá de la coyuntura actual – por muy grave que ésta sea- sobre *qué Administración queremos* y necesitamos y no limitarse sólo a análisis puramente eficientistas de la Administración como si de una empresa se tratase, pues ha de garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales. La crisis económica y financiera ha hecho aflorar una situación que no por intuida ha venido a confirmarse con toda su crudeza, la existencia de una pléyade de entes instrumentales carentes de justificación desde la perspectiva del servicio de eficiencia y fidelidad a los intereses generales, amén de un pozo sin fondo para el endeudamiento de las arcas públicas. Por ello en cumplimiento del acuerdo para garantizar la sostenibilidad de las finanzas públicas se han adoptado toda suerte de planes y medidas de racionalización, reestructuración o reordenación del sector público. El objetivo primordial del trabajo de investigación es que el lector pueda reflexionar sobre si la utilización mercantilista en el campo del urbanismo aporta mayor o menor seguridad jurídica que la utilización del derecho administrativo, garantista de *res publica*. Es importante, en primer lugar, analizar por qué se crean dichas sociedades, es decir, cuál es la iniciativa económica local, cómo desarrollan su actividad a través de los órganos de gobierno, y finalmente cuál es la influencia del derecho europeo en la configuración de dichas entidades, en especial su régimen de contratación pública, así como su régimen fiscal y presupuestario. También será muy importante en la presente investigación analizar cuál es la actividad realmente prestada por dichas socie-

dades, todo ello en relación con el objeto social y también con el respaldo de la administración territorial. Dicha administración tendrá unas relaciones de actividad que encomendará a las sociedades municipales urbanísticas, que deben ser objeto de estudio por la importancia que las mismas tienen para el avance y progreso del derecho administrativo del siglo XXI.

Así es objetivo primordial del presente trabajo de investigación estudiar la evolución que han tenido las sociedades municipales urbanísticas durante el siglo XX hasta nuestros días, cambiando radicalmente la visión de un derecho administrativo intervencionista a un derecho de liberación y desregularización de la actividad pública.

El modelo europeo de economía de mercado y Estado social de Derecho, que imperaba en el periodo inicial del siglo XX, aconsejaba diseñar políticas económicas bajo el concepto «regulación-monopolio-intervención directa del Estado en la economía». Sin embargo desde los años ochenta hasta nuestros días, el cambio en el contexto socio-económico y político, guiado por la Unión Europea y la internacionalización de los mercados aconsejan que las políticas económicas se diseñen bajo el signo claro de la desregularización-liberalización-privatización del servicio público.

Es importante decir que las empresas públicas urbanísticas deben estar sometidas a la reflexión y a un juicio sereno sobre la estructura, formas jurídicas y oportunidad en que la Administración Local realice su actividad económica, a través de una empresa y sobre todo si la misma se configura como sociedad anónima. Espero que este trabajo sirva para reflexionar sobre la conveniencia de utilizar estas sociedades, en un campo no exento de polémica y de gran inseguridad jurídica como es el urbanismo.

La situación de crisis y la renovación en la que está inmerso el derecho administrativo han proporcionado diferentes mutaciones en el ámbito del derecho público, produciéndose un desbordamiento de la administración pública, con la creación de sociedades mercantiles de capital público. Por otro lado la

influencia notable de la globalización, así como las aportaciones del derecho europeo en materia de contratación, requieren un enfoque totalmente renovado del funcionamiento y estructura de las sociedades urbanísticas, todo ello teniendo en cuenta la reciente Ley 27/2013 de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la administración local. Se pone así fin a un largo y tortuoso proceso de elaboración normativa, en el que llegó a barajarse un muy elevado número de borradores de anteproyecto. Aunque muy probablemente el principal punto de inflexión que marcó el devenir de la Ley en formación fue el Dictamen del Consejo de Estado (Nº567/2013), fechado el 26 de junio, en cuanto vino a ratificar parte de las vulneraciones de la autonomía local constitucionalmente garantizada de las que ya se había alertado desde diversos sectores. El Gobierno, atendió buena parte de las sugerencias del Consejo de Estado, procediendo a corregir algunas de las evidentes erosiones de dicha autonomía que mantenía en la última versión del anteproyecto.

Sin embargo, a fin de mantener en la medida de lo posible las líneas maestras de la reforma pergeñada por el Gobierno, tal modificación requirió la superposición –a modo de retazos- de correcciones en el cuerpo del texto inicial, configurándose un más denso e intrincado entramado de relaciones entre las propias entidades locales y entre los diversos niveles de gobierno. Y de otro lado se apuntala la sujeción de los municipios a las reglas de disciplina fiscal impuestas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (en adelante, LOEP). Todo ello a fin de no apartarse de ineludible objetivo de avanzar en la consolidación fiscal de los gobiernos locales. Y a la vista de la escasa eficacia de operar en la vertiente de los ingresos dado su hundimiento con ocasión de la crisis, se consideró que era fundamentalmente mediante la reducción del gasto como se podía asegurar que la administración local cumpliera con sus límites de déficit presupuestario y de endeudamiento, asegurándose así su sostenibilidad financiera. De hecho, el compromiso asumido inicialmente por España frente a Bruselas en el Programa de Estabilidad 2012-2015 cifraba en 3.500 millones de euros el potencial de

ahorro a obtener en 2013 por las reformas normativas previstas en materia de administración local (señaladamente por la supresión de las competencias impropias). Cuantía que se elevó a 8.000 millones de euros de ahorro, según la versión del Programa Nacional de Reformas fechada el 26 de abril de 2013. En resumidas cuentas, del conjunto de medidas que podrán adoptarse en base a la Ley 27/2013, el Gobierno central espera alcanzar durante el periodo 2014-2019 una reducción del gasto ligeramente superior a los 8.000 millones de euros, según los datos obrantes en el Plan Presupuestario para 2014 de las Administraciones Públicas.

¿Cómo alcanzar dicha reducción estructural del gasto local? Como a nadie se le oculta, y así se pone de manifiesto en las prácticas reformistas seguidas en otros países, dos son las fórmulas más contundentes y directas para conseguir dicho objetivo: o bien se opera en el número de las entidades locales, atajando una pretendidamente excesiva fragmentación del mapa municipal, o bien se actúa en las necesidades de gasto locales, recortando los servicios que han de prestar a sus vecinos. Pues bien, sobre ambos planos se proyecta la Ley 27/2013, aunque con alcance y un énfasis muy diferentes, según tendremos ocasión de comprobar más adelante. En el mismo preámbulo de la Ley ya se nos va desvelando de manera clara cuál será el criterio de aplicación en la creación de dichos entes instrumentales que es el plan de racionalización y sostenibilidad de las finanzas públicas, con el único objetivo de mejorar la eficiencia y reducir el gasto público. De ello nos ocuparemos expresamente en el apartado referido a la Ley 27/2013 y su incidencia en las sociedades municipales urbanísticas.

Por lo demás, el presente trabajo de investigación centrará su atención en su capítulo primero en estudiar las formas de creación de dichos entes instrumentales. En el capítulo segundo, el régimen jurídico de las actividades prestadas por las sociedades urbanísticas municipales. En el capítulo tercero, se estudiará con detalle la contratación pública de las sociedades municipales, urbanísticas, así como el nuevo concepto europeo de poder adjudicador. El capítulo

cuarto, profundizará sobre los aspectos urbanísticos de las sociedades municipales. El capítulo quinto estudiará en profundidad el régimen jurídico de las sociedades mixtas en la medida que podrían constituir una posible alternativa a las sociedades de capital íntegramente público como sistema de gestionar el urbanismo. De entrada debo señalar que es importante estudiar el régimen de dichas sociedades como alternativa a la prestación de la gestión directa de un servicio público, ya que el riesgo económico se reparte entre socios públicos y privados, así como el nuevo sistema que mantiene la Ley 27/2013 en la denominación de las mismas como “sociedades de segundo escalón”. Por último en el capítulo sexto se estudiara brevemente el régimen económico financiero de dichas sociedades, con especial referencia a las modificaciones introducidas por la Ley 27/2013 de 27 de diciembre.

Finalmente debemos hacer alusión al concepto de derecho administrativo que en nuestros días nos ha tocado vivir, condicionado por la crisis económica, así como por la abusiva masificación de sociedades urbanísticas en nuestro país. Debemos tomar como referencia el modelo comparado del derecho alemán, como una forma de control necesaria a la flexibilización y a las nuevas exigencias de nuestra sociedad, que ha derivado en la búsqueda por parte de la administración pública de soluciones eficientes y eficaces en el ámbito de derecho privado. Todo ello intentando establecer un conjunto de normas que tratan de ofrecer garantías de que la administración, aún cuando hace uso de formas jurídico-privadas, como es el caso de las sociedades urbanísticas, no pierden la finalidad última de su actuación, que es la satisfacción del interés general, como viene establecido en nuestra Carta Magna, en el artículo 103. Creemos que lo argumentado nos conduce a un nuevo concepto de derecho administrativo, el llamado derecho privado de la administración pública.

Hemos de señalar que la creación de sociedades mercantiles locales en el ámbito urbanístico y sus especiales capacidades para flexibilizar su gestión, así como su abusiva creación por parte de muchos municipios de nuestro país, no ha hecho más que alimentar “la mala prensa” de las sociedades urbanísticas,

que desde nuestro punto de vista tenían una buena intención como entidades dinamizadoras de la economía municipal, creando una colaboración público-privada, en la que con la aplicación del derecho privado el alcance de los fines públicos urbanísticos, tenían razón de ser. Sin embargo en la práctica, como expondremos en el presente trabajo de investigación, en muchas ocasiones su creación ha tenido como objetivo burlar al derecho administrativo. Es necesario cohonestar el principio de legalidad con el principio de eficacia, muy especialmente en temas tan importantes como contratación o la selección de personal de las empresas públicas urbanísticas. Por ello ha sido importante la reciente aprobación de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local, ya que establece en relación a las sociedades municipales, locales unos criterios y límites que restringen esa iniciativa municipal en la intervención económica local, tanto para la creación como para el mantenimiento de estas peculiares sociedades.

El TRLCSP integra en un texto único todas las modificaciones que se han venido realizando a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP), la más destacables de estas modificaciones son las introducidas por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, en cuya disposición final trigésima segunda, el Gobierno se ha amparado para aprobar el TRLCSP. Esta Ley de economía sostenible introducía una serie de medidas para alcanzar la sostenibilidad financiera del sector público, al amparo del art. 31 CE, que impone la obligación a los poderes públicos de programar y ejecutar el gasto público conforme a criterios de eficiencia y economía sin menoscabar la autonomía local, lo que hace urgente que las entidades locales se vuelvan mucho más escrupulosas a la hora de gestionar su actividad económica.

No querría finalizar sin hacer referencia al R.D Ley 4/2012 de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un adecuado procedimiento de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales, con especial referencia en lo

que en el presente trabajo nos interesa, al art. 2.3. De acuerdo con este precepto son entidades locales todas las mencionadas en el art. 3. de la LBRL así como todos sus organismos y entidades independientes que pertenezcan íntegramente a las entidades locales, incluidos el inventario de entes del sector público local (Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de estabilidad presupuestaria), lo que incluye también a las sociedades mercantiles locales. Por lo tanto, podrán acogerse al mencionado mecanismo de pago, los proveedores que tengan obligaciones pendientes de pago con entidades locales o cualquiera de sus organismos y entidades dependientes, incluidas las sociedades mercantiles locales urbanísticas.

CAPÍTULO 1.- LIBRE INICIATIVA PÚBLICA EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

1.1. Los servicios públicos locales en el marco de la actual crisis económica.

El servicio público es una teoría francesa, formulada por la denominada Escuela de Burdeos, cuyo profesor León Duguit lo identifico con la total actividad del Estado *“toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desenvolvimiento de la interdependencia social y de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”*. Eduardo García de Enterría, señala que para la creación u organización de un servicio público se ha englobado siempre como actividad perteneciente a la facultad discrecional de la administración, incluso en el caso de que la propia Ley hubiese adoptado al respecto una decisión de principio, ya que esta decisión se presentaba normalmente como una simple autorización, más que como un verdadero mandato. Sobre estas bases es comprensible que se negara al ciudadano la titularidad de un verdadero derecho, exigible en la vía jurisdiccional, a la implantación efectiva del servicio.

La aproximación a la noción o el concepto del servicio público¹, entendida como la actividad que realizan las administraciones locales a favor de los ciu-

¹ CANO CAMPOS,T; *La actividad de las administraciones públicas*; Vol. II, Iustel, 2009, págs..124-125; La referencia al servicio público admite varias interpretaciones en nuestro Derecho: En términos amplios, se refiere a cualquier tipo de actuación o actividad administrativa (en este sentido se emplea en el art. 106 de la Constitución al establecer el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas). En términos estrictos, se refiere a un tipo de actividad prestacional de la Administración vinculado a la satisfacción de necesidades de la colectividad, que pueden satisfacerse de forma general para todos los ciudadanos o de manera específica para cada uno de ellos (a ellos se refiere la clasificación entre servicios *uti universo* y *uti singuli*). La definición de servicio público en términos estrictos es imprecisa; hace referencia a un tipo de actividad, regida por reglas de Derecho Público y que se endereza

dadanos para la satisfacción de necesidades cotidianas y colectivas, su evolución o transformación se va a hacer desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, como parte del ordenamiento jurídico europeo, pero sin olvidar su proyección iberoamericana. El derecho administrativo europeo cuenta ya con una base jurídica-práctica a través de sus cuatro principales vías: la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las comunidades europeas, la legislación común dictada en el seno de la unión, el derecho regulador de las relaciones jurídicas que directamente entablan las instituciones comunitarias con los ciudadanos, con las empresas, y, por último, la vía del derecho comparado. La doctrina ha expuesto, que precisamente por esta última vía del derecho comparado se ha desarrollado de forma natural un derecho administrativo iberoamericano cuya espontaneidad y el intercambio de experiencia tiene aún un mayor calado ente los países pertenecientes a la comunidad iberoamericana. En todo caso esta afinidad y comunidad de reglas en el ámbito administrativo iberoamericano está ya en relación con el derecho administrativo europeo al contar con dos ordenamientos jurídicos -el español y el portugués- implicados en ambos sistemas, los cuales, de distinta forma, están viéndose afectados por el influjo de una mayor liberalización de origen anglosajón. Se ha dicho que el servicio público² es el alma del derecho administrativo. En gran parte su ori-

a la satisfacción de necesidades colectivas. Estas, por lo demás, son variables en función del estado de la técnica, de la situación cultural o de la conciencia social (el acceso a Internet o las redes inalámbricas ilustran nuevas necesidades en los tiempos actuales), a las que tradicionalmente el Derecho ha pretendido atender con la técnica del servicio público aunque, como se indica, surgen alternativas en la ordenación jurídica.

² CANO CAMPOS,T; *La actividad de las administraciones públicas*; Vol. II, Iustel, 2009, págs.128-129; Como señala S. Muñoz Machado, en la formulación clásica de la noción de servicio público predomina un componente orgánico, de tal forma que las actividades que asume el Estado gozan de un régimen jurídico específico, protagonizado en lo sustancia por la posibilidad de excluir la intervención de los sujetos privados, además por predicarse de las actividades así calificadas rigen unas reglas de prestación sumamente especiales, presididas por las ideas de continuidad y regularidad en la prestación, conforme a un régimen jurídico exorbitante respecto al Derecho común. Este modelo inicial se proyecta también con especial intensidad en los denominados servicios económicos, y no solamente en los asistenciales y educativos, al hilo de los cuales se justifica inicialmente esta técnica de intervención. Puede completarse esta descripción inicial con la existencia de un régimen económico individualizado, es posible que se contemplen contraprestaciones económicas a cargo de los usuarios, que fija, conforme a sus propios criterios, la Administración titular del servicio, además las reglas de financiación (en

gen está en Francia. Todo ello se debe a la denominada Escuela Realista de Burdeos la configuración durante la transición del siglo XIX al XX del servicio público como la base del derecho administrativo. La doctrina administrativista ensaya una delimitación más precisa del concepto de servicio público, y la escuela de Burdeos considera que el servicio público es el alfa y el omega del derecho administrativo, el criterio que permite deslindar con rigor y precisión la competencia de la jurisdicción administrativa. Para un miembro destacado de la escuela de Burdeos, son tres los rasgos que caracterizan al servicio público: continuidad de la prestación, adaptación a las cambiantes necesidades del interés general, e igualdad de los usuarios.

Un desatacado profesor francés de la escuela de Toulouse dice que son tres las notas que permiten caracterizar el concepto de servicio público, una organización pública de poderes, de competencias y de costumbres, la prestación al público de un servicio regular y continuado, la idea de policía en sentido elevado de la palabra, de donde se deriva la consecuencia de que sólo pueden orientarse a la satisfacción de la utilidad pública, excluyéndose que el fin del servicio sea el enriquecimiento, ya que la riqueza económica no es una necesidad pública sino privada.

Los intentos para construir una noción estricta y con unos perfiles jurídico-dogmáticos suficientemente perfilados del concepto estricto de servicio público³ fracasan, pues la doctrina no llega a encontrar suficientes puntos en común.

particular cuando la prestación del servicio se efectúa por un Ente instrumental) no se someten a las reglas habituales del mercado, sino que consienten (en otros casos exigen) financiaciones presupuestarias en el caso de que el resultado económico no sea, al menos, equilibrado.

³ DE LA CUÉTARA, J.M; *La actividad de la administración*; Ed. TECNOS S.A, 1983 págs. 129-130; A partir de la división de jurisdicciones, en Francia León DUGUIT y su “escuela de Burdeos” convirtieron el servicio público en el elemento nuclear del Derecho Administrativo al utilizarlo para distinguir lo que debe integrarse y lo que no en la jurisdicción contencioso-administrativa. En palabras de su sucesor, Gastón Jeze, es clarísima la identificación “servicio público y Derecho Administrativo”.

“Decir que en determinada hipótesis existe servicio público equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, puedan aplicar los procedimientos de derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organiza-

El llamado concepto estricto de servicio público varía de un autor a otro, cada profesor hace su propio listado de rasgos característicos, y los académicos no logran perfilar una noción uniforme que satisfaga a la generalidad de la dogmática del derecho. Es su “Rapport Public” del año 1994, el Consejo de Estado destaca que hay tres grandes principios básicos que inspiran la prestación de los servicios públicos, la igualdad de los usuarios frente al servicio, la continuidad del servicio, la adaptación del servicio a las cambiantes necesidades exigidas por la recta satisfacción del interés público rasgos éstos últimos que hacen nacer la teoría del riesgo imprevisible y del equilibrio económico-financiero entre la administración y el concesionario.

Junto a esos tres principios básicos el Consejo de Estado francés examina otros de menor entidad como: la neutralidad y carácter laico del servicio público, la participación de los usuarios, la transparencia y responsabilidad y, simplicidad y accesibilidad. Analizando el concepto de servicio público en el derecho comparado, podemos destacar que en Alemania, el derecho distingue doctrinalmente entre actividad no económica (*nicht wirtschaftliche Betätigung*) y actividad económica (*Wirtschaftliche Betätigung*). La actividad no económica en dicho país presupone la existencia de una competencia administrativa, de acuerdo con su régimen de atribución competencial a favor del municipio y coincide generalmente con el ejercicio de la misma en el ámbito de los servicios de asistencia vital y sólo esta condicionada a razones de interés público, a la capacidad de gestión del ente local y a la satisfacción de una necesidad general que no puede satisfacerse de otra forma.

ción del servicio público sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico. Toda vez que se está en presencia de un servicio público propiamente dicho, se verifica la existencia de reglas jurídicas especiales, de teorías jurídicas especiales, todas las cuales tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, satisfaciendo en la forma más rápida y completa que sea posible las necesidades de interés general. En cuanto sometida al Derecho Público, la doctrina francesa llegó a identificar todo tipo de actuación administrativa con el concepto de servicio público, concepto que, en consecuencia, define y distingue el régimen administrativo.

La referencia al servicio público en nuestro país admite varias interpretaciones. En términos amplios, se refiere a cualquier tipo de actuación o actividad administrativa (en este sentido se emplea en el art. 106 de la Constitución al establecer el régimen de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas). En términos estrictos, se refiere a un tipo de actividad prestacional de la administración vinculado a la satisfacción de necesidades de la colectividad, que pueden satisfacerse de forma general para todos los ciudadanos o de manera específica para cada uno de ellos (a ellos se refiere la clasificación entre servicios *uti universo* y *uti singuli*).

La definición de servicio público en términos estrictos es imprecisa, hace referencia a un tipo de actividad, regida por reglas de derecho público y que se endereza a la satisfacción de necesidades colectivas. Estas, por lo demás, son variables en función del estado de la técnica, de la situación cultural o de la conciencia social (el acceso a Internet o las redes inalámbricas ilustran nuevas necesidades en los tiempos actuales), a las que tradicionalmente el derecho ha pretendido atender con la técnica del servicio público aunque, como se indica, surgen alternativas en la ordenación jurídica.

Sin embargo en nuestro país se puede señalar que la situación y el concepto de servicio público no es muy distinta a la jurisprudencia y doctrina del derecho francés antes citado. A esta conclusión se llega tanto si se examina la jurisprudencia en materia de contratos o responsabilidad patrimonial, como sí se estudia la doctrina del Consejo de Estado. En términos generales el concepto de servicio público se perfila entorno a tres características, la prestación de un servicio para satisfacer necesidades generales de la persona, la regularidad-continuidad del servicio y su sometimiento al derecho administrativo. Aunque está plenamente determinado el origen histórico del servicio público, su delimitación conceptual es una de las tareas más difíciles para los estudiosos del derecho administrativo en gran parte, como señala Tomas Quintana debido a que el reconocimiento de una actividad como de servicio público tiene mucho de contingente, pues no siempre tenemos los ciudadanos la misma percepción

acerca de lo que son actividades o servicios indispensables y esenciales para que el conjunto de la comunidad pueda observar un adecuado modo de vida. Además, las formas que utilizan las administraciones públicas para las prestaciones que integran los servicios públicos son muy diversas: unas veces utilizan su propia estructura jurídico público; otras veces se sirven de formas de carácter jurídico privado; o, en fín, pueden servirse de particulares para que sean éstos quienes realicen las prestaciones inherentes al servicio público. También son diversas las maneras mediante las que se puede llegar a atribuir a una determinada actividad la consideración formal de servicio público, estructurando el mismo en tres elementos, la administración titular⁴ del servicio, la entidad gestora, sea ésta la administración, en cualquiera de sus modos gestores directos, o la entidad gestora indirecta; y, los usuarios del servicio de que se trate, realizándose un estudio pormenorizado de la posición de estos tres sujetos en las relaciones de prestación del servicio. En el ordenamiento jurídico español algunas disposiciones parten de un concepto omnicomprendivo del servicio público equiparable con toda forma de actuación administrativa como la recogida en el artículo 103.2 de la Constitución Española o el propio artículo

⁴ En las Sentencias de 11 de diciembre de 1997 (Job Centre II) y de 8 de junio de 2000 (Giovanni Carra) ha declarado que los establecimientos públicos de colaboración se encuentran sometidos a las prohibiciones del artículo 86 del Tratado, en la medida en que su aplicación no imposibilite el cumplimiento de la misión particular que les ha sido encomendada, añadiendo que el Estado miembro que prohíbe toda actividad de mediación de empleo, cuando aquella no se ejerce por los establecimientos públicos, contraría el artículo 90 cuando concurren tres condiciones de forma acumulativa; los establecimientos públicos no se encuentran, manifiestamente, en situación de satisfacer, para todas las actividades, las demandas que presente el mercado de trabajo; el ejercicio efectivo de las actividades de contratación por parte de las sociedades privadas se torna en imposible por el mantenimiento de disposiciones legales que prohíben tales actividades so pena de aplicar sanciones administrativas o penales; y las actividades de contratación afectan a los nacionales o a los territorios de otros Estados miembros. Esta doctrina limita, desde otra perspectiva, la capacidad de los poderes públicos internos de establecer, en sectores tan singulares como el afectado, prohibiciones a la intervención en actividades económicas de los sujetos privados, que era –como ya se ha hecho notar– una de las características propias de la noción tradicional de servicio público. El resultado último que se obtiene es el de sostener la necesidad de articular las reglas comunitarias sobre competencia con las técnicas tradicionales de intervención en los sectores económicos (presididas por la idea de servicio público), de tal forma que se hace imprescindible reformular su significación y alcance.

139.1 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Otras disposiciones reflejan un concepto amplio (denominado por algunos autores servicio público objetivo, impropio o virtual) que puede definirse como cualquier actividad prestacional del Estado que vaya dirigida a satisfacer necesidades sociales. Y finalmente otras disposiciones reflejan un sentido estricto del concepto (en lo que se define por parte de la doctrina como servicio público subjetivo) en el que será toda aquella actividad esencial para la sociedad que haya sido reservada mediante ley a la exclusiva titularidad pública. La concepción omnicomprensiva, o el concepto de servicio público objetivo, impropio o virtual, está en estos momentos en desuso ya que confunde el concepto de servicio público con las funciones públicas, actividades intrínsecas a la idea del Estado como organización política cuya tradicional expresión son justicia, defensa, policía o relaciones exteriores. No obstante existe un posicionamiento doctrinal que en parte defiende esta concepción en base al concepto de servicio de interés general que se está imponiendo en la Unión Europea. En todo caso es mayoritaria la posición de la doctrina con una concepción del servicio público en sentido subjetivo o estricto, que tendría amparo en el artículo 128.2 de la Constitución española, la cual se basa en una positivista reserva legal de actividades consideradas esenciales para la sociedad en el que los rasgos más característicos son la declaración del servicio público mediante ley formal, el carácter esencial del servicio –sinónimo de utilidad pública o utilidad general– y el interés general –que corresponde al legislador de forma fundada y razón a da determinar. Casi siempre nos encontramos ante una situación en la que por una lado hay servicios públicos ya constituidos e implantados, con un sistema más o menos definido cuyo alcance, y regulación son susceptibles de revisión y, otros servicios necesarios e inexistentes que hay que implantar, cuya o estudio es objeto de este apartado. Como se indica por parte de los operarios jurídicos la elección de la forma de gestión de los servicios públicos es una decisión distinta y separable de la que supone la constitución del servicio, se trata de una decisión autónoma que corresponde adoptar por el Pleno, en el marco de sus potestades de auto-organización, para lo que cuenta

con un margen de discrecionalidad que exige la demostración expresa de que se elige la forma que más conviene al interés general según criterios de oportunidad y buena administración, lo que requiere análisis prospectivos, con datos objetivos que obligatoriamente se han de reflejar en una Memoria del expediente de municipalización, elaborada por una comisión de estudio. Esta memoria ha de explicitar los datos y criterios para elegir la alternativa idónea, cuando el servicio suponga el ejercicio de actividades económicas (el Reglamento de servicios de las corporaciones locales en sus artículos 59 al 62 desarrolla el contenido en los distintos aspectos).

En cuanto a la forma de gestión de los servicios, la Ley de Bases de Régimen Local, en su artículo 85.2, las clasifica en gestión directa e indirecta cuyas modalidades concretas expondremos brevemente a continuación, junto a ellas existen unas fórmulas innovadoras de actividades prestacionales y de colaboración, a veces incluidas como formas de gestión indirecta. Señala Sosa Wagner que la expresión directa que utiliza el legislador local no resulta muy precisa desde el punto de vista lingüístico ya que en varias de las formas de gestión aparece la figura de intermediario con personalidad jurídica independiente de la entidad local de forma que algunos tratadistas, como García Enterría⁵, distinguen las formas de gestión directa entre indiferenciadas o gestión directa stricto sensu y diferenciadas, fuera ésta puramente orgánica, patrimonial o mixta existiendo también la diferenciación en función del órgano que gestión a la activi-

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E, RAMÓN FERNÁNDEZ, T; *Curso de derecho administrativo ii*, Civitas, Madrid, 1993, pág. En términos generales, el punto de partida, que tiene su base en una óptica normativa acostumbrada a limitar su perspectiva a un interés general difusamente entendido, en base al cual la norma o bien habilita actuaciones concretas de los entes públicos, o bien establece cautelas (preferentemente presupuestarias o financieras) ante posibles desviaciones del interés general así contemplado. Sólo en casos excepcionales acertaban las normas a situarse en la perspectiva concreta del ciudadano necesitado de asistencia o protección y ello gracias al estímulo que a estos efectos proporcionaba la singular organización de ciertos servicios o prestaciones, bien porque su gestión venía confiada a empresas privadas en calidad de concesionarias, bien porque la prestación misma se articulaba sobre una base formal de carácter más o menos contractual, en la que el servicio requerido se presentaba como la contraprestación obligada de un pago en dinero realizado por el propio ciudadano.

dad. En todo caso es conocido que las formas de gestión directa están reservadas a los servicios que implican ejercicio de autoridad que en ningún caso pueden prestarse mediante formas de gestión indirecta. Las sociedades municipales urbanísticas son actividades económicas que se prestan a través del sistema de gestión directa del servicio público, en concurrencia con la iniciativa privada, justificando su intervención por motivos de interés general, que entendemos que en el caso que nos ocupa pueda generar ciertas dudas, porque el servicio público no tiene una relación directa con el ciudadano como otros servicios en los que se sufraga por parte del mismo, por precio o tasa pública. Por ello al analizar la crisis económica actual conlleva, implícitamente reflexionar sobre el presente y el futuro de la administración local, con especial referencia a su forma organizativa-burocrática y los medios instrumentales como formas de prestación de los servicios públicos. Todo ello nos debe llevar a reflexionar sobre el proceso del desarrollo de la administración pública local, bajo los parámetros influyentes del derecho comunitario y por supuesto con la crisis económica-financiera como telón principal de fondo, en una sociedad actual de globalización de las finanzas, y con el fracaso de la teoría de la autorregulación del propio mercado.

Eduardo García de Enterría afirmaba que el derecho administrativo es la disciplina jurídica, que tiene una vinculación más estrecha con la evolución de la política, la economía y la sociedad. Al respecto creemos que no es casualidad que la crisis económica actual ponga sobre la mesa la necesidad de revisar con urgencia toda nuestra organización⁶ administrativa, especialmente en el sector

⁶BAYONA I ROCAMORA,A, ELENA CÓRDOBA,A, FERNÁNDEZ FARRERES,G, JUNQUERA GONZÁLEZ,J, LAVILLA RUBIRA, J.J., PRATS CATALÁ,J, REBOLLO PUIG, M, ROMÁN RIECHMANN,C, SÁINZ MORENO,F, SÁNCHEZ MORÓN,M, SANTAMARÍA PASTOR, J.A, SEGARRA TORMO,S, VELÁZQUEZ LÓPEZ, F.J, ZATARAÍN DEL VALLE, R; *Estudios para la reforma de la administración pública*; INAP, Madrid, 2005, págs. 341-342; La complejidad organizativa es uno de los rasgos característicos de las actuales administraciones públicas. Esa complejidad se manifiesta de manera especialmente intensa en el continuo y sistemático recurso a la creación de entes instrumentales para el cumplimiento de determinados fines públicos sectoriales y específicos. Tanto la administración general del Estado como las comunidades autónomas y las entidades locales, sobre todo en el caso de grandes ciudades y algunas provincias, se han ido dotando de una extensa red de entidades instrumenta-

público local. Esta premura no solo alcanza al cosmos de entidades creadas por descentralización funcional que en su día proliferaron buscando una gestión eficiente, y quizá utópica, sino también como es lógico, a las administraciones territoriales. En materia de entes instrumentales, y en especial en sociedades mercantiles públicas, las denuncias sobre excesos, corruptelas e ineficiencias son harto comunes, y si a la forma de personificación jurídico-privada le añadimos que el objeto principal a realizar por la sociedad es la gestión urbanística, nos damos cuenta de lo peligroso que es conjugar ambos conceptos tan susceptibles de desviar el interés público como son el urbanismo y la gestión privada mediante la forma jurídica adoptada por el ente instrumental que debe prestar el servicio. Más allá de las reflexiones dogmáticas que se puedan realizar, las reformas y los cambios no pueden esperar, aunque con ello se corre un riesgo muy elevado de adoptar medidas parche que lejos de contribuir a la racionalidad del sistema abundan en la política de una reacción cortoplacista y de soluciones heterogéneas.

Las dilataciones y contracciones de los ciclos económicos son el caldo de cultivo perfecto para las revoluciones administrativas derivadas de la potestad organizativa⁷ de la administración, que sin embargo no suelen acometerse de

les, tanto organismos autónomos como entidades públicas sometidas por ley al derecho privado y sociedades mercantiles y fundaciones privadas. El fenómeno, que no es nuevo, responde a muy distintas causas. Al menos a las dos siguientes: de una parte, a la creciente complejidad y especialización de las funciones y prestaciones administrativas; de la otra, a la búsqueda de una mayor eficacia en la gestión de esas funciones y prestaciones. Se explica así la constante tendencia a crear entes –de base institucional- que, dotados de personalidad diferenciada de la que ostentan las administraciones públicas territoriales a las que se vinculan o adscriben, actúan con arreglo a un singular estatuto jurídico organizativo y de funcionamiento. La finalidad perseguida es la flexibilización del régimen de derecho administrativo característico de las administraciones territoriales, modulándolo o, incluso, excluyéndolo. Y para ello nada más expeditivo que desgajar de tales administraciones sectores orgánicos completos a los que, en mayor o menor medida, desarrollen su actividad sujetándose a reglas jurídicas propias o singulares.

⁷ Sobre la potestad organizativa la STS 12 de julio de 1999 (RAJ 6756) FJ Segundo proclama: “En síntesis puede entenderse que la potestad organizatoria alude al conjunto de poderes de una autoridad pública para la ordenación de los medios personales, materiales y reales que se le encomiendan con objeto de que sea posible el ejercicio de determinadas competencias y potestades públicas. Sin embargo el mismo carácter general de esta noción implica la necesidad de diferenciar supuestos, ya que debe distinguirse entre la potestad organizatoria ejercida mediante ley (...), y la que viene atribuida. Las Administraciones Públicas. Este planteamiento general

manera pausada ni reflexiva. En los momentos de bonanza, porque existe un optimismo cegador y una confianza exacerbada, y en los momentos de crisis y recesión económica, porque lo que realmente urge es encontrar cuanto antes una salida a una situación concreta, dejando para mañana las preocupaciones cotidianas de la administración local. Por tanto si lo que se quiere es adelgazar la administración local debemos centrarnos en los apéndices ineficaces e inútiles de la misma.

Así lo que más lamentamos en los momentos actuales de crisis es que se lleve a término una reforma de manera brusca, sin aplicar los principios de racionalidad, eficacia, y eficiencia en el sector publico instrumental, por lo que creemos que es el momento de analizar las formas organizativas de la administración local, deseando asumir los gobernantes, la misma responsabilidad-lealtad que en su momento se tuvo para dotar a la “res publica” de instrumentos mercantilistas, cuyas formas jurídicas muchas veces no son comprendidas ni tienen demasiado encaje en el ámbito del Derecho Público.

Por ello, en el presente trabajo de investigación se estudiará con detenimiento el derecho comparado y como otros países europeos han empezado con éxito la reforma de los entes instrumentales locales. Se analizará con especial detalle la peculiaridad de las sociedades urbanísticas, donde a priori es difícil mantener que exista una relación directa entre el remitente-destinatario del servicio público, precisamente por lo complejo que resulta llevar a cabo toda una gestión integral urbanística. El punto de partida para justificar la creación de las mismas es que la prestación de los servicios a través de formas jurídico-

debe revertir el importante extremo de cómo se encuentra sometida la Administración al ordenamiento jurídico en el ejercicio de aquella potestad organizatoria debiendo destacarse que, con lo que se afirma en ciertas aproximaciones al tema, los poderes para ordenar la organización no pueden constituir, so pretexto de que se trata de una potestad referida a un ámbito doméstico, un coto exento a la sumisión al derecho, lo que sería contrario a los arts. 9.1 y 103.1 de la vigente Constitución Española. En definitiva estamos ante el ejercicio de unos poderes públicos, aunque sean de carácter peculiar, otorgados por el ordenamiento para conseguir fines públicos y justamente por ello la posibilidad de actuación en este campo de las autoridades de la Administración Pública, constituye en el sentido más ajustado del tema de una verdadera potestad”.

privadas supone de entrada una mayor agilidad en comparación a los aparatos administrativo- burocráticos⁸ existentes hasta ahora.

Todo ello influye de manera importante en la estructura administrativa y en la forma de entender lo que denominamos la administración instrumental como forma más ágil y flexible de prestar un servicio público. Y es que las sociedades municipales urbanísticas deben considerarse encajables en el sistema de gestión directa de un servicio público.

Es importante dejar claro que el objeto del presente trabajo de investigación está íntimamente ligado al concepto de crisis económica. Por una parte la entidad instrumental concretada en la forma jurídica de sociedad anónima, y por otra parte el desarrollo una actividad como es la urbanística, en épocas donde el urbanismo ha notado de manera considerable la recesión económica, debido especialmente a la crisis del sector inmobiliario. Si ello es así, hemos de señalar que nos encontramos ante unos casos en los que es difícil justificar a priori el que se tengan que crear empresas públicas para gestionar el urbanismo como se ha hecho en muchos municipios españoles hasta la fecha. Y digo esto porque ab initio es difícil saber el porqué y el para qué deben crearse estas empresas, más aun cuando en el ámbito local se están refundiendo empresas públicas, ya que esas medidas no han dado el fruto esperado, en comparación con otras formas administrativas más clásicas de organizar el urbanismo, como es la Gerencial.

En estos momentos, creemos que se debe reflexionar sobre la administración municipal, la crisis económica y las entidades instrumentales. Un análisis

⁸ En este sentido ARANA GARCÍA, E; *Sociedades Municipales de gestión urbanística*, Marcial Pons, 1997 p. 240: “La misma identificación entre sociedad mercantil y municipio, lógicamente repercute en lo que podríamos denominar ‘dulcificación de las trabas burocráticas’ a cualquier sociedad “sin impronta pública” se ve sometida. A título de ejemplo, una de las típicas trabas burocráticas de las que pueden verse beneficiadas este tipo de sociedades es la de una tramitación de licencias de todo tipo bastante más rápida de lo normal. Dada la repercusión económica que el paso del tiempo tiene en toda actividad económica, esta especialidad posicional también podría considerarse como una ventaja competitiva con respecto al resto de sociedades inmobiliarias que carecen del carácter público que, por definición, poseen las sociedades municipales de gestión urbanística”.

que va a empezar desde la calidad del marco normativo hasta la evaluación de las medidas adoptadas por el Gobierno de España a fin de dar cumplimiento a la reducción del déficit y al control desmesurado del gasto público. Aunque reflexionaremos al final sobre ello y por nuestra práctica profesional durante varios años, como letrado de la Empresa Municipal de Obras y Proyectos Urbanos sita en Palma de Mallorca, me permitieron, con cierta claridad, que ponga en duda la supuesta agilidad del derecho privado en relación al campo urbanístico. Hay diferenciar entre la simple reorganización, reestructuración, y racionalización del sector público instrumental⁹, de toda la administración pública «*strictu sensu*». Dicho esto, para analizar un expediente acreditativo de conveniencia de creación de estas empresas hemos de partir de la idea que la crisis será condicionante primordial de la potestad organizativa, especialmente en la utilización de esa administración instrumental que son las sociedades municipales urbanísticas.

Según el Diccionario de la Academia de la Lengua Española, racionalizar es la acción de reducción de normas o de conceptos racionales. En este sentido, hemos de relacionar el concepto de racionalización con la mejora del marco normativo, en el sentido de exigir con una mayor claridad, simplificando y reduciendo la dispersión normativa. Se trata de un elemento muy importante a la

⁹ Sobre el proceso que conduce a la decisión de un ayuntamiento de crear un ente instrumental específico para la gestión urbanística de su competencia, DE LA GUARDIA PÉREZ-HERNÁNDEZ, C; “Criterios para la elección de modalidad gestora del urbanismo. Planeamiento general», en *Encuentro de gerencias municipales de urbanismo*, Madrid, Gerencia municipal de urbanismo de Madrid, 1994, pág. 47, señala que “El Ayuntamiento que se platee su actuación urbanística fundamentalmente como una labor de policía, basada en la aprobación de planes parciales, proyectos de urbanización, estudios de detalle y la concesión de licencias, puede probablemente funcionar con una estructura totalmente tradicional. Pero cuando la corporación se plantee intervenir más activamente, negociando con lo particulares, aplicando figuras de gestión innovadoras, tomando la iniciativa en la realización de actividades, pronto se dará cuenta que el corsé de la estructura burocrática resulta demasiado estrecho, porque las decisiones son demasiado lentas, el diálogo con los particulares no llega a cuajar, etc., y deberá plantearse la necesidad de dotarse de una estructura organizativa distinta”.

hora de ejercitar la potestad organizativa, y evitar duplicidades e incoherencias. Hay que abundar y profundizar en nuestra Carta Magna, que impregna los valores de buena administración, de celeridad procedimental y sobre todo evitar duplicidades muy frecuentes hoy en día nuestro panorama administrativo.

Por otro lado, racionalizar se define en el Diccionario de la Lengua Española como «Una acción de organizar la producción o el trabajo de manera que aumente el rendimiento o reduzca los costes con el mínimo esfuerzo, es decir, adjetiva la acción o el ejercicio de la potestad organizativa de manera eficaz y eficiente en la consecución de sus fines». De manera concomitante, reorganizar, significa «volver a organizar algo en el marco de la racionalización, por tanto, volver a organizar algo de manera diferente y por lo que resulta más eficaz». Asimismo, reordenación significa «nueva ordenación de alguna cosa», es decir, ordenar nuevamente objetos u otras cosas, cambiarlos de su posición actual, pero en principio sin añadir valoración alguna sobre el resultado. Debemos ahora analizar el ámbito de las reformas administrativas que la administración local ha ido emprendiendo bajo la denominada racionalización de servicios públicos¹⁰, política de pensiones y retribuciones a funcionarios públicos, reformas de entidades públicas existentes, así como el sector público instrumental y ajustes presupuestarios del gasto. Para ello, deberemos analizar con una dosis de profundidad lo que se considera racionalización de los servicios públicos y cómo la misma afecta al modelo organizativo de la administración instrumental, especialmente a las sociedades municipales urbanísticas como modelo de gestión directa de un servicio público. ¿Cuál es el cuestión principal de la racionalización y reformas del sector público local? ¿Cómo se justifica la

¹⁰ La STS de 16 de octubre de 1986 entiende por servicio público “cualquier actividad que la administración desarrolle para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia”, y la STS de 23 de mayo de 1997, “opina que en el ámbito local, existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia en sintonía con lo reiterado en el Art. 85 LRBRL, que considera servicios públicos a cuantos tiendan a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales. Este concepto (servicio público) atiende (en el ámbito local) no tanto a la idea de titularidad como a la de competencia”.

intervención de la Administración pública, en la economía de mercado¹¹ a través de empresas públicas? ¿Cómo se valora la posible competencia desleal de la administración pública en relación a la actuación de las entidades instrumentales en comparación con otros agentes inmobiliarios que intervienen en el mercado?

Todo ello, es objeto de análisis a lo largo de la presente investigación, básicamente en relación, a los vocablos que nos tiene acostumbrado la opinión pública de nuestros días, como contabilidad creativa, ingeniería contable, caos ordenado, turbulencia de la bolsa, todos ellos conceptos económicos que leemos a diario y que muchos administrativistas, intentan enlazar con la organización administración, en relación a la racionalización de los servicios públicos como medida imponente de freno a la crisis económica, como resultado de que la racionalización de los servicios se orienta al recorte del gasto público, intentando no desestabilizar los pilares básicos del Estado del bienestar. La falta de control del gasto con una excesiva proliferación de entidades instrumentales y de sociedades urbanísticas municipales han puesto de relieve, en una época de recesión, el peligro de mantener las prestaciones básicas del Estado de Bienestar y sus posibilidades reales de financiación, que cuestionan el principio de estabilidad presupuestaria. Ante esta perspectiva, es difícil enmarcar con buen criterio la utilidad efectiva de las sociedades urbanísticas municipales en la actividad diaria realizada, entre otras cosas, porque todas esas medidas de recorte en los costes hacen que seamos todavía más críticos con unas empresas que pese a tener un objeto local muy amplio en la actividad urbanizadora, no han demostrado desde el punto de vista de quien suscribe esta tesis, ser mejores que

¹¹ Por todos es sabido que no solo a través de sociedades mercantiles pueden los entes locales intervenir activamente en la economía de mercado. Existe una pluralidad de figuras jurídico-organizativas, bien de derecho público o de derecho privada, de las que se sirven los Entes públicos, en general para el ejercicio de una actividad empresarial. Sin embargo la de las sociedades mercantiles es la forma más extendida. Sobre todas estas formas puede verse por todos, ALONSO UREBA, A., *La sociedad mercantil de capital como forma de gestión de los servicios locales*, en *Tratado de Derecho Municipal*, t. II, dirigido por MUÑOZ MACHADO S., Madrid, Civitas, 1988, especialmente pp. 1301-1324. Del mismo autor, *La sociedad mercantil de capital como forma de la empresa pública local*, Madrid Universidad Complutense, 1988.

las propias gerencias de urbanismo a la hora de reestructurar la gestión urbanística bajo los parámetros del derecho privado. Por ello, debemos ser un tanto cautelosos a la hora de estudiar la organización administrativa del urbanismo como función pública y como competencia de las local, siempre bajo el control de la garantía constitucional de la autonomía local.

1.1.1. La Tendencia de la Administración local a huir del derecho administrativo: La reconsideración de dicha postura en la actual crisis económica.

Antes de analizar en profundidad la causa por la que un municipio quiere crear una sociedad municipal urbanística, nos gustaría reflexionar sobre dos cuestiones, que consideramos serán importantes para el estudio de lo que fueron, son y deberían ser en la actualidad las empresas municipales urbanísticas. La primera reflexión es que la crisis económica, ha hecho aflorar una situación que tan solo unos pocos intuían y es precisamente la existencia de un gran número de entes instrumentales que no tienen una justificación desde la perspectiva de la eficacia y eficiencia para los intereses generales, aunque ello no quiere decir como veremos más adelante, que para crear empresas municipales urbanísticas, se deba justificar ab-initio la inexistencia de actividad urbanística en el sector inmobiliario. Todo ello, nos conducirá a estudiar de manera pormenorizada el derecho de defensa de la competencia, bajo los principios amortiguadores del interés general, originados en la normativa de la Unión Europea. No es posible que las sociedades municipales urbanísticas se conviertan en un pozo sin fondo para el endeudamiento municipal, por lo tanto es necesario, garantizar la sostenibilidad de las finanzas públicas, adoptando una serie de planes y medidas de racionalización, reestructuración y reordenación del sector público e instrumental, en el que sin duda debemos encajar a las sociedades municipales de gestión urbanística. Quizá sería importante que las sociedades municipales urbanísticas tuviesen menos problemas para poder tener ingresos pro-

pios que permitan cubrir los gastos¹² ordinarios de la gestión municipal, sobre todo si la previsión de ingresos y gastos va acompañado de una encomienda de gestión bastante amplia y que necesita de grandes infraestructuras que la sociedad anónima debe tener a su disposición para ser la mejor opción de gestionar el urbanismo de la ciudad. Al analizar la prestación de servicios públicos locales, nos deberíamos plantear lo que se entiende por concepto de servicio público. Quizás, ese afán de encontrar una solución pacífica, al concepto de servicio público nos lleva a tener que recurrir a diferentes doctrinas de nuestro ordenamiento jurídico y como a la normas administrativas, especialmente al estudio pormenorizado de la Ley de Bases de Régimen Local. La misma define que los servicios públicos, son aquellos que tienden a la consecución de los fines señalados, en el ámbito competencial de las entidades públicas. Estaremos ante un servicio público, cuando se den tres requisitos sustanciales: en primer lugar, actividades de titularidad pública, en segundo lugar, actividades de prestación regular y continua, y finalmente, la existencia de un derecho subjetivo del ciudadano a exigir la prestación a la administración pública. En los tiempos de crisis económica que vivimos, es importante distinguir el concepto de auto-organización de la administración, bajo los parámetros de la eficacia y la eficiencia administrativa, que conllevará a plantearnos si los entes instrumentales consiguen el propósito de eliminar trabas burocráticas con la aplicación del derecho privado, o son en la actualidad una carga administrativa económicamente insostenible.

La segunda reflexión que debemos realizar en relación con el concepto de servicio público, en su espacio local. Son servicios públicos locales los que de-

¹²En este mismo sentido, en SUÁREZ PANDIELLO, J, en el vol. de la colección que él mismo coordina, *la financiación local de España; Radiografía del presente y propuestas de futuro*, FEMP, Madrid, 2008, pág. 315, donde se señala que "...a nuestro juicio el relativo buen comportamiento de los gobiernos locales en materia de ahorro y déficit que se deduce de los datos observados no debe ser interpretado como indicador evidente de que el modelo actual de financiación proporciona buena salud financiera, sino más bien como argumento en defensa del buen hacer o gestión responsable de la mayoría de los gobiernos locales, los cuales han tendido mayoritariamente a auto-controlar sus deseos de expandir el gasto en respuesta de las demandas ciudadanas, ciñéndose a sus disponibilidades financieras y huyendo de aventuras inciertas".

fine expresamente la LBRL que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias. Debemos tener en cuenta que en los últimos 30 años la LBRL, ha sufrido más de una veintena de modificaciones de su texto original, con una revisión profunda del conjunto de disposiciones relativas al estatuto jurídico de la administración local, con leyes tan importantes como la Ley de modernización de régimen local del año 2003 y la más reciente Ley, 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de administración local. Precisamente han surgido diferentes polémicas a raíz de esta Ley a pesar de que llevamos un año escaso de su aprobación. Basta analizar el BOE de 23 de mayo de 2014, para darse cuenta de las providencias del Pleno del Tribunal Constitucional por el que se admiten a trámite hasta nueve recursos de inconstitucionalidad presentados hasta la fecha por tres parlamentos autonómicos (Extremadura, Cataluña y Navarra), y cuatro Gobiernos Autonómicos, (Andalucía, Asturias, Cataluña y Canarias). También han presentado recurso de inconstitucionalidad contra la Ley varios partidos de la oposición (PSOE, Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia, Coalición Canaria, ERC, BNG y compromiso-Equo) por “considerar que priva a los ayuntamientos de su autonomía política y de su financiación y que supone uno de los mayores ataques a la democracia”. Por lo que afecta a las entidades instrumentales se impugnan del art. 1º los números de la nueva Ley que más afectan al régimen jurídico de las sociedades mercantiles locales, que son los siguientes: 25, 85.2º,86, y D A 9º.

En efecto, ya que ningún texto legal define un concepto de servicio público, la jurisprudencia ha ido tratando este tema. De esta manera, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989 señala que el servicio público es «la actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de manera regular y continua». Por tanto, servicio público es una actividad de prestación de titularidad estatal, autonómica o local, reconocida por la Ley y que comporta, potencialmente, un derecho activo a su prestación.

¿Qué se entiende por organización de los servicios públicos? Una cuestión principal a analizar durante el presente trabajo de investigación, es qué se entiende cuando decimos que la administración actúa por medios propios, es decir, cuando hablamos de servicios públicos propios, que permitirán a analizar posteriormente, el concepto jurídico de administración instrumental. El concepto de instrumento es adjetivo del concepto esencial de Administración Territorial, y en nuestro caso de administración pública municipal¹³. Debemos analizar conceptos jurídicos que podemos enlazar y ponerlos en práctica para una mayor calidad del servicio público. Por ello, deberíamos decir que los mismos pueden ser esenciales o no, de conformidad con lo que señala el art. 86 de la LBRL, que diferencia entre la prestación de servicios esenciales y no esenciales, todo ello con la repercusión que tendrá en la aplicación de un sistema de prestación material del servicio.

Es importante matizar que existen serias confusiones doctrinales acerca de lo que es la provisión de bienes y servicios públicos, respecto a la prestación material de los mismos, distinción que creemos importante a los efectos de poder analizar ciertas conclusiones respecto a cuestiones que están suscitando serios problemas como son la privatización de servicios, la prestación directa y la prestación indirecta. El tema no es sencillo y menos aún bajo los parámetros que rigen actualmente las entidades u organismos de derecho público.

¹³ COSCULLUELA MONTANER, L y MEDINA ALCOZ, L; *Crisis económica y Reforma del Régimen local*, Ed. THOMSON REUTERS, 2012, pág. 34-35; La administración instrumental o, si prefiere, todo el sector público creado por las administraciones públicas territoriales ha tenido un crecimiento tan desmesurado que es obligado defender su drástica reducción en este contexto de crisis económica. En este sector se acumula gran parte de déficit de las Entidades públicas y, como es notorio, su creación no es ajena a la pretensión de eludir los controles que sobre el gasto público han sido tradicionales en la Administración pública. Baste aquí aludir a dos fenómenos particularmente inquietantes en el ámbito que venimos considerando. La utilización de las fundaciones por las administraciones públicas para la gestión de funciones y actividades eludiendo aquellos controles y la creación de las sociedades mercantiles con el mismo fin.

Creo que debemos matizar, en estos momentos dos conceptos jurídicos, el primero de ellos es la provisión de servicios y el segundo, la prestación de los mismos. La provisión¹⁴ de servicios hace referencia a la titularidad de los mis-

¹⁴RAMIÓ, C, profesor de ciencia política y de la administración de la Universidad Pompeu Fabra analiza el concepto de servicio público desde la política sociológica, en su libro *Provisión de servicios públicos en el contexto de la administración local de España. En el capítulo la colaboración público-privada y la creación de valor público*, pág.87 afirma que, “La aproximación a los procesos de externalización de servicios públicos locales en una realidad político administrativa vinculada a la tradición continental de administración pública o ‘Rechtsstaat tradition’ permite aportar visiones complementarias sobre su configuración. Los argumentos y la evidencia empírica basada en los ayuntamientos de más de 5 000 habitantes de la comunidad autónoma de Cataluña permiten cubrir la diversidad de opciones de gestión y configuración institucional. Dicho universo de gobiernos locales ha permitido mantener constante una serie de variables de difícil medida en estudios comparados (como el patrón de prestación de servicios) y los resultados se consideran generalizables a realidades que compartan características como la multiplicidad de ayuntamientos medianos, sistemas electorales representativos, diversidad de áreas metropolitanas y sistemas administrativos de tradición europea continental, con diferentes grados de presencia de modelos gerenciales. El análisis de la incidencia de los factores político institucionales en la externalización de los servicios públicos locales permite establecer vinculaciones con investigaciones desarrolladas en otros contextos político - administrativos, confluyendo con algunas hipótesis centrales como la referida a la extensión de prácticas vinculadas al modelo de la nueva gestión pública, pero con importantes matices en cuanto a la visión estratégica asociada. A partir de estas evidencias, y a modo de conclusiones provisionales, se constata la diversidad y complejidad del fenómeno de la externalización de servicios públicos locales que no permite distinguir modelos puros o claramente diferenciados; pero a modo de tendencias que deberían constituir una futura agenda de investigación cabe destacar: a) La contraposición entre la utilización de la externalización y la contratación de personal público en régimen de derecho privado (personal laboral, ajeno al derecho de la función pública). Aunque la normativa estatal apunta a unificar regímenes, la evidencia aportada muestra la contraposición entre ayuntamientos que utilizan una (externalización) u otra (laboralización) estrategia flexibilizadora. Esto conduce a interpretar la externalización como fórmula para escapar a las rigideces de la función pública (que mediante el recurso del personal laboral podría eludirse). Las limitaciones normativas a la contratación de este personal contribuiría a explicar, desde esta perspectiva, la generalización de la externalización. b) Se refuerzan los argumentos que asocian la externalización a un recurso utilizado por defecto, sin una clara orientación estratégica, especialmente en su uso por parte de gobiernos relativamente débiles. c) La no incidencia de la variable ideología política, discutida en diversas investigaciones (Fernández et al., 2008), parece encajar en los modelos vinculados a la gestión pública (Zullo, 2009). d) Se destaca el peso de determinados grupos de interés en relación con la externalización de servicios. La presencia de gerentes municipales (tanto unitarios como de áreas sectoriales) y la aparición de mayores porcentajes de externalización coincide con los análisis realizados por otras investigaciones internacionales (Hefetz y Warner, 2004; JoassartMarcelli y Musso, 2005), aunque resulta conveniente profundizar en su impacto efectivo atendiendo a las diferencias apuntadas en relación con la concreción de dichas figuras en la administración local española. Como conclusión final, a partir del análisis realizado, podrían caracterizarse como “ayuntamientos externalizadores” aquellos en los que aparece un mayor porcentaje de personal funcionario (es decir,

mos, y por tanto, es la garantía pública en cuanto a la cobertura de un servicio determinado. La prestación del servicio¹⁵, en cambio, hace referencia a las diferentes vías existentes para llevar a cabo la provisión del mismo y manera en la que se gestiona (analizando el aspecto material de cómo debe prestarse el servicio público).

La prestación del servicio a través de la gestión indirecta no supone renunciar ni traspasar la titularidad del mismo y por lo tanto, no se corresponde con la «privatización», en la que el bien o servicio público es enajenado por la administración, desvinculándose de la gestión posterior y de la actividad y pasando a ser agente interviniente en la dación de bienes al mercado. Esa intervención se estudiará posteriormente, cuando se analicen las especiales posicio-

menor porcentaje de personal con vinculación laboral equivalente a la utilizada en el sector privado), que cuenta con figuras directivas gerenciales, con equipos de gobierno relativamente débiles y que se encuentran en áreas metropolitanas. Aunque existen limitaciones en cuanto a su generalización, las aportaciones realizadas permiten apuntar futuras líneas de investigación comparadas a nivel internacional sobre el peso de los factores político institucionales en la explicación de las decisiones sobre provisión de servicios públicos locales en administraciones continentales europeas).

¹⁵ VID. DE AHUMADA RAMOS,F.J; *Régimen de imputación de los actos de las entidades instrumentales dependientes o vinculadas a las administraciones públicas territoriales y consecuencias jurídicas*. civitas, 2004, La actividad administrativa de prestación de servicios públicos. Véase el análisis realizado sobre este requisito, y la tesis defendida de su innecesariedad, de manera que cualquier organismo personificado dependiente de un poder público, debería someterse a las normas sobre contratación pública, “Delimitación del concepto de organismo de derecho público-poder adjudicador. Una propuesta de reforma del art. 1.9. de la Directiva 2004/18/CE” en REDA núm. 143,2009, pp 801 y ss del mismo autor. La actividad administrativa de prestación de servicios públicos. “En un sentido amplio, toda la actividad desplegada por las administraciones públicas puede ser englobada, a ciertos efectos, en el concepto de servicio público (también las actuaciones de regulación o de fomento de las actividades de los particulares). No obstante, una parte importante de la doctrina reserva el término de "servicio público" en sentido técnico-jurídico, para referirse a las actuaciones administrativas que consisten en prestaciones asistenciales que satisfacen necesidades colectivas y cuya titularidad, generalmente, es asumida por una Administración pública". Para entender adecuadamente este concepto técnico-jurídico de servicio público se hace preciso, pues, situarlo en el campo de los fines del Estado. Al enfrentarse con los fines del Estado, la doctrina suele distinguir entre, por un lado, una serie de actividades que se reconocen como propias del Estado en cuanto organización política, esenciales al mismo, inherentes a sus fines esenciales, sin las cuales éste no existe, y, por otro, actividades esenciales para la comunidad o muy útiles o convenientes para la misma, que pueden ser desarrolladas por los particulares pero que, por diversos motivos, en casi todos los países europeos han venido siendo prestadas por el Estado desde principios del siglo XX hasta fechas recientes, quedando todavía algunas en sus manos.

nes de las sociedades municipales públicas en concurrencia con la iniciativa privada, bajo los parámetros del derecho de la competencia. En la gestión indirecta la misma se presta a través de un operador especializado. Las líneas y directrices de la gestión del servicio, las marca la administración y el operador tiene un amplio margen para la organización de los recursos. Las sociedades municipales urbanísticas nada tiene que ver con el sistema de gestión indirecta ya que son encajables y el prototipo del concepto contrario esto es, la gestión directa de un servicio público¹⁶.

Como vemos, se puede optar por trasladar la responsabilidad de la prestación del servicio desde el sector público hasta el sector privado, de tal manera que el modelo de gestión pase de ser directo a indirecto, sin perjuicio de que el gobierno local, y por tanto su administración, siga reservándose la capacidad de controlar y regular dicha actividad, que en cualquier caso sigue siendo de titularidad pública. Por último nos deberíamos plantear si actualmente es rentable la creación de sociedades urbanísticas de la manera en que se ha hecho, hasta poco antes de entrar en la crisis, bajo el lema de huir de las trabas burocráticas

¹⁶ En su más amplio sentido, la expresión servicio público hace referencia al contenido y fin de toda actuación de la Administración. Es así como se entiende en Francia, donde se erigió en criterio de delimitación de la competencia de la jurisdicción administrativa. En España, la expresión no se emplea con ese significado (vid. GARRIDO FALLA, F; *El concepto de servicio público en derecho español*, RAP nº 135, 1994, págs.. 7 y ss). A diferencia de la Ley de Contratos del Estado de 1965, la nueva LCAP ya no acude al servicio público como criterio para distinguir los contratos administrativos y privados de la Administración (art.5.2.b). Solo lo hace la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (y la propia Constitución en el artículo 106.2) a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración. En sentido amplio, el servicio público hace referencia entre nosotros a la actividad prestada por la Administración para satisfacer los intereses públicos, así como la que eventualmente llevan a cabo los particulares con igual resultado; -la organización establecida por la Administración para satisfacer los intereses públicos. Así, el artículo 18.1g) de la LBRL otorga a los vecinos derecho a “exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio, y seguir siendo servicio público: el artículo 85 de la LBRL aclara que “son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales”. Así empleada, la expresión “servicio público” abarca no sólo aquellos que lo son stricto sensu (actividades reservadas), sino también las actividades no reservadas a la Administración mediante las cuales se satisfacen fines asistenciales o sociales como el de la educación, la sanidad, la beneficencia, o los que consagra el capítulo 3º, del título II de la Constitución.

de la administración local, así como replantearse el mayor protagonismo de los controles de secretaria e intervención.

1.1.2 La influencia de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la administración local en los entes instrumentales, y concretamente en las sociedades municipales urbanísticas

La administración pública local, y en general la administración estatal y autonómica se caracteriza principalmente por formas de organización no homogéneas, estableciéndose como prioridad la prestación del servicio público y utilizando para ello los dos modelos clásicos de gestionar los intereses públicos, que son la gestión directa y la gestión indirecta de un servicio público. Las sociedades municipales urbanísticas están englobadas en la gestión directa, encajable dentro el concepto de organización de la administración pública, constituyendo un instrumento jurídico privado en sus relaciones externas y una personificación jurídico-pública e instrumental afectada por el derecho público en sus relaciones internas. Si ello es así, la aplicación del derecho privado debería servir únicamente para agilizar las trabas burocráticas de administración. Todo ello siendo muy consciente que las reformas administrativas van encaminadas a la racionalización de las estructuras administrativas, recortando el gasto público, y con ello intentar superar la crisis económica financiera¹⁷ que vivimos a fecha de hoy.

¹⁷Las transferencias realizadas por la administración matriz a las sociedades dependientes constituye una mera dotación presupuestaria destinada a cubrir el déficit de explotación de la entidad, es decir, se trata de una técnica presupuestaria de asignación de recursos a las entidades que componen la Administración institucional y no ante “contraprestación” alguna de las operaciones que realiza. Así, tal y como indica el artículo 64 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria, las sociedades mercantiles estatales elaborarán un presupuesto de explotación que detallará los recursos y dotaciones anuales correspondientes. Del mismo modo, la disposición adicional primera del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, del 17 de noviembre, general de subvenciones y que regula el régimen jurídico de los convenios celebrados entre la administración general del Estado y las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público estatal para su financiación, indica que los convenios que celebre la administración general del Estado con sociedades mer-

Así, por citar algunas de las últimas iniciativas gubernamentales al respecto, el Consejo de Ministro de 27 de abril de 2012 aprobó *la Actuación del Programa de Estabilidad*¹⁸ 2012-2015 y *el Programa Nacional de Reformas 2012*, que incluyen la adopción de medidas de modernización de las administraciones públicas y de los servicios públicos, consistentes en la racionalización de su tamaño, estructura y tareas. Así mismo en el Consejo de Ministros de 5 de octubre de 2012 se presentó informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sobre la situación del sector público empresarial en España, en el que se fijan los objetivos a seguir en relación con su sector empresarial, tanto por la Administración estatal como por la autonómica y local, en la personalizada reducción, el control de su actividad y la racionalización de su organización. El 26 de octubre de 2012, el Gobierno anunció la creación de una Comisión para auditar a todas las administraciones públicas, comprometiéndose a elaborar antes del 30 de junio de 2013 una propuesta de reforma integral de las mismas, de manera que se simplifique y adelgace su estructura y se evite cualquier tipo de duplicidad entre ellas. Esta Comisión se estructura en cuatro sub-

cantiles y fundaciones del sector público estatal para su financiación se regularán mediante un convenio programa (artículo 68 de la Ley 47/2003) en el que conste, entre otras cuestiones, las aportaciones que se realizarán a la sociedad con cargo a los presupuestos.

¹⁸ Se ha especulado con la existencia de una carta de instituciones europeas instando a dicha reforma, carta que existió en relación a Italia, aunque la reforma constitucional italiana sobre esta cuestión, aun se hace esperar. Debe constatar que solo unos días antes de que se planteara la reforma constitucional española, se dictó la STC 134/2011, de 20 de julio (publicada por el BOE núm. 197, de 17 de agosto) en la que se respondía a un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña en relación a diversos preceptos de la Ley 18/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley general de estabilidad presupuestaria (normativa, como se advertirá que precede a la actualmente vigente y en trance de ser sustituida para aplicar el pacto político que acompaña a la reforma del art. 135 CE) Las STC estableció sin genero de duda alguna la competencia estatal para establecer medidas en relación a las comunidades autónomas y a las entidades locales, que tienden a asegurar la existencia de un determinado nivel de estabilidad presupuestaria. Posteriormente la STC 157/2011, de 18 de octubre, resuelve el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias contra la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria, en el mismo sentido que la anteriormente citada, y advierte en el F.J.1º, tras citar la STC 134/2011, que debe destacarse la reforma constitucional que “ha dado una nueva redacción al artículo 135 CE con la que se ha llevado a cabo la “consagración constitucional” del principio de estabilidad presupuestaria” lo que determina, por tanto, la existencia de un nuevo “canon de constitucionalidad” para el examen de esta legislación.

comisiones, relativas, respectivamente, a duplicidades, simplificación administrativa, gestión de servicios y medios comunes y administración institucional. Por último, en junio de 2013, el Gobierno aprueba el informe sobre *Reforma de las Administraciones Públicas*, elaborado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, conocido como “informe Cora”. La racionalización y la evolución de las entidades locales hacia un modelo más eficaz y eficiente para el desempeño de las competencias que el ordenamiento jurídico las otorga, pasa por el estudio y diseño de un mapa municipal acorde a las necesidades demográficas, económicas, actuales y orientado a formas más lógicas de prestación de servicios eliminando y evitando en lo posible duplicidad de actuaciones y solapamiento de competencias, no solo entre distintas entidades locales, sino también entre distintas Administraciones Públicas. Simultáneamente, sería necesario abordar íntegramente la regulación de las funciones encomendadas a la Administración local mediante la atribución de un elenco cerrado de competencias precisas que permitan garantizar su suficiencia financiera. Se destaca asimismo, que sería preciso que esta regulación evitara la actual proliferación de entidades instrumentales mediante su vinculación con la ejecución de los servicios públicos prestacionales o con el desarrollo de actividades económicas, con expresa exclusión de aquellos servicios meramente administrativos.

En un contexto de crisis económica¹⁹ tan intenso como el que vivimos, a la Administración ya no sólo se le exige que lleve a cabo las funciones que tiene encomendadas, sino que, además, lo tiene que hacer de manera que sea lo más

¹⁹Sobre el impacto de la crisis económica en la actuación de las entidades locales han comentado a aparecer muchos trabajos en los últimos meses. Por ejemplo Vid. Así JIMÉNEZ ASENSIO, R, *Las instituciones locales en tiempo de crisis: reforma institucional y gestión de recursos humanos en los Gobiernos locales*, Cuadernos de Derecho Local núm. 25 (2011); MAURI MAJOS, J “*Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública*”, *Cuadernos de derecho local*, 25 (2011) y VIVER PI SUNYER, C ; *La reforma de los estatutos de autonomía con especial referencia al caso de Cataluña*, Madrid, 2005.

eficaz posible, con los mejores resultados a los que se pueda llegar y con el menor coste.

Así mismo se aprueba se aprobó el Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales. Con ello, el Gobierno español habilita un mecanismo especial para que los ayuntamientos españoles puedan hacer frente a los impagos acumulados a los proveedores con los que han contraído obligaciones.

El art. 2.3. del citado Real Decreto-ley incluía en el Inventario de Entes del Sector Público Local todos los organismos y entidades dependientes que pertenezcan íntegramente a las entidades locales incluidos. Eso supone que las sociedades mercantiles íntegramente públicas también se incluyen en el Real Decreto-ley 4/2012, cuyo art. 7.2 establece, en relación con el contenido del Plan de ajuste, que podrá incluir la “modificación de la organización de la Corporación Local”. Por su parte, el Anexo III de la Orden HAP/5337/2012, de 9 de marzo, que aprueba el modelo de certificado individual, el modelo para su solicitud y el modelo de Plan de ajuste²⁰, incluye, dentro de las medidas de gastos, toda

²⁰ La disposición 9ª de la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, señala para las entidades locales con plan económico-financiero o plan de ajuste (la mayor parte de ellas) – No podrán “adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste”. –Tampoco podrán “realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de entidades público empresariales o de sociedades mercantiles locales que tengan necesidades de financiación”. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales y la Resolución de 1 de septiembre de 1998, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se ordena la publicación de la Resolución que aprueba las Normas de Auditoría del Sector Público, las sociedades mercantiles se encuentran sometidas al control financiero y al control de eficacia del ente local que lleva a cabo a través de la Intervención. El control financiero tendrá por objeto comprobar el funcionamiento en el aspecto económico-financiero de los servicios e informar acerca de la adecuada presentación de la información financiera, del cumplimiento de las normas y directrices que sean de aplicación y del grado de eficacia y eficiencia en la consecución de los objetos previstos. En concreto, el control financiero determinará que la contabilidad, en general, y las cuentas

una serie de previsiones relativas a las sociedades o empresas públicas, tales como la regulación del régimen laboral y retributivo de las empresas públicas, la limitación de salarios en los contratos mercantiles o de alta dirección, con vinculación a aspectos de competitividad y consecución de objetos que promuevan buenas prácticas de gestión empresarial, reducción del número de consejeros de los consejos de administración de empresas del sector público, los contratos externalizados que puedan ser prestados por el personal municipal, disolución de las empresas que presenten pérdidas, la modificación de la organización de la corporación local y la reducción de la estructura organizativa de la entidad local. Por tanto, puede concluirse que la reorganización de la entidad local, así como de su sector público instrumental (lo que incluye a las sociedades mercantiles locales), constituye uno de los contenidos fundamentales de los planes de ajuste, por lo que las entidades locales que deseen acogerse a este mecanismo de financiación para el pago a proveedores deben emprender también la reordenación de su estructura organizativa. Esta misma idea está presente en las resoluciones y comunicaciones de la Federación Española de

anuales, estados y demás informes de gestión, en particular, expresen fielmente el resultado de dicha gestión y su adecuada realidad patrimonial, de acuerdo con las normas y principios contables generalmente aceptados y que los procedimientos aplicados garantizan de forma razonable que las operaciones se han desarrollado de conformidad con la normativa aplicable. El control financiero se realizará por procedimientos de auditoría de acuerdo con las normas de auditoría del sector público. Como resultado del control efectuado habrá de emitirse informe escrito en el que se haga constar cuantas observaciones y conclusiones se deduzcan del examen practicado. Los informes, conjuntamente con las alegaciones efectuadas por el órgano auditado, serán enviados al pleno para su examen. El control de eficacia tendrá por objeto la comprobación periódica del grado de cumplimiento de los objetos, así como el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento de los respectivos servicios o inversiones. Mediante el mismo se persigue evaluar el nivel de eficacia, eficiencia y economía alcanzado por ésta en la utilización de los recursos disponibles, detectar sus posibles deficiencias y proponer a la dirección las recomendaciones oportunas en orden a la corrección de aquéllas, de acuerdo con los principios generales de la buena gestión, facilitando la toma de decisiones a las personas con responsabilidades de vigilancia o capacidad de emprender acciones correctivas. Según MEDINA GUERRERO, M en el libro *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 104, Por su parte, los *planes de ajuste* se enmarcan en los mencionados adicionales de financiación contemplados en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (disposición cuya versión inicial fue reformada por la LO 4/2012); financiación adicional cuya concesión por parte del Estado se anuda al cumplimiento de rigurosos condicionantes por la administración receptora de los fondos.

Municipios y Provincias (X Asamblea General, noviembre 2011), que apuestan por una reordenación y modernización de la Administración local, con medidas de transparencia para dar cuenta a los ciudadanos de forma continuada del estado financiero de sus Corporaciones locales y, al tiempo, racionalizar el enramado de organismos y empresas públicas.

1.1.3. Creación de nuevos entes.

En general, se ha creado un “clima” desfavorable para las sociedades mercantiles locales, al concebirse de forma generalizada como el exponente de una forma gestora especialmente apropiada para eludir el derecho administrativo y los sistemas de control propios de la administración. En concreto, y especialmente, las sociedades urbanísticas municipales mixtas, constituidas por ayuntamientos y empresa privada, como alternativa a la gestión urbanística estricta así como para construir equipamientos municipales y promover vivienda protegida se ven desde muchos sectores como “legales al crearse”, pero con un funcionamiento posterior que se califica como opaca o poco clara, por falta de transparencia, publicidad y concurrencia y porque se entiende que es difícil establecer un control sobre ellas por parte de la administración matriz. En la creación de los nuevos entes instrumentales debemos hacer referencia a las sociedades mercantiles de capital íntegramente público, así como y las sociedades urbanísticas mixtas, que precisamente trataremos en un capítulo de manera autónoma ya que se trata de sociedades con diferentes peculiaridades en materia de contratación y en materia de financiación, también denominadas sociedades de segundo escalón. Tampoco nos olvidamos de los organismos autónomos, o las entidades públicas empresariales²¹ como formas de gestionar directamente

²¹ En este sentido. SANJUÁN ALBACETE, J. “Reflexiones en torno a las formas de gestión de los servicios públicos locales”. , en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 23, 2005, pág. 2809, entiende que cuando el transcrito art. 85.3.A) de la LBRL, establece como forma de gestión directa de servicios públicos locales a la sociedad mercantil local cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma. Según el autor citado por ente público hay que considerar que engloba tanto a los organismos autónomos

los servicios públicos, pero no entraremos en profundidad en su estudio ya que consideramos que los mismos son harina de otro costal en relación al tema principal del presente trabajo.

La administración local, en este contexto de crisis económica, ha de redefinir el papel de las sociedades mercantiles locales. Es necesario hacer un esfuerzo importante para adecuar el principio de eficacia con el principio de legalidad, de forma que pueda darse un giro a esas posturas en ocasiones desfavorables, siendo más respetuosos con la normativa, especialmente en aspectos como la contratación, la selección del personal y otros que es necesario tratar con especial giro.

La LRSAL 27/2013, incorporaba una modificación del art. 86 de la LBRL. Esta propuesta apostada por la subsidiariedad económica (iniciativa privada antes de la pública) al establecer, en el apartado cuarto del art. 7 de la Ley, lo siguiente: *“Las entidades locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad*

como, sobre todo, a las entidades públicas empresariales, puesto que la Ley no distingue. Y así, advierte que el art. 85 bis, apartado 1, letra a), permite, como algo normal, que una entidad pública empresarial esté adscrita a un organismo autónomo. Y, si no hay inconveniente en que los organismos autónomos, creados para descentralizar la prestación de servicios dentro del primer escalón de la famosa huida del Derecho administrativo, controlen entidades públicas empresariales, no vemos qué razones pueden evitar que un Ayuntamiento permite a un organismo autónomo de su dependencia crear, a su vez, una sociedad mercantil sujeta casi en su integridad al Derecho privado. El mismo autor, considera, no obstante, que tiene mucho más sentido que la creación de la sociedad mercantil sea verificada por una entidad pública empresarial, puesto que la razón de ser de este tipo de entidades es la realización de actividades económicas –sean o no servicios públicos–.

financiera de las nuevas competencias”. Asimismo, se exigía la incorporación al expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la iniciativa económica local y la justificación de que se están prestando todos los servicios mínimos obligatorios con arreglo a los estándares de calidad establecidos²², así como que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del municipio, ni en lo relativo al mantenimiento de los referidos servicios, ni de la propia actividad fruto de la iniciativa pública. Más allá del deber de motivación, se impone una exigencia de la acreditación de viabilidad económica²³ de la actuación. Aunque, en realidad, estas previsiones sólo refuerzan otras que ya se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo en la Ley de estabilidad presupuestaria, en la Ley de economía sostenible (que requiere un análisis de sostenibilidad en el medio plazo de cualquier iniciativa administrativa) y en la propia LBRL (cuyas exigencias procedimentales podrían interpretarse en este sentido). Con todo, es cierto que en muchos casos, tales exigencias no han sido escrupulosamente respetadas, incidiendo negativamente en el presupuesto y en los servicios básicos e imprescindibles. Por lo tanto, insistir en estas cautelas no está de más. Pero es que, además, la propuesta de la Ley va más allá, al imponer asimismo la realización de *“un análisis de mercado relativo a la oferta existente, y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial”*. El comentario que acompaña a la propuesta de modificación del art. 86 evidencia, además, el propósito de la reforma, invocando el carácter subsidiario de la iniciativa económica local, a la que además se subordina a la aprobación definitiva por parte del órgano de gobierno de la comunidad autónoma, aprobación que antes se contemplaba exclusivamente para el caso

²² Sobre el llamado “coste estándar” ver VELASCO CABALLERO, F., “Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local”, *Anuncio de Derecho Municipal* 2012, núm. 6 (2013), págs. 23 a 60.

²³ Las ideas presentes en MERINO ESTRADA, V, y RIVERO ORTEGA, R., “Nuevos enfoques en el sistema competencia local”, en *Revista de Estudios Locales Cunal*, retomado ideas expuestas antes en RIVERO ORTEGA, R., “¿Cómo hacer sostenible la iniciativa económica local?”, en *Revista de Estudios Locales Cunal*, febrero 2011. Para estos autores, tanto el análisis del coste benéfico como la exigencia de una motivación comparativa conforme a un orden de prioridades que valore el coste de oportunidad de las decisiones son exigencias plausibles para fundamentar la intervención económica.

de los servicios prestados en monopolio, con exclusión, pues, de la iniciativa privada²⁴.

Finalmente, estas exigencias contenidas se han reducido al desaparecer algunas de ellas en la Ley para la racionalización y sostenibilidad de la administración Local, en el que el art. 86 queda redactado como sigue:

“Las entidades locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles afectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial”.

En relación con esto y la elección de la forma concreta de gestión, el art. 85.2, párrafo, queda redactado en la Ley como sigue:

“Solo podrá hacerse unos de las formas previstas en las letras c) y d) (entidad pública empresarial local y sociedad mercantil local, cuyo capital sea de titularidad pública) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b) (gestión por la propia entidad local y organismo autónomo local) para lo que deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar

²⁴ Para los autores citados en la nota anterior, dificultar hasta tal punto la iniciativa económica local no parece conveniente, pues se anula prácticamente la autonomía local en una de sus principales manifestaciones históricas. Pero es que, además, desde un punto de vista económico, se pasa por alto la relevancia que en los procesos de generación de contextos innovadores presentan las ciudades y municipios, que impulsan la creación de empresas y favorecen escenarios de desarrollo y creación de empleo. No se reconoce la competencia a las ciudades para la “promoción de actividades económicas y empleo”, y además se les dificulta sobremanera el ejercicio de la “iniciativa económica”.

en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera y la eficacia de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en los artículos 4 y 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”.

Así que, sólo podrá acudirse a la gestión a través de entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles de capital íntegramente público cuando se acredite que son formas más eficientes que la gestión por la propia entidad o a través de organismo autónomo local.

1.1.4. Redimensionamiento del sector público local.

1.1.4.1. Sociedades municipales con plan económico-financiero o de ajuste.

Esta misma línea de contención se traslada al ámbito de la creación de nuevos entes instrumentales, en la modificación de la disposición adicional novena de la LBRL, operada por la Ley, bajo el expresivo título de “*Redimensionamiento del sector público local*”. Conforme a dicha disposición, las entidades locales enumeradas en el artículo 3.1 de la Ley (municipio, provincia e isla) y los organismos autónomos de ellas dependientes, no podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirecta, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo en que esté en vigor su plan económico-financiero o plan de ajuste. Precisamente, durante tal período, las entidades mencionadas no podrán realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles locales que tengan necesidad de financiación. Por su parte, los organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones y unidades y demás entes a los que estén adscritos, vincu-

lados o sean dependientes, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas²⁵ (en adelante, SEC) a cualquier de los entes locales del artículo 3.1. de la Ley o a sus organismos autónomos no podrán constituir, participar en la constitución ni adquirir nuevos entes de cualquier tipología, independientemente de su clasificación en términos de contabilidad nacional. De hecho, aquellos organismos, entidades, sociedades, consorcios, unidades y demás entes que, a la entrada en vigor de la Ley, estuvieran controlados exclusivamente por unidades adscritas, vinculadas o dependientes, a efectos SEC, de cualquiera de los entes locales

²⁵ Conforme a lo recogido en la *Moción relativa a las posibles soluciones legales y administrativas para que las Entidades locales rindan sus cuentas de forma completa y en los plazos legalmente establecidos*, aprobada por el Pleno del Tribunal de Cuentas 30 de abril de 2003, los principales factores identificados como determinantes del incumplimiento son los siguientes:

a) El procedimiento de tramitación y rendición de la cuenta general de las entidades locales, que exige la realización de una serie de actos previos a su aprobación por el pleno de la corporación y rendición al Tribunal.

b) La complejidad de los documentos a rendir, tanto por su extensión como por su contenido.

c) La rendición de cuentas deficiente, esto es, sin contemplar todos los estados, anexos y justificantes que conforman la cuenta general, tiene una incidencia superior en los municipios de menor población y entidades locales menores. Las causas identificadas con mayor frecuencia en este acto, son:

- La falta de adecuación de los procedimientos contables establecidos para estas entidades a su realidad económica. La complejidad de la Instrucción de contabilidad en el registro de determinadas operaciones, que hacen inoperante su aplicación.

- Las formas de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional que origina en determinados municipios una importante transitoriedad en la ocupación de los puestos y, frecuentemente, la cobertura de los mismos por personal que no posee dicha habilitación. Los supuestos de no rendición afectan, principalmente, a Entidades de menor población y presupuesto, especialmente aquellos con menos de 1000 habitantes, y tienen su origen, junto con las causas señaladas para una rendición deficiente, en ella.

- Falta de registro contable adecuado de las operaciones y llevanza de la contabilidad, la falta de medios personales debidamente cualificados para desarrollar la gestión y el control contable, y de medios materiales, principalmente informáticos, que permitan actuar con programas operativos actualizados y homogéneos y la falta de apoyo y cooperación suficiente de parte de las diputaciones provinciales respecto a los pequeños municipios de su ámbito territorial. MEDINA GUERRERO, M; *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 88; Las medidas tendentes a la reducción del sector instrumental se extienden también a los entes locales saneados financieramente. Pues, con independencia de esto, todo ente instrumental que, estando adscrito al sistema europeo de cuentas, se encuentre en “desequilibrio financiero” habrá de elaborar un plan de corrección de dicho desequilibrio financiero” habrá de elaborar un *plan de corrección* de dicho desequilibrio en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la Ley, previo informe del interventor (apartado segundo de la disposición adicional novena LRBRL).

enumerados en el artículo 3.1. o de sus organismos autónomos, deberán ser disueltas en el plazo de tres meses a contar desde la entrada en vigor de la Ley e iniciar el proceso de liquidación en el plazo de tres meses siguientes a la fecha de disolución. De no hacerlo, las entidades quedarán automáticamente disueltas transcurridos seis meses desde la entrada en vigor de la Ley. Finalmente, en el caso de que el control sobre organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones y demás entes, no se ejerza con carácter exclusivo, las citadas unidades dependientes deberán proceder a la transmisión de su participación en el plazo de tres meses a contar desde la entrada en vigor de la Ley.

Es importante destacar la novedad que supone la aprobación de la LRSAL en el sector público instrumental. Basta un mero repaso al preámbulo de la Ley y nos damos cuenta inmediata que los principios de racionalización y recorte del sector público, comentados al principio del presente trabajo de investigación, juntamente con el principio de estabilidad presupuestaria, han servido de base para limitar de manera considerable las funciones y las actividades que pueden realizar las sociedades urbanísticas, hasta el punto que creemos que es importante reflexionar sobre sí un concepto estricto de racionalización como el que contempla la LRSAL Ley, deberá ser para el derecho administrativo el único criterio que sirva para fijar los límites a estas peculiares sociedades. No olvidemos (y lo analizaremos en profundidad en el capítulo siguiente), lo importante que es para crear *ab initio*, una empresa urbanística que queden claro los motivos sociales, económicos y jurídicos en la memoria del expediente acreditativo de oportunidad y conveniencia, así como realizar actividades²⁶

²⁶ La STS de 13 de octubre de 1986 (RJ 1986, 6420) prevé que el ayuntamiento tiene una “evidente potestad de poder organizar, modificar o reorganizar la forma de prestación del servicio del modo que el interés público demande, pero respetando siempre las normas de procedimiento que se han señalado y sin perjuicio de los deberes de aquél.” Dichos criterios o límites, en concreto, son los siguientes:

1) En primer lugar, las actuaciones económicas se condicionan a la presencia de “utilidad pública” y al “desarrollo en beneficio de los habitantes” (artículo 96 del TRLBRL). La exigencia de tales requisitos (“utilidad pública”) y “desarrollo en beneficio de los habitantes del municipio”) sirve para impedir una actuación económica que busque exclusivamente el lucro económico. En el Derecho comparado el artículo 89.2 de la Ley bávara dice que “los municipios solo

económicas, como es el urbanismo en concurrencia con la iniciativa privada. Parece ser que la nueva LRSAL solo tiene en cuenta la reducción del gasto público, para crear, e incluso mantener dichas entidades instrumentales, exigiéndoles un constante saneamiento para evitar su disolución. Desde nuestro punto de vista, la Ley contempla un espíritu de eficiencia y de reducción de gasto que puede desviar la importancia que tiene el interés público como elemento esencial en la filosofía de la creación de dichas entidades. Creemos que queda totalmente desvirtuado y sin razón de ser la parte económica de la memoria del expediente acreditativo de oportunidad y conveniencia de la medida económica a adoptar por la entidad local. Si incidimos expresamente una y otra vez incluso de manera obsesiva en la vinculación de toda actividad económica, como es el urbanismo a un plan de ajuste o un principio de estabilidad presupuestaria, nos deberíamos preguntar lo siguiente ¿Ha fracasado la justificación económica de los expedientes de oportunidad y conveniencia en el sector público local?. Debemos hacer mención expresa al preámbulo de la LRSAL que señala lo siguiente: “En este contexto, se trata de impedir la participación o constitución de entidades instrumentales por las entidades locales, cuando estén sujetas a un plan económico financiero o a un plan de ajuste. En cuanto a las existentes, que se encuentran en situación deficitaria, se les exige su saneamiento y sí este no

pueden crear, asumir o ampliar empresas si lo justifica un interés público”. Y la Ley de Nordrhein-Westfalen exige “un interés público de urgente resarcimiento”.

2) En segundo lugar han de respetarse los criterios de distribución de competencias, tal como se desprende de la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. En este contexto puede valorarse la regla contenida en el artículo 31.2 del RSCL de 17 de junio, que viene a disponer la imposibilidad de crear un servicio público que implique la “duplicidad de servicios por otros Organismos públicos con competencia especialmente instituida para el desarrollo de los mismos.

3) En tercer lugar, ha de existir una *solvenia suficiente* para desempeñar la actividad económica pretendida por parte del municipio, tal como establece la Ley reguladora de las haciendas locales.

4) En cuarto lugar, no se justifica una iniciativa pública económica si la sociedad mercantil carece de un objeto definido porque, más bien, “evidencia ambigüedad, incorrección, vaguedad, generalidad, imprecisión, indefinición e indeterminación de la concreta o concretas actividad o actividades que hubiese de desarrollar la nueva Sociedad pues son prácticamente posibles todos los negocios y actividades dentro del omnicomprendido enunciado general que reseña el objeto social del artículo tercero citado de lo Estatutos (STS de 10 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7352).

se produce, se deberá proceder a su disolución”. Nos llama especialmente la atención, que se ponga límites a la creación de entes instrumentales e incluso al desarrollo de su normal actividad, contenida en los estatutos. Estos límites se reducen a un problema económico-financiero, hasta el punto de que parece que es el único criterio que va determinar el nacimiento, la existencia y en definitiva la vida de las sociedades municipales urbanísticas. Aunque lo analizaremos de manera más detallada cuando profundicemos en la naturaleza de los expedientes acreditativos de oportunidad y conveniencia en el sector local, creo que nos deberíamos hacer la siguiente pregunta ¿Es realmente el interés público la causa que motiva a los consistorios a crear personificaciones jurídico-privadas o a partir de la publicación de la Ley LRSAL el único criterio determinante para el nacimiento de las misma será el económico? ¿No desvirtúa la participación de las entidades locales en la iniciativa económica el hecho de que su intervención se ajuste o se someta a un Plan económico-financiero? ¿Han fracasado de manera estrepitosa los expedientes acreditativos de oportunidad y conveniencia en el sector local, como elemento de control de la legalidad de la intervención económica de las entidades locales y sus entes instrumentales?

Desde nuestro punto de vista es criticable e incluso desvirtúa la esencia del derecho administrativo reducir a una cuestión económica-financiera la creación de empresas publicas urbanísticas, ya que en la memoria justificativa del expediente de oportunidad y conveniencia se contiene un aspecto económico de los costes del servicio a crear en relación a la estructura administrativa ya existente. Sin embargo si estamos de acuerdo con que exista un cierto control económico motivado por razones de eficiencia y racionalidad económica sin que dicha medida sustituya otras razones jurídicas y sociales que sirvan para motivar el acto administrativo de creación de dichas entidades.

1.1.4.2. Sociedades urbanísticas de segundo escalón.

Por último nos llama principalmente la atención la creación de entidades instrumentales de segundo nivel, en las que incluiríamos a las sociedades urbanísticas mixtas, es decir unidades controladas por otras, que a su vez lo estén por las entidades locales. Nos estamos refiriendo principalmente a organismos autónomos u otros organismos públicos que sin ser propiamente administración pública, se dedican a crear sociedades anónimas en el ámbito urbanístico. Los límites a la constitución de entidades instrumentales de segundo grado, al contrario de lo que ocurre con lo analizado anteriormente, nos parece bastante coherente para los principios de control, eficiencia y reducción del gasto público, ya que las entidades instrumentales de segundo nivel, que no dependen directamente de la administración territorial, son excesivas y se han proliferado tanto en nuestro país que han desvirtuado los elementos teleológicos de su creación. Por eso se señala en la LRSAL *“Que esta prohibición por razones de eficiencia y racionalidad económica obliga a disolución de todas aquellas entidades instrumentales de segundo nivel que ya habían sido creadas”*. Son demasiadas las entidades instrumentales existentes y era necesario poner orden, especialmente en las entidades instrumentales de segundo nivel. Esta medida nos parece correcta siempre que se valore bajo los principios de reordenación del sector público instrumental, de lo contrario nos encontraríamos en una espiral muy peligrosa, donde ni siquiera la teoría del levantamiento de velo sería eficaz ante tantas entidades instrumentales superpuestas, de cara a determinar la responsabilidad jurídica de cada una de ellas ante posibles fraudes fiscales. Dicho apartado se profundizará al estudiar las sociedades urbanísticas mixtas.

1.1.4.3. Medidas recientes que afectan a los entes instrumentales locales.

En definitiva la evolución de las cuentas públicas en España refleja el impacto de la crisis económica. El estancamiento de la actividad económica, uni-

do a la dificultad para la financiación de la actividad pública, pone de manifiesto la necesidad de racionalizar la dimensión y estructura del sector público empresarial con el fin de garantizar la eficiencia de la actividad pública²⁷. En este

²⁷ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ,S; *Tratado de derecho administrativo*, Tomo VI, ed. THOMSON REUTERS, pág. 31 El autor distingue entre:

- a). Servicios o actividades que son rentables y son socialmente exigibles.
- b). Servicios o actividades que no son rentables pero son socialmente exigibles.
- c). Servicios o actividades que no son rentables y no son socialmente exigibles.

En todo caso, tanto en el ámbito de los servicios públicos, como con el sistema alternativo del mercado, siempre habrá servicios o actividades que no son socialmente exigibles (por supuesto no serán rentables), por ejemplo la existencia de un servicio de transporte ferroviario diario y directo creado *ex profeso* para comenzar dos localidades remotas. Esta afirmación es obvia también en relación con el modelo del servicio público, ya que éste no cubre cualquier servicio o prestación. La definición de qué servicios quedan sin cubrir, al margen incluso de los deficitarios que han de realizarse, es una típica función pública que prácticamente queda sin control posible. La definición de lo “socialmente exigible” la realiza con carácter discrecional el poder público, porque ésta su función esencial. Es decir, no solo el mercado deja sin cubrir determinados servicios, como a veces se apunta por algún sector de opinión críticamente, ya que también es así por pura lógica en el sistema del servicio público. Por su parte, los servicios o actividades que son socialmente exigibles y son rentables presentan también una singular problemática. En el servicio público, por lo expuesto, el estado se reserva este tipo de servicios. En este punto radica la justificación misma de tal régimen de “mercado” de interés general en la actividad lucrativa del servicio. Pero *el quid* está en el segundo escalón mencionado, es decir el de los servicios no rentables pero que deben cubrirse necesariamente por imperativos sociales. No se trata de que con la liberalización se abandonan a su suerte los servicios no rentables pero socialmente exigibles. Se trata más bien de que, para resolver el problema de la prestación de tales servicios o actividades, el sistema del servicio público aporta unas claves y conceptos, mientras que el sistema alternativo de mercado aporta otros diferentes. No entramos en el debate de qué sistema es mejor la Unión Europea parece decirnos que es preferible el modelo de mercado, que estamos refiriendo en segundo lugar); pretendería únicamente conseguir una explicación de ambos sistemas. Por otro lado, el régimen de mercado apuesta por un transformación de actividades no rentables a rentables. Y es momento entonces de explicar las claves financieras del sistema alternativo, “de mercado”, reiterando que este sistema no puede olvidarse del “problema social” referido, es decir, de las zonas no rentables pero socialmente exigibles. En primer, lugar es preciso citar el servicio universal. Según esto, se definen primero las áreas o prestaciones deficitarias y se calcula el coste financiero de prestación. Segundo, se nombra a un operador que preste ese servicio. Tercero, se repercute entre todos los operadores de mercado el coste del déficit de prestación. Este sistema se impuso a raíz de las primeras normas de liberación de los servicios de telecomunicación y postales. Como podemos comprobar, en este sistema, la solución es coherente con la propia lógica de mercado. El mercado resolvería el problema social. En segundo lugar, otra posibilidad que presenta el sistema de mercado, para resolver el “problema social”, referido de asunción de servicios de prestación exigible pero no rentables, son las “obligaciones de servicio público” que se imponen en el ámbito de los transportes. Según esto, el poder público define las líneas de transporte de obligada prestación, pero no rentables, para un determinado operador. El operador obligado tiene, entonces, un derecho

informe se incluyen una serie de medidas tendentes a la reordenación del sector público desde una perspectiva amplia, puesto que no sólo se persigue reducir la dimensión del sector público empresarial, sino controlar su actividad y racionalizar su organización, todo ello en el marco de la necesaria disciplina en la que tiene que desarrollarse la actividad de las administraciones públicas sin menoscabo de la calidad de los servicios que prestan. Las medidas de racionalización, que afectarían al sector público dependiente de las administraciones territoriales se plantean en torno a tres ejes de actuación:

- a) Medidas de reducción del gasto público.
- b) Medidas de control del gasto gestionado por el sector público empresarial.
- c) Medidas de racionalización en la gestión de la actividad empresarial.

El desarrollo y concreción de estas medidas²⁸ en el ámbito autonómico y local se realizará en el marco de colaboración interadministrativa, instrumenta-

subjetivo a que se suprima la obligación, a ser compensado con la parte deficitaria del servicio prestado a través del presupuesto público.

Así pues, en conclusión, existen en términos ideales o conceptuales dos sistemas posibles o alternativos para afrontar un mismo problema, el de servicio público, por un lado y el de mercado, por otro lado. En estos ámbitos la gestión del Estado es posible, pero no imprescindible, ya que estamos ante un ámbito prestacional, no de autoridad, y porque también pueden ser cubiertas las necesidades básicas o prestacionales a través de un modelo de gestión preferentemente privada, sin perjuicio del control público, según incidiremos después. En suma, se confirma que el poder público no tiene el monopolio de lo público. Y también que la Administración no puede quedar al margen de lo público. Sin perjuicio de que la contraposición entre ambos modelos puede no ser perfecta en relación con un sector concreto, dicha contraposición posible ofrece otros ricos contenidos, tal como seguidamente se explica.

²⁸ BLASCO ESTEVE, A; *“El derecho público de la crisis económica, transparencia y sector público, hacia un nuevo derecho administrativo*. INAP, 2011, Pág.55, Son medidas que en el plano europeo preceden a las del Plan de recuperación económica que se adoptó en noviembre del mismo 2008 y cuya traslación al plano interno español ya hemos contemplado en el apartado anterior.

De forma esquemática las decisiones adoptadas son las siguientes:

Elevación de la cuantía del Fondo que garantiza los depósitos de los ciudadanos en las instituciones del sistema financiero. Posibilitar la compra de activos a los actores del sistema financiero para facilitarles liquidez. Autorizar el otorgamiento de avales a operaciones de financiación. Conceder un crédito al Instituto de Crédito Oficial para que ponga en marcha una nueva línea de mediación para atender a las necesidades de financiación de capital circulante de las

da a través del Consejo de Política Fiscal y Financiera y de la Comisión Nacional de la Administración Local, respectivamente.

En cuanto a las medidas de reducción del gasto público, se incluyen medidas que pretenden la reducción del gasto público vinculado al funcionamiento del sector público, a través de la supresión de entidades y del control de los gastos de dirección. En cuanto a las medidas de control del gasto gestionado por el sector público instrumental se pretende frenar la huida del Derecho administrativo mediante los mecanismos de control y de información, mediante la reorientación de la organización del sector público hacia fórmulas de derecho administrativo y control presupuestario. Todos nos vamos dando cuenta que nada mejor existe en nuestro ordenamiento público que el derecho administrativo para organizar la administración. Las medidas de fundamento en lo que se refiere la actividad del sector público instrumental, aquí se incluyen medidas que pretenden organizar, ordenar la regulación y funcionamiento del sector público que se concretan en la adopción de medidas para garantizar el suministro de información con periodicidad y el desarrollo de una normativa que regule de manera unificada y concreta el régimen presupuestario, contable y de control aplicable a las distintas fórmulas de cooperación interadministrativa, en especial a los consorcios, como principal figura elegida para instrumentar la necesaria colaboración entre administraciones públicas a fin de evitar duplicaciones en la prestación de servicios.

pequeñas y medianas empresas que, siendo solventes y viables, estén sometidas a una situación transitoria de falta de crédito.

1.2. El enigma de la descentralización funcional.

1.2.1 Los expedientes acreditativos de oportunidad y conveniencia en el sector público local como mecanismo de control.

La elección de la estructura organizativa de la administración local, gira en torno a la centralización y la descentralización funcional, la mayor o menor dependencia del órgano gestor con respecto a los servicios centrales, o bien en torno la estructura interna del órgano gestor, primando los aspectos presidenciales o colegiados del mismo. Son aspectos organizativos que solo los gestores de la “res pública” pueden decidir, bajo los parámetros del interés público; en definitiva se trata de una elección entre la gestión directa o indirecta de un servicio público. Por otra parte el régimen jurídico de la actividad del servicio también es importante ya que el mismo tiene un reglamento que siempre es de derecho administrativo, pero en la actuación diaria del ente gestor, éste puede acogerse casi totalmente a la agilidad del derecho privado, dependiendo de la forma concreta de gestión que se adopte. En este sentido, cabría pensar que si el servicio tiene un componente económico importante, será cada vez más necesario acudir a la gestión empresarial mediante entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles locales, como las urbanísticas, objeto del presente estudio. Por todo ello, deberíamos reflexionar sobre las siguientes cuestiones: ¿En qué lugar situaríamos a las sociedades municipales de gestión urbanística? Está claro, que la prestación material del servicio público o gestión directa²⁹, se realizaría a través de una S.A. o S.L., eso sí, conservando la entidad matriz la titularidad pública del servicio. Quizá hemos realizado un estudio, más centrado en la prestación de un servicio público esencial, pero también debemos pre-

²⁹ En relación con esta modalidad se produjo un cambio significativo con la reforma de la Ley de Contratos de las administraciones públicas, aprobada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre. En efecto, según la redacción original del art. 155.2, se consideraba directa la gestión mediante estas sociedades cuando la participación de la entidad “madre” fuese exclusiva o mayoritaria, de modo que sólo si dicha participación era minoritariamente había gestión “indirecta” y, por tanto, necesidad de adjudicar un contrato de gestión del servicio a la sociedad en cuestión. Tras la reforma, sólo hay gestión directa cuando el capital pertenece en exclusiva a la entidad matriz, de modo que, si hay otros partícipes, la gestión es indirecta, aunque aquélla tenga la mayoría del capital.

guntarnos ¿cuándo existe iniciativa pública en el ámbito local? ¿se puede llegar a ser agente económico a través de una empresa municipal, en las mismas condiciones que cualquier particular en el desarrollo de una actividad económica? ¿qué privilegios tienen?

Para responder a todas estas cuestiones de respuesta conflictiva, seguimos la opinión de Estanislao Arana García, profesor titular de derecho administrativo de la Universidad de Granada, que diferencia entre las actividades económicas³⁰ que pueden llevar a cabo los entes locales, y cuál de ellas pueden desarrollarse a través de empresas públicas municipales. En primer lugar, estarían aquellas actividades que aun teniendo un contenido económico, constituyen servicio público en sentido estricto, nos estamos refiriendo, a actividades cuya titularidad se reserva al poder público y que están reguladas para la administración local en el art. 86.3 de la LBRL. El profesor Arana añade que existen otras actividades económicas denominadas daciones de bienes al mercado. ¿Qué se entiende por las mismas? Debemos partir, en el art. 128.2 (inciso primero de la Constitución, que reconoce que la actividad económica de la administración pública recae sobre actividades que no están reservadas al poder público, en concurrencia con la iniciativa privada. Ello, nos dará juego a analizar un importante tema en los capítulos sucesivos, y que es la defensa de la competencia y el concepto de poder adjudicador, en aras de poder actuar libremente en el

³⁰ Vid La conocida STS de 10 de octubre de 1989, en el recurso de apelación caso de la empresa municipal de Barcelona Iniciatives. Ello se afirma que es una exigencia “determinar con rigor y precisión el objeto de la empresa pública y la actividad o negocio que ella deba desarrollar, pues sólo conociéndolos, la misma se podrá examinar en todos sus aspectos (técnico, económico, social, jurídico) y se podrá determinar después objetivamente si su ejercicio conviene o no al interés público”. Esta idea ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal de Cuentas, “en su *Informe de Fiscalización del sector público local correspondiente a los años 2006, 2007 y 2008*, aprobado el 24 de marzo de 2011”. El Tribunal de Cuentas afirma que “en los supuestos examinados en diferentes fiscalizaciones, la única razón apuntada por el Ayuntamiento para justificar la creación de un nuevo ente instrumental (sociedad municipal) es la presunta ineficacia e inoperatividad de las unidades administrativas que gestionaban la prestación de los servicios municipales. Sin embargo, esa fundamentación no ha quedado justificada con la documentación aportada para acreditarlo; y, en su caso, exigir las responsabilidades en que se hubiera incurrido, pero no puede justificar, por sí sola, una modificación organizativa”.

mercado de servicios. En el caso de prestación de auténticos servicios públicos, el procedimiento administrativo para llevarlo a cabo es el propio del contrato de gestión de servicios públicos, que habilita su prestación bien de forma directa o indirecta. En el supuesto de la iniciativa económica local, el art. 86.1 de la LBRL, exige la tramitación de un procedimiento administrativo específico, que acredite la conveniencia y oportunidad de la medida. La tramitación de este expediente administrativo concreto se contiene, fundamentalmente, en el art. 97 del Texto Refundido de Régimen Local.

La reserva mediante ley de determinados servicios públicos a la administración local, no deja margen de apreciación alguno, ya que se trata del ejercicio de una potestad reglada, la administración pública local, deberá prestar en todo caso dicha actividad. Sin embargo, el ejercicio de una potestad discrecional como es la de la iniciativa pública económica³¹ justifica la exigencia de unas normas procedimentales mínimas en las que se motive la decisión administrativa de participar en economía junto con la iniciativa privada. Y ello, no porque se considere o no vigente el principio de subsidiariedad en la economía por parte del poder público, sino, simplemente, porque se trata del ejercicio de una potestad discrecional. La administración pública local decidirá, conforme a un criterio de oportunidad, cuándo y cómo resulta conveniente su participación en la economía en concurrencia con la iniciativa privada.

A pesar de que, bajo mi punto de vista, esta diferenciación resulta clara y evidente, desde la simple lectura de la legislación local, existen varios y recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo que confunden estos dos supuestos. Así, en el caso del ejercicio de un servicio esencial como es la recogida de

³¹ Vit STS de 19 de abril de 1999 (RJ 1999, 4173) los recurrentes impugnaban la desaproba-
ción de las tarifas de servicios de pompas fúnebres presentadas por diversas agrupaciones em-
presariales funerarias a la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Valencia
alegando la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la CE. Concretamente, dicha
Consejería rectificó, a la baja, los costos de prestación de servicios funerarios no incluidos den-
tro de los servicios mínimos. El TS consideró que dicha rectificación a la baja iba en contra del
principio de libertad de empresa, declarando que este principio ampara el derecho de los recu-
rrentes a establecer libremente este tipo de tarifas sin rectificación administrativa.

residuos, se exige el expediente acreditativo de la oportunidad y conveniencia de dicha prestación, mientras que en un supuesto claro de libre iniciativa económica, como es el de las sociedades municipales de gestión urbanística, dicho procedimiento específico no se requiere.

Por lo tanto, hemos de diferenciar dos fases importantes en la creación de una sociedad municipal urbanística. La primera es la fase interna, que la administración matriz realiza para poder constituir la empresa pública³². Esa voluntad jurídica, económica y social de creación de la sociedad, se plasma en el denominado expediente de municipalización del servicio, y en sentido nos adherimos a la postura de Arana el cual mantiene la necesidad de expediente de municipalización para la creación del servicio público.

El expediente administrativo a que se refiere el art. 97 del Texto refundido, desarrolla en el ámbito local la necesidad de motivación que el art. 54 de la LRJPAC 30/1992 de 26 de noviembre, exige para el ejercicio de cualquier potestad discrecional como, por ejemplo, la de iniciativa pública económica. Este procedimiento administrativo específico será necesario, por tanto, para el ejercicio de todas aquellas actividades que se presten en concurrencia con la iniciativa privada, es decir, en libre concurrencia. Dichas actividades serán, principalmente, aquellas que no estén reservadas legalmente al poder público.

³²Vit. STS núm. 1978/2.887. Transcribimos esta sentencia como la más representativa, respecto al concepto de empresa pública, definiendo a la empresa pública de la siguiente forma: “*La empresa, en cuanto actividad económica, tendrá la calificación de pública cuando haya sido creada o en ella participe la Administración asumiendo el riesgo o la dirección de modo pleno o relativo de acuerdo con la forma que adopte, para la realización de una actividad económica que, como fin esencial, motive su existencia, y ello porque participa tal empresa ... de la comunidad que tal participación de la Administración imbuye a la misma, insuflándole una cualidad pública que no puede ser desconocida, porque la unidad de la administración, se comunica en cierta manera al concurso de empresas públicas desde el momento en que es aquella quien las fiscaliza y decide por y sobre tales empresas, con una relevancia inequívoca de una unidad jurídica en el conjunto de las empresas públicas por variadas que puedan ser sus especies, así como los bienes y derechos que la constituyen aun cuando algunas veces las normas a que se sometan sean de derecho administrativo ó de derecho privado*”.

Ahora bien, esta decisión tendrá que ser motivada, motivación que se cumple con el expediente regulado en el art. 97 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.

Al igual que en el caso anterior, nos encontramos con jurisprudencia del Tribunal Supremo³³ que a nuestro parecer no aplica correctamente ésta clara doctrina, eximiendo del cumplimiento de estos requisitos procedimentales a

³³ La STS de 30 de enero de 1995, recurso núm. 11172/1990, conoce de la impugnación de los acuerdos de constitución de una sociedad municipal para la gestión de polígono industrial. La sentencia de instancia desestima la demanda porque considera que la sociedad municipal en cuestión es una sociedad urbanística, sujeta al Decreto 1169/1978 y al Real Decreto-Ley 3/1980, y que no eran aplicables, para su constitución, por tanto, los trámites que para el ejercicio en general de actividades económicas establece para los ayuntamientos el art. 97 del TRRL 781/1986 de 18 de abril. En concreto, la designación de una comisión de estudio, la redacción de una memoria y su exposición pública. Estos trámites no se observaron en la creación de esta sociedad mercantil municipal y por eso fue impugnada su constitución. El Tribunal Supremo estima que la conclusión de la sentencia de instancia es acertada porque si se examinan con detalle el acuerdo de constitución y los estatutos de la sociedad municipal no cabe duda que su único objeto era la creación y desarrollo de un polígono industrial en el municipio, por muy extensas que fueran sus atribuciones al respecto. Tampoco registra el Tribunal Supremo (ni en las actuaciones, ni en los escritos presentados) alusión alguna a que la sociedad municipal pudiera emprender otra actividad económica, industrial o mercantil, que la referida a la promoción del polígono en cuestión. Concluye el Tribunal afirmando que la normativa específica que les resulta aplicables a estas sociedades establecen un régimen menos formalizado que cuando se trata, en general, de cualquier otra actividad económica de las corporaciones locales. El Tribunal afirmando que, aunque quizá fueran oportunos los estudios previos que los recurrentes reclaman, su omisión no supone una razón legal para anular los acuerdos impugnados.

Vit. ARANA GARCIA E., en su manual *sociedades municipales de gestión urbanística*, Ed. Marcial Pons 1997 op. cit. págs.51-52; ha emitido una fuerte crítica a la posición sostenida por el Tribunal Supremo en esta sentencia. Este autor argumenta del análisis de los estatutos sociales de la sociedad, se interpreto que la misma sólo tenía como cometido el desarrollo de una única actuación, el desarrollo de un polígono industrial. Dicho argumento en nuestra opinión resulta bastante débil. Esta simple circunstancia parece ser causa suficiente para el Tribunal para eximir el cumplimiento de un requisito legalmente exigible y de tanta importancia como es el de la obligación que tiene todos los poderes públicos de hacer públicas las razones de hecho y de Derecho que motivan su actividad, sobre todo cuando ésta es producto de una potestad discrecional como es la de iniciativa pública económica. Además, es difícilmente imaginable que una entidad local se decida a la constitución de una sociedad mercantil, con los gastos que en todo caso ello conlleva, para la gestión de un único polígono industrial. Y, si así fuera, no se habría dado un correcto uso al art. 31.2 CE, que exige, además de una asignación equitativa de los recursos público. En definitiva, concluye el autor, todo el régimen jurídico relativo a la iniciativa pública económica local es aplicable por entero a la constitución de sociedades municipales de gestión urbanística, especialmente en lo que se refiere al cumplimiento del expediente regulado en el art. 97 TRRL, conformidad con el interés general o la utilidad pública de la iniciativa económica local en el ámbito del urbanismo y de la vivienda.

empresas que concurren con la iniciativa privada en el ejercicio de actividades económicas. Fundamentalmente, esta errónea interpretación ha tenido lugar en el caso de las sociedades municipales de gestión urbanística.

Este tipo de sociedades llevan a cabo una actividad de dación de bienes al mercado producida, por tanto, en concurrencia con la iniciativa privada. En este caso, la entrega de bienes tiene lugar en el mercado inmobiliario, concretamente en el ámbito de la gestión urbanística. Conforme a esta naturaleza, por tanto, serían extensibles a las sociedades municipales de gestión urbanística, los principios y requisitos ya comentados y exigibles a toda iniciativa económica local.

Desde nuestro punto de vista, con independencia de los argumentos jurídicos y en base a la experiencia práctica, consideramos muy conveniente la redacción de la memoria y su exposición al público, con los estatutos de la sociedad, por dos razones fundamentales. Por un lado, justifica la necesidad de la prestación del servicio, frente a terceros y la propia corporación. Por otro lado, determina el alcance de la actuación, de la sociedad en base a la potestad de normativa y de autogobierno de la corporación local, al establecerse en el mismo su objeto social, los órganos de gobierno y otros aspectos necesarios para el funcionamiento de la sociedad. Conveniencia que se determina más tras las recientes reformas que permiten una gran libertad de organización³⁴, incluso frente a las prescripciones del RSCL 1955.

³⁴Sobre el concepto de “potestad organizatoria”, Vit. la STS de 12 de julio de 1999 (Sala de lo contencioso-administrativo, sección. 4ª.), recurso de apelación núm. 13571/1991, que afirma en su fundamento de Derecho 2º:

“En síntesis, puede extenderse que la potestad organizatoria alude al conjunto de poderes en una autoridad pública para la ordenación de los medios personales, materiales y reales que se le encomienda con objeto de que sea posible el ejercicio de terminadas competencias y potestades públicas. Sin embargo, el mismo carácter general de esta noción implica la necesidad de diferenciar supuestos, ya que debe distinguirse entre la potestad organizatoria ejercida mediante ley., y la que viene atribuida a las Administraciones Públicas. Este planteamiento general debe revertir al importante extremo de cómo se encuentra sometida la Administración al ordenamiento jurídico en el ejercicio de aquella potestad organizatoria debiendo destacarse que, contra lo que se afirma en ciertas aproximaciones, el tema, los poderes para ordenar la

Por ello, la realidad es que la mayor parte de las sociedades urbanísticas municipales se constituyen realizando el referido expediente administrativo, por lo que lo analizaremos con cierto detalle más adelante. Es interesante detenernos en este momento en el estudio de la memoria de constitución de una sociedad urbanística creada por una corporación local de nuestro país. La primera cuestión que se tendría que plantear, es la necesidad de crear una comisión especial para definir las líneas básicas de la creación del ente instrumental, de ahí la importancia de que exista una clara y contundente memoria en el expediente administrativo, y más si se quiere crear la empresa pública, donde en estos momentos existe una política contraria a la creación de esas entidades. Y es precisamente en la memoria donde debe aclararse que dichos servicios urbanísticos no puedan ser desarrollados y ejecutados por cualquier otro sistema contemplado en el planeamiento ni por cualquier otro sistema de gestión directa de un servicio público como son los organismos autónomos en la forma de gerencias de urbanismo.

Una atenta lectura de los arts. 59 y 60 del Reglamento de Servicios, que regulan el contenido de los aspectos social y jurídico de la Memoria,³⁵ permiten

organización no puede constituir, so pretexto de que se trata de una potestad referida a un ámbito doméstico, un coto exento de la sumisión al derecho, lo que sería contrario a los arts. 9.1 y 103.1 de la vigente Constitución Española. En definitiva estamos ante el ejercicio de unos poderes públicos, aunque sean de carácter peculiar, otorgados por el ordenamiento para conseguir fines públicos, aunque sean de carácter peculiar, otorgados por el ordenamiento para conseguir fines públicos y justamente por ello la posibilidad de actuación en este campo de las autoridades de la Administración Pública constituye en el sentido más ajustado del tema una verdadera potestad. Sin embargo de otra parte no es menos cierto que en el ejercicio de la potestad organizatoria las autoridades públicas están sometidas al ordenamiento jurídico”.

³⁵ El art. 59 del RSCL se refiere al aspecto social de la Memoria, conforme al mismo, la Memoria determinará, la situación del servicio, soluciones admisibles para remediar las deficiencias que en su caso existieren, así como si la municipalización o la provincialización habría de reportar a los usuarios mayores ventajas respecto a la iniciativa privada o la gestión indirecta, y en el supuesto de estimarlas, las enumerará y evaluará. La redacción de este precepto debería ser reelaborada, y adaptada a las exigencias de nuestro tiempo. Así, la alusión al “servicio” da pie, de nuevo, a la confusión entre iniciativa pública económica y servicio público. De la misma manera, la mención a la municipalización y provincialización debe ser matizada en el servicio anteriormente expuesto. El art. 60 del RSCL se refiere al contenido o aspecto jurídico de la Memoria. De su extenso contenido, en la actualidad solo hay que considerar vigentes la redac-

concluir que una parte importante de dichos aspectos se refiere al estudio de las soluciones admisibles en derecho para prestar el servicio cuya municipalización se pretende, lo que requiere una valoración objetiva de cada una de dichas soluciones y una enumeración de las mayores ventajas para los usuarios respecto a la iniciativas privada o a la gestión indirecta, así como una justificación de la concurrencia de las circunstancias previstas en el art. 46 del RSCL que establece los supuestos en que un servicio es municipal. La LRSAL 27/2013 de 27 de diciembre, incorporada una modificación del art. 86 LBRL. Esta propuesta apuesta por la subsidiariedad económica (iniciativa privada antes de la pública) al establecer, en el apartado cuarto del art. 7 de la LRSAL, lo siguiente: “*Excepcionalmente las entidades locales podrán ejercer actividades económicas, siempre que no se ponga en riesgo el ejercicio de las competencias propias, y se garantice la sostenibilidad financiera del ejercicio de las nuevas competencias o actividades económicas, respetando el cumplimiento del principio de eficiencia y el resto de los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y estabilidad financiera*”. Asimismo, un primer nuevo inciso en la redacción propuesta del art. 86 exige la incorporación al expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la iniciativa económica local la justificación de que se están prestando todos los servicios mínimos obligatorios con arreglo a los estándares de calidad establecidos, así como que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del municipio, ni en lo relativo al mantenimiento de los referidos servicios, ni a la propia actividad fruto de la iniciativa pública³⁶. Más allá del deber de motivación, se impone una exigencia de acreditación de viabilidad económica.

ción de los estatutos de la sociedad a constituir, en los que se especificaran los supuestos de cesación de la actividad.

³⁶ MEDINA GUERRERO, M; *La reforma del régimen local*, ed. TIRANT LO BLANCH, 2014, pág. 103; No parece preciso reiterar en este punto el notabilísimo arsenal de medios con el que los reformados arts. 26.2 y 36 LRBRL ha surtido a las diputaciones provinciales y entidades equivalentes a fin de servir de brazo ejecutor para alcanzar los objetivos últimos perseguidos por la LRSAL 27/2013, la racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Pero es que, además, en última instancia, encuentran en su participación en la elaboración y supervisión de los planes económicos-financieros un potente instrumento para la racionaliza-

Finalmente, estas exigencias contenidas en la LRSAL 27/2013 se han reducido al desaparecer a posteriori del redactado aprobado definitivamente por las Cortes Generales el art.86 queda redactado definitivamente como sigue:

“Las entidades locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias³⁷. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles afectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial. Corresponde al Pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio”.

En relación con esta medida y la elección de la forma concreta de gestión, el art. 85.2, párrafo, queda redactado en la Ley como sigue:

ción organizativa y competencial de los municipios, quizás el más eficaz de los que les ha dotado la LRSAL 27/2013.

³⁷ Así lo pone claramente de manifiesto la STC 109/1998, que bien puede considerarse el *leading-case* en la materia que nos ocupa: “si bien el art. 142 CE sólo contempla de modo expreso la vertiente de los ingresos, no hay inconveniente alguno en admitir que tal precepto constitucional, implícitamente y en conexión con el art. 137 de la Norma suprema, consagra, además del principio de suficiencia de las Haciendas Locales, la autonomía en la vertiente del gasto público, entendiéndose por tal la capacidad genérica de determinar y ordenar, bajo la propia responsabilidad, los gastos necesarios para el ejercicio de las competencias conferidas. Solamente así, en rigor, asegurando prima facie la posibilidad de decidir libremente sobre el destino de los recursos, adquiere pleno sentido la garantía de la suficiencia de ingreso para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas, según la dicción literal del mencionado art. 142 CE. Dando un paso más, en la STC 237/1992 se profundizó en el alcance de la autonomía de gasto de las corporaciones locales, considerando aplicable en lo esencial la doctrina inicialmente vertida en torno a las comunidades autónomas, según la cual la misma entraña, en línea de principio, la plena disponibilidad de sus ingresos, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias” (STC 109/1998, FJ 10º); desde entonces doctrina constantemente reiterada, véase por ejemplo la STC 48/2004, FJ 10º.

“Solo podrá hacerse usos de las formas previstas en las letras c) y d) (entidad pública empresarial local y sociedad mercantil local, cuyo capital sea de titularidad pública) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b) (gestión por la propia entidad local y organismo autónomo local) para lo que deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera y la eficacia de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en los artículos 4 y 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”.

Esto es el servicio o actividad, sólo podrá gestionarse a través de entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles de capital íntegramente público cuando se acredite que son formas más eficientes que la gestión por la propia entidad o a través de organismo autónomo local. No quisieramos concluir este apartado sin hacer referencia a nuestra experiencia práctica³⁸ como profesional, en la empresa Municipal de Obras y Proyectos Urbanos de Palma de Mallorca, en relación al contenido de la memoria, y a los estatutos de la sociedad. Creemos que la existencia de motivación es importante en la prestación del servicio público, aunque estemos en un sistema de gestión directa, ya que se justifica la necesidad de una prestación del servicio concreta, frente a terceros y ante la propia corporación. Por otro lado desde nuestro punto de vista, y así lo defendemos en el presente trabajo de investigación, es imprescindible la existencia de un expediente que establezca su objeto social, los órganos de go-

³⁸ Ver estas afirmaciones en BUESO GUIRAO, E., y ZURTAGONZÁLEZ M., BUESO GUIRAO E., y ZURITA GONZÁLEZ, M.; “Las sociedades urbanísticas como promotoras públicas de vivienda, suelo y equipamiento”, AVS Promotores Públicos, Boletín informativo núm. 86, julio 2006, pág. 26

bierno y otros aspectos necesarios para el funcionamiento de las sociedades, pudiendo concluir que las mismas se constituyen mayoritariamente con el expediente de municipalización y conveniencia en la intervención económica en el sector local.

1.2.2 Razones por las que un municipio decide crear una sociedad mercantil urbanística. Comparativa con las gerencia como forma administrativa de organizar el urbanismo.

Una vez comprobada la posibilidad que tiene la administración municipales de acudir a esta fórmula empresarial para la realización de tareas en el ámbito de la gestión urbanística creemos interesante detenernos y tratar de analizar las razones que pueden llevar a un ayuntamiento a la creación de este tipo de sujetos. El principio de eficacia, uno de los que debe regir la actuación administrativa conforme al art. 103.1 de la CE, vive en nuestros días un continuo proceso de reelaboraciones y, sobre todo, revalorizaciones que lo ha llevado a convertirse en una especie de elixir mágico o de bálsamo de fierabrás que todo lo soluciona. Es en este principio donde la generalizada utilización del derecho privado para el desempeño de tareas públicas encuentra su origen y más sólido fundamento. Pues bien, el ámbito de la gestión urbanística no podía quedar ajena a esta tendencia irrefrenable. Es, por tanto, en primer lugar, el deseo y la confianza en que la utilización de las técnicas propias del derecho privado agilice y consiga mayores dosis de eficacia en el ámbito de la gestión urbanística lo que, en principio y formalmente, guía a la administración municipal a crear sociedades municipales de gestión urbanística.

De la multiplicidad de entes o personificaciones instrumentales que podrían emplearse con el fin de agilizar la gestión urbanística, son las fórmulas societarias las que ofrecen mayor capacidad operativa, por la no utilización del rígido y garantista derecho público, en el marco del proceso de progresiva huida del derecho administrativo que tiene lugar en nuestros días.

Además de ello, la gestión con arreglo a parámetros privados del urbanismo, en muchos casos tiene como objetivos no confesados lo que son, a la vez, ventajas para el poder municipal, con la limitación de la responsabilidad pecuniaria, la evasión de las técnicas rígidas del presupuesto, la superación de los tramites de la contratación administrativa, la evasión de la observancia de los trámites administrativos propios para la selección del personal, así como también de las engorrosas intervenciones de carácter tutelar y de las presiones políticas.

Con anterioridad a la utilización generalizada de fórmulas societarias, la personificación instrumental más empleada en el ámbito de la gestión urbanística han sido las gerencias urbanísticas. Las mismas se crean de conformidad con lo dispuesto en el art. 85.2.b, LBRL, en relación con el art. 215 del TRLS de 1976 y en los artículos 15 y siguientes del RGU Real Decreto 3288/1978 de 25 de agosto. Se configuran como organismos autónomos de gestión municipal de naturaleza administrativa con personalidad jurídica y patrimonios propios, que desarrollan sus funciones con arreglo a sus estatutos y a la legalidad vigente, y precisamente la cercanía al régimen normal de derecho administrativo de esta modalidad de gestión pública, explica el casi total abandono de esta figura como estructura organizativa³⁹. Desde nuestro punto de vista esto es criticable al gestionar de manera más segura la actividad urbanística. La gerencia urbanística está pensada, preferentemente, para funciones de dirección y ejecución de las obras de acondicionamiento y conservación de las áreas y polígonos residenciales, industriales o de servicios (art. 16.3. RGU), de asistencia técnica permanente a los municipios (art. 17.1 RGU), y de redacción de planes y proyectos, inspección urbanística y gestión del patrimonio del suelo (art. 19 RGU). Por el contrario, la sociedad mercantil de gestión urbanística, en su calidad de agente de las funciones empresariales, no llevará tanto la dirección como la realización efectiva de las obras de infraestructura y dotación de servicios, la venta de parcelas y la edificación. En definitiva, la justificación para la crea-

³⁹En este sentido, ARANA GARCÍA, E., *Las sociedades municipales de gestión urbanística*, ob. Cit. Pág. 59.

ción de este tipo de entidades urbanísticas especiales es la de agilizar la política de suelo al incorporar a la misma las técnicas de la iniciativa privada. Consecuentemente, en el análisis crítico de este tipo de entes habrá de tenerse en cuenta, entre otras, dos cuestiones: En primer lugar si esta pretendida agilización verdaderamente produce el efecto deseado. (Nuestra opinión es negativa), y en segundo lugar, si esta agilización y flexibilización es acorde o compatible con el entero ordenamiento jurídico.

El Patrimonio Municipal de suelo, como así se estudiará de manera autónoma en el capítulo cuarto está constituido por aquellos bienes calificados como propios, susceptibles de producir renta, y que dependen en la actuación del área de servicios generales, si bien en la gerencia⁴⁰ de urbanismo existe el denominado Patrimonio Municipal del Suelo.

Siguiendo el mismo esquema que hemos utilizando para reflejar la situación actual de prestación de servicios, podemos examinar en adelante lo que representaría la constitución de un ente privado capaz de asumir funciones relacionados con la actividad urbanizadora y que conforme a la legislación urbanística se trataría de una sociedad urbanística⁴¹

⁴⁰ Sobre el proceso que conduce a la decisión de un ayuntamiento de crear un ente instrumental específico para la gestión urbanística de su competencia, DE LA GUARDIA PÉREZ-HERNÁNDEZ, C. “Criterios para la Elección de Modalidad Gestora del Urbanismo. Planteamiento general”, el *Encuentro de Gerencias Municipales de urbanismo*; Señala el Ayuntamiento que se plantee su actuación urbanística fundamentalmente como una labor de policía, puede funcionar con una estructura urbanística tradicional. Madrid Gerencia Municipal de Madrid 1994, p.47.

⁴¹ Sobre las cuestiones que se analizan en este apartado ver, en general, DOMÍNGUEZ MARTÍN, M: “*La gestión municipal del urbanismo, las sociedades urbanísticas*”, en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 275, 2012; RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, “Organización de los sistemas de gestión de los servicios y prestaciones esenciales para la realización del estado social en la Administración territorial de los municipios españoles”, en RODRIGO DE SANTIAGO, J.M., y ORTEGA BERNARDO, J. *Estado social y municipios. Servicios públicos locales y prestaciones asistenciales en España y República Dominicana*, Ed. Catarata, Madrid 2010, RODRÍGUEZ CHAVES MIMBRERO, B; “Un modelo de organización municipal de los servicios sociales en” *Revista de Estudios locales. Cunal, sobre la potestad de autorganización y las formas de gestión de la Administración local*, interesante trabajo que se sirve en este apartado con especial atención, SOLDEVILA GARCÍA, P. y DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; “Estructura organizativa instrumental de la administración local, el caso

Parece indudable que a los municipios a través de sus órganos ordinarios les resulta sumamente complicado llevar a cabo actuaciones urbanísticas, entendidas tales en un sentido amplio de ejecutar todo lo necesario para mejorar las condiciones de vida de los vecinos, teniéndose que limitar a la prestación de aquellos servicios mínimos de aprobación de planeamiento, licencias urbanísticas, etc., siendo más compleja la prestación de otros servicios urbanísticos como la obtención de suelo, urbanización del mismo, enajenación a los particulares una vez convertidas las parcelas inicialmente rústicas en solares, etc. etc.

Los dos grandes inconvenientes de la gestión actual se concretan, en la prestación insuficiente de servicios urbanísticos y en lentitud en la gestión, motivada fundamentalmente por la serie de trabas que comporta el normal desarrollo de la gestión pública debidas a una burocratización tanto endógena por defectos de estructura en la organización⁴² administrativa -como exógena-, producida por las exigencias de la legislación aplicable a la Administración. Objetivamente y para los usuarios, estos dos efectos se traducen en una menor calidad de vida achacable a la insuficiencia de los servicios prestados y en un mayor coste respecto a los obtenidos, al conjugarse la lentitud con el proceso inflacionario.

del Ayuntamiento de Barcelona (una aproximación jurídica y económica), en Revista de Estudios Locales, Cunal; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. "La organización institucional de los servicios sociales en la Administración local española. El caso del Ayuntamiento de Madrid" en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO J.M. y ORTEGA BERNANRDO, J.; *Estado social y municipios. Servicios públicos locales y prestaciones asistenciales en España y República Dominicana*, Ed. Catarata, Madrid 2010. Y por supuesto, los estudios clásicos en este ámbito de entre los que cabe citar, por todos, a ALBI, F., Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales, Ed. Aguilar, Madrid 1960; SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas Madrid 2997 (3.ª edición), y GALLEGO ANABITARTE, A. *Derecho general de organización*, INAP, Madrid 1971

⁴² FERNÁNDEZ FARREDES, G. *Estudios para la reforma de la Administración Pública*", El criterio formal de la no atribución de potestades públicas debería quedar reforzado. En consecuencia, con un criterio material relativo a la naturaleza de la actividad a desarrollar, evitaría así la proliferación de sociedades de titularidad pública (paradigmático es el caso de las sociedades para la construcción y explotación de obras e instalaciones públicas) que, inevitablemente, por ser inadecuadas atendiendo a las fines sociales que asumen, terminan, en mayor o menor medida, republicándose y, con ello, separándose del régimen al que, con arreglo a su naturaleza jurídica, habrían de ajustarse. INAP, Madrid 2004, pág.356

Por ello l art. 59 del RSCL 17 de junio de 1955, habla de soluciones admisibles para remediar las deficiencias de la anterior gestión. Evidentemente las transcritas en el párrafo anterior son las idóneas según la legislación local y urbanística, pero es que, a mayor abundamiento, no puede olvidarse que por las especiales características del servicio, la competencia es municipal. Mal puede presentarse el mismo por medio de la iniciativa privada exclusivamente, lo que tampoco impide, precisamente por no abordarse una municipalización con monopolio, que en determinadas condiciones tal iniciativa privada pueda sugerir a la Administración mejoras en la prestación del servicio en la forma establecida en la normativa urbanística, pero ello desde luego coexistiendo con la gestión directa municipal. La gestión indirecta tampoco parece una solución correcta, de un lado por resultar en principio más cara al haberse de prever inexcusablemente un beneficio industrial, y de otro porque, como ya se ha dicho, el servicio corresponde a la competencia municipal y es más adecuado prestarlo por medio de gestión directa.

La sociedad urbanística, es una forma directa de gestión de servicios según la LBRL, cuando el capital social pertenezca íntegramente al ayuntamiento, por lo que no supone ningún cambio en el aspecto organizativo del municipio. Sí el disponer de un medio ágil, regulado en parte por el derecho privado, que permita afrontar a aquellos servicios con contenido económico la mejor realización de sus actividades, teniendo especial repercusión en los aspectos patrimoniales y presupuestarios, en los cuales se centra gran parte de las formalidades administrativas y que son necesarias para la prestación de un servicio en condiciones.

No sería tampoco solución la constitución de una sociedad mercantil denominada tradicionalmente empresa mixta⁴³, ya que entonces el servicio se

⁴³BUESO GUIRAO, E.- “Las Sociedades Mixtas Urbanísticas Locales tras la comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 12 de abril de 2008”, en *Asociación Española de Promotores Públicas de Vivienda y Suelo*. Las sociedades urbanísticas locales de carácter mixto han sido durante bastante tiempo un instrumento eficaz para la promoción de vivienda y suelo con el apoyo e intervención del capital privado. Recientemente debido a la existencia de

prestaría mediante gestión indirecta –art.85 de la Ley de Bases- y, lógicamente, el capital privado buscaría un rendimiento que perturbaría la voluntad municipal de que, caso de existir beneficios en la gestión, se invirtieran éstos íntegramente en mejoras y ampliaciones que redundarán en bien del servicio público, una vez cumplimentado lo establecido sobre reserva legal en el art. 214 de la Ley de sociedades anónimas. Uno de los objetivos a lograr a través de la constitución de la sociedad urbanística municipal es el llevar a cabo la actividad urbanizadora que puede alcanzar tanto a la promoción de la preparación del suelo y renovación o remodelación urbana como la realización de obras de infraestructura urbana, así como la dotación de servicios para la ejecución de los planes de ordenación. Quedan por tanto englobadas las actividades que desarrollan los servicios de gestión urbanística y de planeamiento en el ámbito social, pudiendo en consecuencia disponer, de los aspectos patrimoniales y presupuestarios necesarios para dotar de la mayor agilidad a las mismas entre ellas para la obtención y urbanización del suelo y posterior rescate de plusvalías generadas por la actividad de la administración.

De la composición de la situación de la situación actual y logros u objetivos a conseguir a través de una sociedad Urbanística Municipal, resultan evidentes las siguientes conclusiones:

a).- Se pretende la constitución de un órgano especial de gestión que permita mejorar la consecución de la actividad urbanizadora propia del Municipio, utilizando para ello medios jurídicos privados de especial importancia en materias presupuestarias y patrimoniales.

b).- Su constitución no representa ningún perjuicio su constitución puesto que los objetivos a cumplir son ya de competencia municipal, y se podrían conse-

grandes dudas en cuanto a la aplicación de la normativa comunitaria de contratación pública a su procedimiento de constitución y sus relaciones con las administraciones que las constituyen, apenas se constituyen por no gozar de la seguridad jurídica necesaria. Para paliar esta situación la Comisión Europea emitió una Comunicación interpretativa de fecha 5 de febrero de 2008, que clarifica en gran medida la situación. Este estudio analiza la referida Comunicación y su aplicación práctica a las sociedades urbanísticas mixta

guir a través del PMS, con la única desventaja de que el mismo carece de personalidad y no constituye órgano especial de gestión.

c).- Una eficaz gestión de la sociedad que se constituye puede, por todo lo dicho, representar una gran ventaja para el logro de la ejecución del planeamiento y la mejora, de la calidad y condiciones de vida de los habitantes de la ciudad.

Por consiguiente se considera ventajoso para los intereses públicos la creación de una sociedad urbanística desde un punto de vista social, ya que con ella se conseguirá una mayor celeridad en el desarrollo urbanístico de esta ciudad a un menor coste, al evitarse los desfases de presupuestos, y mejorándose la calidad de vida ciudadana en mayor medida que en las circunstancias actuales. En los siguientes capítulos, con detalle el régimen jurídico de la sociedad urbanística, desde la perspectiva del servicio público local, así como los problemas urbanísticos derivados del régimen jurídico de dichas empresas, como puede ser el papel de las mismas como gestoras del patrimonio municipal del suelo.

CAPÍTULO 2.- EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACTIVIDADES PRESTADAS POR LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS MUNICIPALES

2.1. El objeto social en las sociedades municipales urbanísticas.

Es importante señalar que el objeto social de las sociedades urbanísticas debe ser determinado con claridad en los estatutos sociales. De ahí la importancia que tiene que el objeto social quede perfectamente definido, ya que si ello es así evitara futuros problemas con las encomiendas de gestión que vaya realizando la administración matriz, y cuya problemática jurídica se estudiará más adelante. La importancia del objeto social es precisamente que en el mismo quede reflejado el interés público que determino la creación de la sociedad, ya que todo ello lo debemos relacionar con la importancia que tiene la necesaria y obligatoria existencia como ya hemos indicado en el capítulo anterior de la necesidad de expediente de oportunidad y conveniencia donde no solo debe quedar reflejada la causa de la creación de la sociedad sino también su objeto, ya que en la época de crisis económica es sumamente importante determinar con claridad la causa⁴⁴ y el objeto de estas sociedades mercantiles tan peculiares.

Dada la pertenencia de la actividad de estas sociedades bajo los parámetros de la libre económica local, podrá establecerse como objeto social a desarrollar por la empresa cualquier actividad económica que se pueda justificar bajo el concepto de interés general, siempre que ello no implique ejercicio de

⁴⁴ Es imposible en este momento dar una completa reseña bibliográfica sobre esta cuestión. A título meramente ejemplificativo podríamos citar: MARTIN-RETORTILLO, S, *Las empresas públicas*, cit, pág. 116 ss; del mismo autor, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996; del SAZ *Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Tres estudios*, Madrid, Civitas 1992, pág. 172 ss; GARRIDO FALLA, F; *Un tema de seguridad jurídica: La regulación de los entes instrumentales*, en REDA, núm. 78, 1993; SALA ARQUER, J.M; *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, en REDA, núm. 75, 1992; MALARET GARCIA, E; *Público y privado en la organización de los juegos olímpicos de Barcelona 1992*, Madrid, Civitas, 1993; PARADA VAZQUEZ,R; *Derecho Administrativo*, t, Parte General, Madrid, Marcial Pons, 1995; *Administración instrumental Libro-homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, obra colectiva coordinada por PEREZ MORENO, A, tt I y II, Madrid, Civitas, 1994.

autoridad. Hay que destacar que en nuestro país muchas sociedades urbanísticas empezaron a desarrollar su actividad bajo los parámetros de la gestión urbanística como actividad exclusiva, aunque la realidad nos muestra, que la gestión urbanística, es un concepto muy amplio y una labor muy ardua en relación a la tramitación administrativa, tramitación que no se ha visto agilizada, desde nuestro punto de vista, bajo la influencia del derecho privado. Para que la gestión urbanística fuera más ágil se necesita la implicación de los agentes que intervienen en ella, tanto a nivel privado (promotores, juntas de compensación) como a nivel público a través de los órganos Administrativos competentes tanto en la aprobación de las propuestas de los diferentes instrumentos de gestión como por la práctica de la notificación de los actos administrativos investidos de *auctoritas*. Nos parece criticable aquellas encomiendas de gestión que se hacen de manera genérica, sin especificar el objeto social, lo que se llama *gestión integral de la actividad*. La no claridad o la inexactitud del objeto social se verá directamente afectado en relación a la actividad que puedan desarrollar las sociedades urbanísticas, entrando en juego como veremos más adelante la teoría del levantamiento de velo. Sin embargo hoy en día, las empresas municipales urbanísticas amplían su objeto social a actividades que van más allá de la mera gestión urbanística, como pueden ser la promoción directa de viviendas públicas, la gestión de operaciones de remodelación⁴⁵ de viviendas, la progra-

⁴⁵La STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª), sentencia núm. 1211/2004, de 16 de julio de 2004, que afirma que el objeto social de las sociedades urbanísticas no está limitado al campo de las viviendas de protección oficial o de cualquier otro tipo de vivienda de coste reducido. Con más detalle, esta sentencia conoce de la impugnación del acto de creación de la Empresa Municipal “Nuevo tres Cantos Fomento de la Vivienda y el Suelo Sociedad Anónima” por entender que se vulnera los art. 21.1. p) y 22.2º) LBRL, al atribuirse a la sociedad municipal la facultad de vender y arrendar bienes inmuebles de titularidad municipal. El Tribunal se remite al Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre creación de sociedades urbanísticas por el Estado, los organismos autónomos y las Corporaciones locales, en cuyo art.3 se establece cuál puede ser el objeto sociedad de estas sociedades. Recuerda la STS (sala de lo contencioso-administrativo, sección.ª) de 17 de junio de 1998 y analiza el ámbito de actuación que cabe otorgar legalmente a las sociedades urbanísticas establecido que el art. 25.2.d) LBRL hace figurar entre los temas de neta competencia municipal no solamente la gestión y disciplina urbanística, sino también la promoción y gestión de la vivienda, como servicio público que puede contribuir a satisfacer las aspiraciones generales de la comunidad vecinal; y el art. 86.1 LBRL reconoce la facultad que corresponde a los entes locales para ejercer la iniciati-

va pública en materia de actividades privadas, previa la formación del correspondiente expediente, de acuerdo con el art. 128 CE. La traslación concreta de tales principios al campo del urbanismo viene determinado, entre otros preceptos, por lo dispuesto en el art. 115 del Real Decreto de 9 de abril de 1976, que autoriza la constitución de sociedades anónimas, o empresas de economía mixta, por parte de las entidades locales para la ejecución de los Planes de Ordenación, en desarrollo de lo cual se dictó el Real Decreto de 2 de mayo de 1978, cuyo art. 3 especifica, entre los fines propios del objeto social de las entidades urbanísticas, los comprendidos en el apartado 1.b) de dicho Real Decreto, concretamente referido a la actividad urbanizadora, que tanto podrá alcanzar la promoción de la preparación del suelo y renovación urbana, como la realización de obras de infraestructura y dotación de servicios, cuidando siempre de puntualidad (art. 3.5) que en ningún caso podrán dichas entidades ejecutar las obras directamente, sino adjudicarlas en régimen de libre concurrencia. Y señala que el art. 3 del Real Decreto de 1978 ofrece a esta clase de sociedades un amplio campo para la “renovación y remodelación urbana, como la realización de obras de infraestructura y dotación de servicios, cuidando siempre de puntualizar (art. 3.5) que en ningún caso podrán dichas entidades ejecutar las obras directamente, sino adjudicarlas en régimen de libre concurrencia. Y señala que el art. 3 del Real Decreto de 1978 ofrece a esta clase de sociedades un amplio campo para la “renovación y remodelación urbana” sin limitaciones cuantitativas de ningún tipo. En este último sentido, pretender que las normas estatutarias de las sociedades urbanísticas han de circunscribir el objeto de su actividad al campo de las viviendas de protección oficial, o de cualquier otro tipo de vivienda de coste reducido, carece de toda justificación. Sin embargo, la objeción es correcta si se sostiene que la edificación y rehabilitación urbana, como conceptos añadidos a los expresamente enumerados en el art. 3 citado) preparación del suelo, renovación y remodelación urbana, realización de obras de infraestructura y dotación de servicios) suponen una ampliación del concepto general de “actividad urbanizadora” que se asigna a dichas entidades como objeto propio de su actividad de mediación en el mercado inmobiliario y desarrolla el art. 3. De la Ley del Suelo de 1976, dotándolas de autonomía para operar como simples sociedades privadas con ánimo de lucro. Por el contrario, si se entiende que la precisión aludida no supone sino la mayor concretización de las facultades de intervención mediadora pública en el mercado inmobiliario, carece de sentido. A ello ha de añadirse que, como ya ha señalado anteriormente, en la STS (sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.ª), recurso contencioso-administrativo núm. 1449/1990, de 29 de septiembre de 2002, se contiene la importante precisión de que servicios públicos locales son todos aquellos que pudiendo gestionarse de manera directa incluso a través de la constitución de una sociedad mercantil, tienden a la consecución de los fines señalados como de competencia de las entidades locales, tal como ocurre con la promoción y gestión de viviendas, finalidad cuyo carácter social no queda desvirtuando aunque no sean de protección oficial. El tribunal analiza el concreto objeto social de la Empresa Municipal objeto del litigio y concluye afirmando que sus fines se ajustan a los previstos en el art. 3 del citado Real Decreto de 1978. Debe además tenerse en cuenta que el art. 79 de la Ley Territorial de la Comunidad de Madrid 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo, vigente al tiempo de adoptarse el acuerdo municipal, establecía que la administración de la Comunidad de Madrid, los municipios y las entidades jurídico-públicas dependientes de una y otros, así como los consorcios, podrán constituir sociedades mercantiles de capital íntegramente público o mixtas para el estudio, la promoción, el desarrollo, la gestión o la ejecución de cualesquiera de los contenidos de la actividad urbanística que no impliquen ejercicio de autoridad. Concluye el Tribunal afirmando que la constitución de la sociedad urbanística es conforme a la legislación en vigor al momento de su constitución, que permite este tipo de socieda-

mación-gestión de actuaciones de remodelación de núcleos antiguos, la gestión de planes-programas, la redacción de instrumentos urbanísticos, la redacción, tramitación y promoción de proyectos de parcelación-urbanización y otras muchas funciones que iremos comentando a lo largo del presente trabajo de investigación. Como señala la Gifreu i Font en *La Ordenació Urbanística a Catalunya.*, “las sociedades urbanísticas públicas son entidades urbanísticas especiales, analizando las mismas en su condición de *Administraciones actuantes*”. Si las calificamos como, tales se tendrá que tener muy claro desde el principio cual es el objeto social de las mismas y su actividad a desarrollar.

Si nos centramos en “la gestión urbanística” podemos definirla como la ejecución de las previsiones del plan⁴⁶ en sentido amplio, y en concreto en la

des, incluso con la posibilidad de enajenar bienes inmuebles dentro de la ejecución de cuales quiera de los contenidos e la actividad urbanística.

Junto a lo anterior, los recurrentes sostienen que la facultad establecida en los estatutos de la sociedad mercantil que le permiten “concertar todo tipo de créditos, hipotecar, recibir, ayudas, subvenciones de cualquier entidad, administración y organismos públicos” sería contrario al art. 55 de la Ley de Hacienda Locales, El Tribunal desestima este motivo de impugnación porque entiende que dicho precepto es inaplicable pues se refiere a los organismos autónomos y no a las sociedades mercantiles y, además de ello, que los estatutos omitan cualquier mención a la normativa legal, no significa que no se sometan a ella. Por tanto, afirma la innecesariedad de autorización del Pleno municipal para concertar todo tipo de créditos e hipotecas.

⁴⁶ GARCÍA GARCÍA, J.M.; Afirma que el planeamiento “suelo operar sobre zonas, áreas, terrenos, pueblos, suelos, pero normalmente no sobre fincas.” *Derecho inmobiliario*, cit. Tomo V, pág. 27. ARNÁIZ EGUREN, L; Registro de la Propiedad. pág. 74, afirma “Mientras que el Registro de la Propiedad utiliza como unidad de cuenta la finca, es decir, la superficie terrestre delimitada por su titularidad dominical, el plan considera dicha superficie en función de sus posibilidades de implantación de tejido urbano. En este sentido el plan urbanístico determina, distingue y ordena zonas, sectores o parcelas, entendiendo este último concepto, en función de los criterios de idoneidad a que hacíamos referencia en el capítulo anterior, como la unidad mínima de actuación distribuible en varias fincas o comprensiva de diferentes fincas. Por tanto, puede afirmarse que el plan de ordenación y el registro de la propiedad se refieren a una misma realidad objetiva, el suelo, pero contemplada desde dos puntos de vista radicalmente distintos. “Este mismo espíritu estaba ya recogido en la LRAU, cuyo artículo 20, al regular los criterios de sectorización afirmaba: “Dicho trazado nunca se determinará con el exclusivo propósito de ajustarlo a los límites de término municipal o a lindes de propiedad. Cuando la más idónea conformación de la ordenación urbanística aconseje un trazado coincidente con esos límites, el plan deberá acreditar que esa coincidencia obedece a fines concretos y acordes con la potestad pública de planeamiento reguladas en el artículo 2, no a la mera conveniencia de ajustar sus determinaciones a condiciones prediales o administrativas preexistentes y ajenas al bienestar futuro de la población”. Recoge este criterio el artículo 54 LUV, afirma que la “sectorización

dirección, promoción y coordinación de todas las actividades de ejecución, realización de las obras de urbanización, creación y dación al mercado de suelo urbanizado y, apurando un poco más, la realización de la actividad inmobiliaria de construcción, cuando fuere precisa por razones económicas de costes de las obras de urbanización, o por finalidades sociales de directa utilidad urbanística.

Como seguidamente analizaremos, la actividad más importante de las sociedades municipales de gestión urbanística tiene lugar sobre dos grandes sectores económicos: la urbanización de terrenos y la edificación-rehabilitación de viviendas. Se trata, por tanto, de actividades que, conforme al concepto que hemos dado anteriormente, encajan perfectamente dentro de la noción de “gestión urbanística”. En los arts. 3 del RD 1169/1978 y 21 del RGU tiene lugar la enumeración de posibles objetos sociales para las sociedades municipales de gestión urbanística.

2.1.1. Estudios Urbanísticos

Las sociedades urbanísticas tendrán por objeto la realización de alguno o algunos de los fines siguientes: estudios urbanísticos, incluyendo en ellos, la redacción de planes de ordenación y proyectos de urbanización y la iniciativa para su tramitación y aprobación. Según el texto refundido la ley del suelo estatal del 2008, la elaboración de los planes y proyectos corresponde, con carácter general, a las entidades públicas competentes, no obstante esta regla, general la Ley del Suelo, permite que los particulares puedan llevar a cabo esta labor. Junto a la habilitación genérica del art. 104, el art. 3.1.a) del RD 1169/1978 permite que las sociedades municipales de gestión urbanística puedan llevar a cabo la función de redacción de planes y proyectos. Además de

sirve para delimitar ámbitos mínimos y racionales de planeamiento, con la finalidad de evitar la redacción de planes que, por su visión fragmentaría del territorio o por oportunismo en su delimitación, generen difusiones en el desarrollo urbano. 3. En cualquier caso, la sectorización atenderá al modo más idóneo de estructurar la utilización urbanística del territorio. El perímetro de los sectores se ajustará.

ello, la norma citada también habilita a que estas sociedades puedan iniciar el procedimiento para su aprobación. No se trata, por tanto, de una simple sociedad de estudios. Si así fuera, no se diferenciaría de cualquier sociedad privada de estudios urbanísticos. Su principal peculiaridad es precisamente que las mismas pueden incoar un procedimiento para la aprobación de los estudios urbanísticos elaborados. Si es así, nos recuerda al principio de legitimación activa en el procedimiento administrativo, en su calidad de parte interesada, en la que además, de proponer la aprobación de instrumentos de planeamiento, pueden llevarse a cabo, a través de las mismas, las contestaciones a las alegaciones realizadas durante el periodo de información pública⁴⁷.

2.1.2. Actividad urbanizadora.

La actividad urbanizadora, puede alcanzar tanto a la promoción de la preparación de suelo y renovación, o remodelación urbana, como a la de realización de obras de infraestructura urbana, y dotación de servicios, para la ejecución de los planes de ordenación⁴⁸.

Parece clara la intención del legislador de referirse a la actividad de urbanización o urbanizadora que es aquella que tiene como objetivo dotar las infraestructuras y dotaciones necesarias a un terreno para que se le pueda otorgar la calificación de solar. A partir de la mención de a la actividad urbanizadora, la letra b) del art. 3 RD 1169/1978 intenta, desafortunadamente bajo nuestro punto de vista, desglosar las diferentes “subactividades” comprendidas en la principal. La actividad urbanizadora comprende tanto la dotación de servicios como la realización de obras de infraestructura urbana. La dotación de servicios

⁴⁷ En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ J., *Comentarios de la ley del Suelo*, Madrid, Civitas, 1993, p.1140.

⁴⁸ Íntimamente ligado a lo anterior, el art. 21.1. del RGU determina que “podrá, especialmente, recomendarse a las sociedades constituidas por las administraciones urbanísticas: a) La realización de obras de infraestructura y dotación de servicios en un área o polígono determinados de actuación urbanística. b) Promoción y gestión de urbanizaciones, con independencia del sistema que se adopte para la elaboración y ejecución del planeamiento.

es una de las principales realidades que determinan la consideración de un terreno como urbanizado. El RD 1169/1978 alude de manera separada a este tipo de actividad, destacando que dicha actividad puede ser prestada a través de la sociedad urbanística.

En relación a la actividad de realización de obras de infraestructura urbana se puede calificar, como una actividad dentro del concepto de actividad urbanizadora. Quizá sea difícil a efectos urbanísticos, diferenciar, entre la noción de dotación de servicios y las obras de infraestructuras urbanas. Por tanto, parece que segundo concepto estaría relacionado directamente con las actividades que pueden llevar a cabo dichas sociedades urbanísticas. Me estoy refiriendo a las grandes obras de infraestructura pública como son, la construcción de túneles, autopistas, abastecimiento de aguas, que podríamos englobar todas ellas bajo el concepto de interés general y que pueden ser al mismo tiempo asumidas con independencia del régimen monopolístico por dichas sociedades.

Creo que debo destacar, el concepto de remodelación urbana como parte importante de las actividades que pueden desarrollar dichas empresas. Quizá con la crisis económica, es importante reconducir el urbanismo hacia nuevos modelos de regeneración urbana, ya que los costes de una remodelación son mucho más asequibles que las obras de urbanización que implican crecimiento urbanístico, muchas veces limitado por los planeamientos municipales o por planes territoriales jerárquicamente superiores a través de sus estándares urbanísticos. La Ley⁴⁹ 26/2013 de 26 de junio de 2013, acierta en el diagnóstico al

⁴⁹ Tal y como indicamos en el texto ut supra, las múltiples normas que a lo largo del tiempo han ido regulando los diversos instrumentos que se circunscriben dentro de lo que, con cierta generalidad, se ha venido a denominar la reforma interior de las poblaciones, no se han parado a definir lo que, a nuestro modo de ver, es lo más fundamental y prioritario, a saber, las funciones, competencias, características, límites y en fin, todo aquello más reseñable, de la respectiva actuación (rehabilitación, regeneración, renovación) que, en cada caso, amparan aquellos. Con ser ellos grave, más lo es, si tenemos en cuenta que el legislador de la vigente Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, ha erguido con la misma tónica y por ende, no ha definido, ni tan siquiera, mínimamente, las propias actuaciones que dan nombre a aquella, a saber, rehabilitación, regeneración y renovación urbana. Para un análisis más en profundidad de los silencios que en relación con la rehabilitación, regeneración y

poner un énfasis especial en las oportunidades económicas que se plantean y señala adecuadamente que el proyecto de futuro de la ciudad está en su transformación interior, en sus tres escalas de actuación. Pero la Ley no alcanza a resolver el marco económico en el que se pueda desarrollar y además abunda en técnicas de difícil aplicación. La crisis económica actual obliga a pensar en nuevas perspectivas, que generen un corpus instrumental nuevo, con nuevos métodos e instrumentos de intervención más sencillos, claros y transparentes. La intervención en la ciudad consolidada y en concreto la promoción de la rehabilitación constituye una materia que fundamentalmente corresponde a una adecuada gestión, y fundamentalmente constituye un problema de financiación, coordinación e incentivación de los posibles agentes intervinientes. ¿Excesivas metas para una legislación urbanística?

La Ley plantea la rehabilitación como un sector para regenerar la economía lo cual genera serias dudas dado que en España ha sido muy dependiente de la subvención pública y en concreto de los Planes de vivienda y rehabilitación que actualmente están condicionados por los pagos pendientes, por lo que se plantean dudas sobre las posibilidades reales de alcanzar los objetivos de la Ley en cuanto el doble objetivo de la rehabilitación como revulsivo de la economía y como medio para alcanzar los objetivos de ahorro energético ya que los mismos aparecen como poco realistas. Todo ello conlleva la necesidad de políticas transversales en la potenciación de la rehabilitación como sector de la economía, dado que el objetivo fundamental es incentivar un sector de la economía como es la construcción y en definitiva pretende ser un motor de empleo, y todo ello no parece que pueda resultar suficiente plantarlo exclusivamente a través de una Ley sectorial de naturaleza urbanística ya que dicho ob-

renovación urbana. Para un análisis más en profundidad se los silencios que en relación con la rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, multiséculamente se han producido y sobre todo, los efectos nocivos que de ellos se derivan, me remito por entero a GARCÍA-MORENO RODRIGUEZ, F., “La rehabilitación y la renovación urbana: actuaciones estratégicas sobre las que se articula y construye el medio urbano sostenible”, en *“Comentarios a la Ley de Economía Sostenible, dir. Santiago, Bello Predes A., LA LEY, Madrid, 2011, pág.556 y ss.*

jetivo exigiría una perspectiva horizontal y transversal más amplia y entre otras exige formar un empleo más especializado en rehabilitación⁵⁰.

El texto normativo resulta en parte complejo y en ocasiones confuso (modifica normas que nada tiene que ver con el objetivo declarado de la Ley). En este sentido lleva a cabo diversas modificaciones puntuales de leyes colaterales resultando por ello poco clara en contenidos y alcance. Además, abunda en el problema de hipertrofia de nuestro ordenamiento que desde hace tiempo exige una labor de simplificación del ordenamiento jurídico. Se trata de una Ley declarativa de paradigmas urbanos y ciudad de futuro, abierta a soluciones y experimentos que aún están por hacer, reproduce técnicas que se han manifestado inadecuados.

Desde la Generalitat de Catalunya se plantean también dudas sobre el alcance competencial del Estado para llevar a cabo la regulación tan exhaustiva que no deja un ámbito de decisión política propia a las Comunidades Autónomas, todo ello con las dificultades de potenciar un sector dependiente del sector público en un período de restricciones presupuestarias. La experiencia en ma-

⁵⁰ Es un hecho contrastado que a todos, sin excepción, nos gusta ver la ciudad donde vivimos limpia, ordenada y lo más bonita posible. Ello nos resulta, como es lógico, agradable. Del mismo modo, es una evidencia que todos, también sin excepción, queremos tener unos edificios lo más modernos, presentables y cómodos posibles. Ahora bien, cuando se nos dice que para cumplir tal objeto hay que sufragar los gastos que ello comparta, todo cambia. Muchos de los antes convencidos pasan a dudar, e incluso, directamente, a desdecirse de sus planteamientos iniciales. Tenemos múltiples ejemplos de ello, como por ejemplo, todas las obras que se llevan a cabo para adecentar la fachada de nuestros edificios o para instalar en el mismo el ascensor que no existe. En este momento y en tantos otros como estos, todo son problemas. No debe extrañarnos por ello, en absoluto, que el legislador determine quién tiene la obligación de acometer las obras que resulten precisas y necesarias, e incluso, en algunas ocasiones, cuáles de las mismas son o tienen el carácter de obligatorias, lo que implica que ni los propietarios, ni las comunidades de propietarios, ni las agrupaciones de comunidades de propietarios, etc. pueden oponerse a aquellas. Sobre el particular y para profundizar en esta faceta que, inexorablemente, tiene toda rehabilitación, regeneración y renovación urbana, véase el trabajo de GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F. *“La rehabilitación y la renovación urbana: actuaciones estratégicas sobre las que se articula y construye el medio urbano sostenible”*, en *Comentarios a La Ley de Economía Sostenible*, dir. Santiago A. Bello Paredes, LA LEY, Madrid, 2011, pág. 565 y ss.

teria de regeneración⁵¹ y renovación urbana pone de manifiesto que han tenido éxito algunas intervenciones como consecuencia de la amplia participación del sector público. Dentro de este marco coyuntural económico de restricción de fondos públicos resulta difícil plantear una revitalización del sector de la construcción fundada en los pilares tradicionales de actuación en este sector. Como alternativa cabe pensar en una participación amplia del sector privado pero se tratará de un contexto muy específico, tal como aquellos sectores de la ciudad con renta media y alta o como las áreas turísticas a través de operaciones urbanísticas de regeneración y renovación de áreas.

En noviembre del 2013, se organizó en el Congreso Nacional de socios técnicos urbanistas, celebrado en Pamplona unas ponencias basadas fundamentalmente en defender la función esencial, que las sociedades urbanísticas pueden desempeñar en las actividades de regeneración, renovación y rehabilitación, siendo precisamente esas tareas el futuro de la viabilidad económica de las mismas. Precisamente al comentar el objeto social de dichas empresas en las ponencias señaladas, la mayoría de los intervinientes se inclinaba por don-

⁵¹ GIFREU FONT, J.; *La Regeneración Urbana en Gran Bretaña*. Edit. Marcial Pons Madrid, 1997, pág.196-197. “Pero para reactivar la economía era necesario atraer a los potenciales inversores y, por ello, se produjo paralelamente un viaje hacia la regeneración física como cauce previo al resurgir económico. Ha sido en esta esfera en la que han actuado las UDC, proporcionando unos resultados palpables a simple vista con la finalidad de hacer más agradable el entorno. Las UDC tienen, pues, interés en crear “imágenes de éxito” de resultados inmediatos y visibles –sus proyectos flagship- para atraer inversión privada. Sin embargo, el cambio físico es sólo una de las bazas de una regeneración urbana exitosa. A las UDC, en especial a las primeras generaciones, les ha fallado el no adoptar una visión más amplia del término “regeneración” en la que englobar consideraciones de tipo social, una posibilidad exenta de inconvenientes por cuanto ni la Ley que regula su constitución ni el DoE han aportado una definición del concepto. Aunque, tal vez, de haber adoptado esta visión amplia, las UDC se hubieran estrellado contra el muro del Gobierno que, a través del DoE, podría castigar la “desobediencia” de sus criaturas mediante la previsión de una partida presupuestaria menor. Las últimas generaciones de UDC se aprovecharon de la desradicalización del Thatcherismo e *incorporaron a su estrategia al aspecto social*. Podríamos hablar, entonces, al menos en esa iniciativa conservadora, de un cierre del círculo que se inició con la orientación social de la política urbana, pasando más tarde a la físico-económica y ahora recogiendo nuevamente el testigo de lo social, aunque manteniendo desde luego en un primerísimo plano la estrategia físico-económica. Ello demuestra que un Estado, aunque no parta de planteamientos paternalistas, no puede obviar por completo las necesidades sociales de la población”.

de tenían que encaminarse las empresas urbanísticas existentes y que han tenido la suerte de no verse afectadas por recortes presupuestarios a través de fusiones de empresas. Y nos atrevemos a decir, aunque hemos sido críticos con la actividad de las mismas y su supuesta agilidad aplicando el derecho privado, en lo que estamos de acuerdo en que se pueden utilizar para actividades urbanísticas que no supongan obra nueva o crecimiento de la ciudad, ya que las mismas siguen teniendo la función de administración actuante y las limitaciones⁵² de la LRSAL van más bien encaminadas a limitar una nueva masiva proliferación, que a limitar la actividad diaria. Sin embargo creemos que dichas sociedades como promotores públicos de nueva vivienda libre el futuro actual es bastante oscuro, debiéndose orientar el objeto de las mismas hacia la subactividad como un pequeño aspecto del urbanismo, que consiste en la rehabilitación de viviendas existentes, aprovechando el régimen privado, y las menores trabas burocráticas entre el ciudadano y la entidad instrumental. No obstante, aunque no parece factible un cambio radical en la tendencia, la Ley constituye un paso más en la atención por la ciudad consolidada y en la que aunque no supongan un impacto muy evidente en el conjunto de las ciudades los ejemplos pilotos, y pequeñas actuaciones como los casos de Castilla León, Navarra, o Aragón que puede tener un carácter extensivo en cambios de mentalidad a medio o largo plazo. En todo caso, las nuevas políticas exigen un eslabón intermedio entre la Ley y las intervenciones como es su previsión en el planeamiento y posiblemente su previo desarrollo reglamentario. Se propone en caso de

⁵² PAGÈS I GALTÉS, J; *Fiscalidad de las sociedades municipales*, Ed. MARCIAL PONS, 2006, pág.31-32); La única limitación que al respecto se establece es la prevista en el art. 86.3 de la LBRL, según el cual, los servicios que impliquen ejercicio de autoridad no podrán prestarse por gestión indirecta ni por cualquier modalidad gestora societaria. Fuera de este supuesto, tanto las sociedades mercantiles municipales como las sociedades mixtas podrán gestionar cualquier servicio público. Si ello es así respecto a los servicios públicos, aún con mayor motivo lo será respecto a las meras actividades económicas que la entidad local puede ejercer al amparo del art. 86.1 y 2 de la LBRL, concurriendo con el sector privado. En suma, pues, las sociedades mercantiles municipales pueden desarrollar cualquier servicio público y cualquier actuación económica cuya competencia corresponda a la entidad local, con la única exclusión de los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad, pues éstos tan sólo pueden ser gestionados por la propia entidad local –gestión indiferenciada-, por organismo autónomo o por entidad pública empresarial.

aprobar desarrollos reglamentarios por parte de las Comunidades Autónomas – como es el caso del aragonés.

La rehabilitación como técnica urbanística, a través de sociedades⁵³ suponen un cambio de paradigma, aunque la Ley es, en parte, continuidad de Leyes anteriores y entre otras de la Ley de economía sostenible, ya que constituye un eslabón más claro en la atención que exige las intervenciones urbanísticas sobre la ciudad consolidada de las que se resaltan dos aspectos de su contenido. Se considera de esta manera positiva la incorporación de la rehabilitación puntual de edificios como objeto de los procesos urbanísticos de transformación y gestión, por parte de las sociedades urbanísticas, pues suponía una laguna en las previsiones legales; En este sentido, resulta necesario tener presente la distinción de la LRRRU entre renovación regeneración y rehabilitación en el que este último va a tener un mayor protagonismo a través de procesos urbanísticos. Asimismo se valora positivamente la flexibilización del régimen de acuerdos de las Comunidades de Propietarios que hasta ahora constituían un obstáculo por su rigidez. La Ley supone un aumento de cargas y deberes del propietario de la vivienda ya que imputa a estos destinatarios las obras correspondientes a los deberes de conservación en el que ha introducido la eficiencia energética. Este incremento de las cargas del propietario puede perjudicar a las rentas bajas si no se prevén ayudas suficientes, agravando aún más la situación

⁵³ Como no estamos ante un fenómeno nuevo, desde nuestra doctrina ya hace tiempo que se señalaron las causas e intenciones que están detrás de la utilización generalizada de esta figura organizativa. Por todos ver: COSCULLUELA MONTANER, L., “Teoría general de la gestión urbanística”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 53, 1977; LLISSET BORRELL, F., “Las sociedades privadas de los entes locales”, *REALA*, núms. 235-236 1987; PAREJO ALFONSO, L. “*Problemas básicos del urbanismo actual*”, en BOQUERA OLIVER, J.M^a., *Derecho urbanístico local*, Civitas, Madrid 1992. En este sentido, ARANA GARCIA, E., *Las sociedades municipales de gestión urbanística*, Marcia Pons, Madrid 1997, pág. 59, recogiendo las palabras de ROCA ROCA, E. “*Las técnicas societarias en la Administración pública española*”, en el libro-Homenaje a Clavero Arévalo, Madrid, Civitas, 1994, pág 751, afirma lo siguiente “La gestión con arreglo a parámetros privados del urbanismo, en muchos casos tiene como objetivos no confesados que son, a la vez, ventajas para el poder municipal: la limitación de la responsabilidad pecuniaria; la evasión de las técnicas rígidas del presupuesto; la superación de los tramites de la contratación administrativa; la evasión de la observancia de los trámites administrativos propios para la selección del personal, así como también de las engorrosas intervenciones de carácter tutelar y de las presiones políticas”.

de las familias afectadas por la crisis, especialmente de aquéllas que residen en ámbitos marginales. Por ello cabe augurar que la Ley sólo sirve o para espacios con posibilidad de generar recursos o para ciudadanos con rentas suficientes o con grandes consumos de energía.

Un enfoque excesivamente físico de la rehabilitación y regeneración, trae a colación, la importancia de los aspectos sociales en el urbanismo, de ahí que la empresa municipal de obras y proyectos cambiase su prioridad respecto al objeto social, pasando de ser una sociedad cuyo objeto social era la gestión urbanística a ser una empresa dedicada al urbanismo social a través de rehabilitación de ciertos Casals de Barri de la ciudad de Palma de Mallorca, enfocado a un urbanismo más social y adecuado a nuestros tiempos de crisis económica, en vez de un urbanismo estrictamente técnico de ejecución de planeamiento, todo ello sin alterar el objeto social de la empresa. Se detecta en el planteamiento de la Ley un enfoque en el que los aspectos físicos y legales adquieren una relevancia excesiva con olvido de los aspectos sociales, por lo que resulta importante recordar el carácter integral de toda política de regeneración urbana y la necesidad de que el ciudadano⁵⁴ se encuentre en el centro de las políticas

⁵⁴ORTIZ VAAMONDE, S; *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo*, LA LEY, 2004, pág. 311-329; La regulación que lleva a cabo el legislador en la letra a) del artículo 8 de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas,-que no es sino una copia, trasunto o remedo de la letra a) del apartado segundo del artículo 18 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomas contraídas por las Entidades Locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, titulado “*Realización de las actuaciones de conservación, mejora y regeneración*”, con independencia de la novedad que comporta respecto de la situación precedente, hace que nos planteemos algunas cuestiones, sobre las cuales el legislador nada dice. Es evidente que con la regulación que el legislador hace de los propietarios, que el mismo extiende, no sólo a estos, como venía siendo lo usual, sino también, a los titulares de derechos de uso otorgados por aquellos, se amplía notablemente la esfera de sujetos obligados a realizar las obras de rehabilitación, regeneración y renovación urbana que resulten necesarias, lo que es un modo de garantizar mejor las mismas al, por un lado, aumentar el número de sujetos responsables y por otro, repartir más el coste de las obras, lo que facilitará, indudablemente, aquellas. La consecuencia, por tanto, que de tal regulación deriva (garantizar mejor la realización de las obras precisas y necesarias), es, ni que decir tiene, sumamente positiva y posiblemente en ella y solo en ella, haya pensado el legislador de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Sin embargo, dicha regulación nos genera múltiples inte-

urbanas. Es importante que el planeamiento investigue las necesidades (del ciudadano) y se preocupe por su viabilidad. Resulta, en este sentido, preocupante la actual dinámica urbana en el que se ha detectado un aumento de la brecha o diferencias sociales y económicas por barrios

Los cambios introducidos por la Ley respecto a la intervención en la ciudad consolidada exige nuevos contenidos en los instrumentos urbanísticos de nuestro ordenamiento jurídico, y de esta manera deberá definir y delimitar áreas objeto de rehabilitación o renovación y establecer prioridades de acuerdo con criterios objetivos. Se plantea una duda que deberá ser analizada con detenimiento ¿Cómo incluimos las dinámicas de estos nuevos protagonistas en los planes generales? Esta necesidad de definir áreas de rehabilitación, distintas de las de regeneración y renovación, incrementará la complejidad de los contenidos de los planes generales de ordenación urbana. Por ello, el tratamiento del suelo urbano⁵⁵ consolidado adquiere un mayor protagonismo y exigirá un diagnóstico y tratamiento con un mayor grado de detalle ya que deberá tener en cuenta la

rrogantes, algunos de los cuales, a continuación exponemos. Cuando hay que acometer las obras que procedan ¿Deberán repartirse los respectivos gastos propietario y titular del derecho de uso sin que medie al efecto la Administración, o por el contrario es necesaria la intervención de esta última? En el caso de que no pueda mediar en tal reparto la respectiva Administración Pública ¿No podrá hacerlo nunca? ¿Ni aun en el supuesto de que entre ellos no se pongan de acuerdo? Y abundando más en ello ¿A quién se debe dirigir la respectiva Administración Pública? ¿Al propietario, al titular del derecho de uso, o indistintamente a uno u otro? Como puede comprobarse, son muchas las incógnitas que deja sin resolver el legislador y que, presumiblemente, ira solventando la jurisprudencia. En este sentido, consideramos que bien podría haber profundizado y con ello, aclarado más aspectos el legislador, una vez que decidió, en su momento, dar el paso hacia lo que hoy es la regulación vigente.

⁵⁵Véanse las SSTS 21 de septiembre 1987 y 19 diciembre 2002. En términos concluyente se pronuncia GARCIA DE ENTERRÍA, E; *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas 1981, pág. 262: “En el caso del suelo urbano, la facultad es completamente reglada, en cuanto que el plan sólo puede incluir en esta categoría, los terrenos que reúnan los requisitos de urbanización o consolidación por la edificación, establecidos por los artículos 78ª LS y 21 RP. Como con más detenimiento veremos en su momento, la Ley hace depender, en efecto, la clasificación del suelo urbano de la realidad física, de la situación fáctica del suelo en relación con cualquiera de los dos requisitos legales aludidos. Por ello, el plan está estrictamente vinculado a dicha realidad física, que ha de trasladar sus determinaciones de clasificación. “Más moderada es la posición de PAREJO ALFONSO, L Y BLANC CAVERO, A; *Derecho urbanismo valenciano*, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 231, “La situación fáctica de un terreno, sin duda, es un factor importante que debe condicionar la decisión calificadora que adopte el plan, pero de ella no se deriva, sin más, la clasificación”.

realidad del ámbito en el que se actúa. Parece en todo caso que deberá establecer un diagnóstico sobre el estado del parque inmobiliario, la situación económica y social de sus propietarios para establecer vías de financiación pública o privada. La nueva regulación exigirá nuevas figuras mixtas de planes/programas/gestión que incluyan tanto contenidos de ordenación, como de gestión y financiación, planes independientes que puedan incluso modificar el plan general, que permita adaptar los contenidos del mismo, en función de las necesidades de gestión y financiación público- privado. En ellos debe hacerse un planteamiento claramente diferenciado de las técnicas y principios de la rehabilitación y de la renovación. La aplicación de la Ley exigirá instrumentos de planeamiento flexibles que permitan cambios de uso para permitir rentabilizar espacios en ciudades densas; mejorar condiciones de usos en bajos (trasteros) todo ello a fin de que, dentro de planeamientos racionales, permitan generar plusvalías con la obligada reinversión en la rehabilitación⁵⁶.

Las decisiones urbanísticas al nivel de planeamiento y ordenación de las ciudades han estado tradicionalmente desvinculadas de las previsiones del suministro de energía o de alternativas al suministro tradicional, apareciendo su solución en el momento de la gestión y no en el de ordenación-planificación. A la vista del renovado papel de la energía en el contexto de la ciudad las infraestructuras de energía deben ser objeto de planificación específica de manera que coordine redes y planificación urbanística. La Ley introduce un cambio importante en la intervención en la ciudad consolidada ya que plantea objetivos cuyos destinatarios son los propietarios de las viviendas y locales. Ello conlleva

⁵⁶La STS de 17 de junio de 1998 (RJ 1998, 4770) revoca la sentencia impugnada y admite que la Administración local pueda crear sociedades mercantiles de rehabilitación urbanística. En opinión del Catedrático GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ,S; *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo VI, Thomson Reuters, el problema jurídico no está tanto en la admisibilidad de este tipo de sociedades (es preciso tener en cuenta la legislación urbanística donde aquéllas se reconocen) como en precisar su alcance. La creación de estas sociedades para el estudio, la promoción y elaboración de planes de rehabilitación no plantea mayores problemas jurídicos. En cambio, puede ser *aconsejable* evitar en la medida de lo posible la gestión directa de la rehabilitación repercutiendo a los propietarios los costes que se correspondan con su deber de conservación, si es preferible intentar antes la realización de la rehabilitación urbanística de forma convenida con los particulares.

un cambio importante en las formas de entender los deberes y gestión en el suelo urbano consolidado lo que incluso plantea la posible eliminación del carácter consolidado/no consolidado del Suelo ya que los ámbitos de rehabilitación como áreas de gestión en ningún caso podrían plantearse como suelo urbano no consolidado.

Para finalizar, queremos destacar las dificultades que las previsiones de la Ley se cumplan desde nuestro punto de vista, debido a las dificultades de que los agentes rehabilitadores y comunidades de propietarios lideren las nuevas políticas de suelo. En la Ley, los nuevos destinatarios de los procesos urbanísticos relativos a la rehabilitación son el agente urbanizador⁵⁷ y las comunidades de propietarios si bien en ambos casos resultará complicado que lleven a cabo la labor encomendada; en el caso del agente urbanizador por la ausencia de plusvalías para atraer al sector privado y en el caso de las comunidades de propietarios por cuanto existe una experiencia generalizada sobre las dificultades que entraña su gestión. A pesar de que no están citados expresamente en la Ley, las posibilidades reales de aplicación de las nuevas políticas dependerán en realidad de la activa participación en la gestión de nuevos agentes como son las empresas eléctricas y Entidades financieras, que por cierto respecto a este último punto las sociedades urbanísticas seguirán teniendo mayores ventajas para la obtención de créditos. Creemos que las sociedades urbanísticas son ágiles y flexibles en relación a la regeneración y renovación urbana y no exigen cambios sustanciales respecto a la función de las sociedades urbanísticas ya que la Ley sigue reconociendo su legitimidad como administración urbanística actuante y como medio propio respecto a la actividad encomendada, sin que exista corta-pistas a las funciones de las mismas en relación remodelación, regeneración y renovación urbana. Hemos de tener en cuenta, que en los últimos

⁵⁷ESCRIVÁ CHORDÁ, R; Cuadernos de urbanismo; “La figura del Urbanizador” ed. Montecorvo, 2003, pág. 43; El urbanizador es una persona –pública o privada- que en un momento dado asume, voluntariamente, la responsabilidad pública de promover la ejecución de una actuación urbanizadora (el compromiso de implantar unas infraestructuras de urbanización públicas, vías públicas, alcantarillado, etc.) en desarrollo de la calificación urbanística del suelo prevista por el plan.

años, ha bajado de manera considerable las obras de urbanización y edificación. Tampoco se escapa de la grave crisis económica los modelos tradicionales de gestión urbanística, muchos de ellos paralizados en estos momentos, precisamente por la crisis del sector inmobiliario y por la grave inseguridad jurídica que genera la constante normativa dictada bajo las formalidades del decreto ley con incidencia urbanística, que lo único que hacen es aumentar la inseguridad jurídica. Por todo ello, hemos pasado de un concepto intervencionista, a uno, quizás sumamente liberalizado proveniente de las directivas europeas de simplificación administrativa en el campo del urbanismo, traspuestas al Reino de España a través diferentes normativas europeas.

Parece que la corriente doctrinal actual es convertir el plan urbanístico en un plan de mínimos. Y desde nuestro punto de vista, dicha postura, es criticable, porque en todo caso lo que debería contener unos mínimos, es la normativa con rango de Ley, pero no los planes urbanísticos que deben ser instrumentos de contenido técnico que deben detallar y concretar a los planes superiores, y siempre ajustados a la normativa legislativa que los regulan. Ahora bien no nos debemos olvidar, que es importante el sistema de intervención de los poderes públicos en el mercado inmobiliario al menos en el ámbito de la urbanización, siempre y cuando dicha intervención sirva para abaratar el precio de la vivienda en nuestro país. De esta manera se justificaría a priori que dichas sociedades puedan intervenir en el mercado para abaratar el precio de la vivienda.

En definitiva la urbanización de terrenos y su posterior venta a precios sensiblemente inferiores a los de mercado⁵⁸, deben constituir la tarea y objetivo

⁵⁸ Lo que se debe quedar claro es que la actividad urbanizadora, independientemente del mayor o menor protagonismo, sobre todo de dirección (art. 141 del TRLS), de los Poderes públicos es una labor que ya sea directa, a través de su ejercicio material, o indirectamente, a través de su financiación (arts. 151.3 y 155 TRLS), en la actualidad, es desarrollada por los particulares. Sobre todo lo relacionado con el pago y proporción en los gastos de urbanización, puede verse MERELO ABELA, J.M., *Régimen jurídico*, cit. pág. 254 ss. Acerca de los procedimientos y criterios que deben inspirar la venta de los terrenos urbanizados por la Administración para su posterior urbanización. Desde este punto de vista entiende que el valor del terreno urbanizado por la Administración sería el inicial más lo de urbanizarlo.

fundamental de los poderes públicos a través entre otros del instrumento de las sociedades municipales urbanísticas. Esta actividad así desarrollada, tendrá una especial transcendencia para el interés público y legitimaría, como posteriormente se argumentara, la especial posición con que este tipo de empresas concurren en el actual mercado inmobiliario.

2.1.3. Gestión y explotación de obras resultantes de la urbanización.

El RD 1169/1978 del LRGU señala como posible objeto de las sociedades municipales urbanísticas, la gestión y explotación de obras y servicios resultantes de la urbanización, en concreto el art. 3.1.c., *“que señala que las sociedades urbanísticas pueden desempeñar la gestión y explotación de obras de urbanización”*, ya que se pueden calificar de auténticos servicios públicos de interés general. Dichas actividades no son más que la consecuencia lógica de las especiales posiciones de dichas entidades respecto a su accionista único.

Todos estos fines pueden ser considerados de forma clara como de carácter industrial o mercantil, puesto que se refieren a la ejecución material de determinados trabajos de índole urbanística que no comportan el ejercicio de funciones públicas, que también llevan a cabo empresas privadas y para las que la constitución de la sociedad urbanística por una Administración pública no aporta un dato relevante. Actuaciones tales como la elaboración de estudios urbanísticos, la redacción de planes de ordenación, la redacción de proyectos de urbanización, la adquisición de terrenos para su urbanización o su enajenación, la adquisición de terrenos para su urbanización o su enajenación una vez urbanizados son ejemplos de actuaciones de una sociedad urbanística municipal que pueden ser acometidos y, de hecho lo son con habitualidad, por empresas de naturaleza privada, de forma que todas estas actuaciones difícilmente pueden ser conceptuadas como una función pública, reservada a la Administración. La única de las actividades o funciones atribuidas a las sociedades urbanísticas que puede considerarse como una función pública es la relativa a la eje-

cución de obras de urbanización. Así, por ejemplo, el artículo 6.3 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad⁵⁹ de Madrid, establece que la gestión de las acciones y los actos jurídicos y materiales precisos para la transformación del suelo y, en particular, la urbanización constituye en régimen público de gestión, una potestad administrativa que corresponde a la administración urbanística competente de acuerdo con la propia ley, pudiendo los sujetos privados participar en la actividad administrativa de gestión en la forma determinada también por la propia ley. Correctamente con esta previsión normativa ya consolidada en nuestra legislación urbanística, el RD 1169/1978 de 2 de mayo, establece, en su artículo 3.5, que la ejecución de obras por las sociedades urbanísticas, entre otras las relativas a la urbanización de los terrenos se adjudicará por la sociedad en régimen de libre concurrencia, sin que, en ningún caso, pueda dicha sociedad ejecutarlas directamente.

Por lo tanto, las sociedades municipales de gestión urbanística en lo que respecta a su fines, salvo en lo que se refiere a la ejecución de obras de urbanización, se encuentran en clara concurrencia con empresas privadas, que, también, tienen objetos sociales similares o equivalentes, Desde esta perspectiva, resulta claro que las sociedades municipales de gestión urbanística no pueden ser incluidas en la primera de las categorías que hemos definido en el apartado anterior y que tenía por objeto a aquellas sociedades mercantiles que hayan sido creadas para “satisfacer especialmente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”.

Aunque se pudiera considerar que la ejecución de obras de urbanización y alguna otra de las demás actividades ejecutadas por las sociedades municipales de gestión urbanística, resultan encuadrables en el concepto “necesidades de

⁵⁹ Vid. En este sentido, PRIETO ROMERO, C.; “Las recientes reformas de la legislación local y su aplicación a las estructuras administrativas y de funcionamiento de las grandes ciudades: la gestión del cambio organizativo en el Ayuntamiento de Madrid”, Cuadernos de Derecho Local, núm. 9, 2005, pág 118, nota pp. 14; GÁLAN GÁLAN, A., “*El régimen especial*”, op. Cit., pág. 168; y FÉRNANDEZ DE GATTA SANCHEZ, “El régimen de las competencias y de los límites de los distritos en las legislaciones nacional y autonomías”, Revista de Estudios de la Administración local y Autonómica, núm. 306, 2008, págs. 115-163.

interés general” (expresión vaga y amplia donde las haya), resulta evidente de estas actividades tienen carácter industrial y mercantil.

2.1.4. Las actividades urbanísticas permitidas en el objeto social de las Sociedades. El control de las actividades urbanísticas de las sociedades por el Poder judicial.

La creación de una sociedad urbanística supone, en el aspecto financiero, grandes ventajas operativas sobre una gestión urbanística realizada desde la propia corporación municipal. Dichas ventajas, son más potentes, en el caso en que dificultades técnicas derivadas de la estructura de la propiedad e impedían ejecutar el planeamiento previsto por los sistemas de compensación o cooperación. En estos casos –que son relativamente frecuentes- el cambio al sistema de expropiación, exigía una movilización de capital importante, que gravita sobre la carga financiera de la corporación en detrimento de otras necesidades de inversión. Y aunque la operación, sea autofinanciable e incluso con beneficios previsibles, la dificultad de operar a plazo medio hace que en general no se opte por este sistema de actuación. Por el contrario, la sociedad urbanística, tiene la posibilidad de ejecutar este tipo de operaciones accediendo al mercado del crédito, reinvertiendo de forma rentable los saldos intermedios y en definitiva, realizando una mejor gestión de los recursos financieros sin distraer recursos con usos alternativos.

Al ser objeto de la sociedad genérico y no específico, no se puede entrar en el análisis de viabilidad económica⁶⁰, que estará evidentemente justificado, si el objeto fuese la realización de unas operaciones específicas. De todas formas, sí que se puede argumentar, suficientemente la rentabilidad económica de la sociedad. En efecto, como es bien sabido, la planificación urbanística de cualquier área urbana o urbanizable prevé un equilibrio de cargas y beneficios

⁶⁰ SESMA SÁNCHEZ, B., cita “Breves reflexiones sobre los tipos de control de la actividad económica financiera del sector público y su encaje con la actual regulación del control interno de las entidades locales”, www.elderecho.com, 5 de octubre de 2010.

de modo que cualquier agente urbanizador –como es el caso de la sociedad urbanística que se pretende crear puede obtener de su función de intermediario entre la propiedad del suelo y la promoción urbanística, un margen de beneficio razonable.

Por tanto el recurso al mercado de crédito, es perfectamente posible puesto que la rentabilidad de las operaciones si se eligen con el adecuado rigor y se gestionan efectivamente está asegurada. Dicha rentabilidad y la garantía subsidiaria del Ayuntamiento permiten suponer la no existencia de especiales dificultades en la obtención de los recursos financieros necesarios.

La inclusión de la garantía subsidiaria ⁶¹ del ayuntamiento, bien sea mediante su inclusión en estatutos, acuerdo plenario de constitución o aval específico no esté en contradicción con la viabilidad económica expuesta anteriormente. En efecto, la sociedad será rentable bajo el punto de vista económico en la medida en que se actuación se ciña a operaciones urbanísticas cuyas cargas y beneficios se ajustan a lo establecido en el planeamiento vigente. Sin embargo, es evidente, que como instrumento que es de la gestión urbanística del ayuntamiento, la sociedad puede recibir encargo de ejecutar operaciones urbanísticas, cuyas cargas superen las fijadas por el planeamiento para cuya rentabilidad social sea clara. No debe olvidarse en este sentido que un instrumento de análisis muy extendido como es el también coste-benéfico valora beneficios y costes monetarios y no monetarios. En este sentido, parece obvio que el ayuntamiento debe actuar como garante subsidiario de la sociedad. Otra ventaja adicional de esta garantía subsidiaria es la mayor facilidad en la obtención de créditos sin necesidad de ajustar garantía subsidiaria, así como en la mayor facilidad en la

⁶¹ Sentencia 2611992 de 26 de Febrero de 1992, del Tribunal Superior de Valencia en su fundamento Jurídico sexto, señala *la intervención de una sociedad municipal de gestión urbanística puede alterar las reglas de la libre competencia.*, por facilidad de acceso a la obtención de créditos sin necesidad de ajustar garantías reales de excesiva cuantía, la no sujeción a similares cargas fiscales que la empresa privada o por la actuación del Ayuntamiento como garante subsidiario de la sociedad

obtención de créditos sin necesidad de ajustar garantías reales de excesiva cuantía.

Cuestión aparte merece el estudio del control jurisdiccional de la oportunidad y conveniencia de la iniciativa económica local. Problema diferente al de la exigencia o no del expediente administrativo acreditativo de la necesidad y conveniencia de la iniciativa económica local, es el del posible control jurisdiccional sobre su apreciación por parte de la administración pública.

Conforme a la distribución constitucional de poderes, la apreciación del interés público corresponde al poder ejecutivo. El poder judicial se limitará a comprobar el cumplimiento de los requisitos de motivación que para este concreto proceso la legislación aplicable establece. En otros términos, la apreciación de la oportunidad y conveniencia de la creación de una sociedad municipal que participa en la economía como un agente económico más, corresponde a la propia corporación local. El poder judicial⁶², no podrá entrar a enjuiciar esta decisión, de otra forma, se estaría inmiscuyendo el núcleo del ejercicio de una potestad discrecional que corresponde en exclusiva al poder ejecutivo.

En este caso, sí entiendo que la jurisprudencia más reciente, sobre todo la del Tribunal Supremo, está haciendo una interpretación conforme con el Ordenamiento Jurídico. La primera Sentencia digna de comentar es la que resuelve

⁶² ARANA GARCÍA, E; *Las sociedades municipales de gestión urbanística*, Marcial Pons, 1997, págs. 35-36; El control de la discrecionalidad ha sido, y es, uno de los grandes caballo de batalla de nuestro, aún joven, derecho administrativo. La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la administración. Evidentemente, la decisión de iniciar una actividad económica tiene su fundamento en un criterio de oportunidad cuya apreciación corresponde, en exclusiva, a la administración. Pero, como es sobradamente conocido, discrecionalidad no equivale a arbitrariedad, por lo que hay cierto margen de control jurisdiccional de la decisión administrativa de inicio de una actividad económica. De las distintas técnicas, aceptadas doctrinal y jurisprudencialmente, para el control de la discrecionalidad administrativa, puede aplicarse a este tipo de supuestos, en primer lugar, la del “control de los elementos reglados”. En todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para que sea posible un control jurisdiccional (existencia y extensión de la potestad, competencia del órgano, formas y procedimientos, fin, tiempo, fondo parcialmente reglado, etc.).

el caso conocido como “*Iniciatives*” el 10 de octubre de 1989 (art. 7.352). En este asunto, se impugnaba la creación de una sociedad pública por cuanto que su objeto social era tan ambiguo y amplio que no permitía acreditar la oportunidad y conveniencia de la creación de la misma tal y como exige el art. 96 del Texto Refundido.

Aunque con ciertas dudas, considero ésta una decisión acertada. Así, a pesar de que pudiera parecer que el Tribunal se inmiscuye en el núcleo de una decisión política, la absoluta ambigüedad del objeto social equivalía en la práctica a un incumplimiento del procedimiento administrativo exigido por la legislación local para la creación de este tipo de sociedades.⁶³ Por lo tanto, puede entenderse que el Tribunal no entra a juzgar si era o no oportuna la creación de las sociedades *Iniciatives* sino, simplemente, que no se había cumplido con el procedimiento legalmente establecido

El segundo caso, digno de mención es el resuelto mediante la Sentencia de 28 de febrero de 1992 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que declaró no ajustada a Derecho la modificación efectuada en los Estatutos de la Sociedad Municipal de Actuaciones Urbanas, operada mediante acuerdo de 9 de diciembre de 1988, consistente en la introducción de la expresión edificación y rehabilitación urbana⁶⁴ como finalidad integrante del

⁶³Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de abril de 1997, impide la creación de una sociedad municipal teniendo en cuenta que el objeto social que se pensaba atribuirle era tan vago e impreciso de su redacción no permitía analizar las repercusiones que ello pudiera suponer para el presupuesto municipal, ni siquiera de forma aproximativa, ni la rentabilidad prevista ni el balance costes-beneficios (tal y como exige ahora el art. 146 del Reglamento de obras, actividades y servicios de las Entidades Locales de Cataluña).

⁶⁴ El equilibrio de las ciudades y de los núcleos residenciales a que alude el legislador de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, no busca, en última instancia, sino lograr la sostenibilidad en las diversas actuaciones que con la finalidad de regenerar la ciudad se lleven a cabo. En definitiva, no se trata de implementar, sin más, la rehabilitación, la regeneración o la renovación urbanas, sino que estas, fundamentalmente, logren ser sostenibles, dado que la reforma interior de las poblaciones no es ajena, al igual que en su día no lo fue la expansión urbanística de las mismas, a la tan denostada “*Burbuja Inmobiliaria*”, por lo que para evitar esta última, se impone, el tener muy presente dicho principio. En este sentido considero que resulta muy ilustrativo el trabajo de BOLIAZZA, O, TROVATO, G y MATA, R., “Por una gestión y generación urbana sostenible e integrada: crónica de la Confe-

objeto social: A diferencia del caso anterior, en este el Tribunal Superior de Justicia de Valencia fue más allá de sus competencias. La ampliación del objeto social de la empresa municipal no perseguía dejar un objeto social ambiguo por excesivamente amplio y que no permitiese un mínimo control social sobre la oportunidad y conveniencia de dicha sociedad. Por lo contrario, la ampliación perseguida del objeto social era clara, concreta así como extender el ámbito de actuación de la sociedad pública al ámbito de la edificación y la rehabilitación urbana. Se trata, bajo mi punto de vista, de un ejercicio legítimo de la iniciativa económica local que resulta más legitimada, y justificada por la situación de escasez de la vivienda en nuestro país.

Aunque comparta con el Tribunal que la posición que en el mercado de la gestión urbanística ocupan este tipo de sociedades, no era la igualdad con la iniciativa privada, no creo que la vía más adecuada para ajustar a derecho tal situación sea la de impedir que una sociedad pública pudiera ejercer dicha actividad. No es aquí, donde se debe establecer el control sobre este tipo de entes, muy por el contrario, tendrán que ser el Derecho de la competencia con sus variadas y complejas instituciones, el que establezca el necesario equilibrio en una situación de conflicto entre iniciativa pública y privada en el ámbito de la gestión urbanística.

Aunque por otros motivos pueda ser discutible, en lo que a la cuestión del control de la iniciativa pública económica se refiere, me parece acertada la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1998 (Art. 4770) que casa la recién comentada del Tribunal Superior de Justicia de Valencia. El Tribunal Supremo confirma la tesis según la cual es el Derecho de la competencia de vía de control más adecuada para supuestos como estos en los que las sociedades públicas de gestión urbanística, cuentan con una serie de especialidades posicionales de las que, evidentemente, no goza la iniciativa privada, al menos desde un punto de vista formal. Cuestión diferente es que el Derecho nacional de

la competencia no resulte todo lo eficaz que debería, ahora bien, esta razón no es suficiente para permitir que los Tribunales entren a juzgar la oportunidad «política» de la decisión de una Administración pública de participar en economía en libre competencia con la iniciativa privada.

El art. 86.3 de la LBRL, declara la reserva a las Entidades locales de una serie de actividades o servicios de carácter esencial: abastecimiento y depuración de aguas: recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros.⁶⁵

La forma de prestación de estos servicios esenciales, entra dentro de la potestad de auto-organización de la Administración local correspondiente, no obstante, este apartado tercero, establece dos requisitos para la efectiva ejecución de estas actividades. En primer lugar, en cualquier caso, se establece que la competencia para determinar la concreta forma de gestión del servicio corresponde al Pleno de la Corporación. En segundo término, en el caso de prestación de estas actividades en régimen de monopolio, supuesto que será el más habitual, además de la aprobación del Pleno de la Corporación, se exige la del Órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Por tanto, fundamentalmente, la intervención del Pleno de la Corporación, tiene como finalidad, la de la determinación de la forma de prestación de la correspondiente actividad o servicio, no la de considerar la oportunidad y conveniencia de dicha prestación. A pesar de la claridad de la legislación local, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2002 (Ar. 1590), señala que el hecho de que se trate de servicios esenciales no altera sustancialmente los requisitos establecidos, fundamentalmente en el art. 97 del Texto Refundido, para el ejercicio de la iniciativa económica local. Sorprendentemente, para el Tribunal Supremo, estos requisitos derivan sustancialmente del carácter excepcional que supone la creación por la entidad local de una empresa sujeta

⁶⁵Del listado original del art. 86.3 se han caído los servicios mortuorios (Real Decreto Ley 7/1996) así como el suministro de gas (disposición derogatoria de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos)

al Derecho mercantil, con la consiguiente sustracción a los principios del Derecho público, cualquiera que sea la significación de las actividades de interés público a que dedique su actividad.

El caso concreto del que trae causa la Sentencia comentada, era la de la creación de una Sociedad Anónima por parte del Ayuntamiento de Marbella, para la prestación del Servicio esencial de recogida de residuos. Para los Concejales impugnantes del acuerdo de constitución de dicha sociedad, el objeto social de la misma, iba mucho más allá de la prestación del servicio esencial de recogida de residuos. Así se hace alusión a otras actividades, que no cabe incluirlas dentro del servicio público citado, sino que pertenecen, más bien, al ámbito de la iniciativa privada. Por tanto, para la parte demandante, el acto era nulo de pleno derecho ya que se había dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido ya que no se siguió el previsto en el art. 86.1 de la LBRL, y en el 96 y 97 del Texto Refundido.

Pues bien, el Tribunal Supremo no acoge esta interpretación sino que extiende sin más, los requisitos procedimentales para la iniciativa económica local a la prestación de servicios esenciales, llegando a afirmar que en todos estos casos “nos hallamos ante una aplicación del principio comprendido en el art. 128.2, inciso primero de la Constitución”, “se advierte en consecuencia, que la necesidad de previo expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida encaminada al ejercicio de la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas, en este caso, consistentes en la prestación de un servicio público esencial en común a todos los casos de creación de empresas mercantiles para la gestión de servicios públicos”.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía había hecho una interpretación correcta de la normativa local en materia de ejercicio de actividades económicas y de prestación de servicios públicos. Sin embargo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo casa este previo pronunciamiento afirmando que “tampoco puede aceptarse el razonamiento, implícito en la sentencia, conforme al cual la creación de empre-

sas municipales para la gestión de servicios públicos esenciales estaría exenta de la necesidad de un expediente previo para acreditar la oportunidad y conveniencia de la medida”.

Para el Tribunal Supremo, el fundamento de tal afirmación, es que la intervención pública en materia económica, sin distinguir entre actividades de entrega de bienes al mercado y la prestación de estrictos servicios públicos, tiene carácter excepcional desde el punto de vista de los principios de libre empresa⁶⁶ y libertad de mercado.

Se pretenden solucionar los problemas, aún sin resolver, en muchos casos, que la utilización del Derecho privado por parte de la Administración supone, con la exigencia de procedimientos y requisitos que el legislador expresamente ha querido evitar. Nos parece, por tanto, una decisión absolutamente equivocada y que caso de consolidarse esta doctrina, el Tribunal Supremo estaría sustituyendo al legislador, estableciendo unos requisitos procedimentales que la Legislación de Régimen Local vigente no exige.

Una vez analizada la importancia que tiene acreditar la actividad pública realizada por una sociedad mercantil de gestión urbanística, nos debemos preguntar y responder a la vez, si realmente la creación ab-initio de una sociedad urbanística por una administración matriz, tiene que argumentarse con un expediente de municipalización, que estará compuesto por una memoria justifica-

⁶⁶ GARCIA ALCORTA,J; *La libertad de la libertad de empresa en la competencia*, Atelier, 2008, pág.47; La libertad de empresa tiene además como eje central sobre el que gira una manifestación de la realidad que adopta normalmente una forma asociativa y que, en dimensión objetiva, representa una riqueza patrimonial. Libertad de empresa, libertad de asociación y derecho de propiedad aparecen por tanto estrechamente conectados por el mismo objeto sobre el que recaen, la empresa, por lo que resulta en ocasiones difícil deslindar la esfera jurídica protegida por cada uno de ellos. El problema no ha sido ni mucho menos ajeno a la doctrina, quien se ha ocupado de indicar qué criterios deben ser adoptados para deslindar la esfera de protección de cada derecho. Se ha indicado a este respecto que la libertad de asociación entra en juego en todas aquellas ocasiones en las que se aborda la formación de la sociedad y su organización interna, dejando para la libertad de empresa todo lo relativo al ejercicio de la actividad económica. Esto no obsta sin embargo para adquirir que ambos derechos pueden coincidir en su esfera jurídica de protección, en los supuestos de constitución de una sociedad mercantil, de su acceso y salida del mercado y de fusión con otras sociedades.

tiva de los aspectos económicos, jurídicos, y sociales, ya que la administración local no pueda actuar a través de su estructura administrativa, y tiene que recurrir a realizar la actividad urbanística a través de medios instrumentales propios. Sí que es verdad, que el debate, quizás no sea tanto si es necesario el expediente de municipalización o no a los efectos de prestar el servicio urbanístico a través de sociedades mercantiles, cuya regulación específica está básicamente regulada en el Derecho privado, en especial, como veremos más adelante y con ciertas matizaciones en los aspectos financieros, presupuestarios y de contratación, sino en la actividad⁶⁷ realmente prestada por el organismo público.

2.1.5. El objeto de las sociedades urbanísticas y su relación con el contenido de las encomiendas de gestión.

Para definir el contenido de las encomiendas de gestión y relacionarlas con el objeto, en primer lugar, debemos englobar y definir el contenido de la gestión urbanística, lo que comprende su definición, que muchas veces puede

⁶⁷También analiza el objeto social y el ámbito de actuación de una sociedad mercantil la STSJ del país Vasco (sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.ª), sentencia núm.546/2005, de 19 de julio. El Tribunal analiza el objeto social y considera que no se refiere a actividades de carácter industrial, mercantil o análogo, puesto que la sociedad actúa en el marco de la promoción pública de viviendas como un eslabón más de la política municipal sobre elaboración, gestión y seguimiento del planeamiento urbanístico. Y, dentro de él, su cometido fundamental es la gestión de las Normas Subsidiarias del municipio, es decir, una competencia local y la ejecución de políticas públicas en esta materia. Sólo si una determinada sociedad o ente operase en condiciones normales de mercado, tuviese ánimo de lucro y soportarse las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, cabría pensar que pretende satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil. Esta interpretación resulta relevante a la hora de determinar si dicha sociedad se somete, en su contratación, al régimen previsto en la Legislación de Contratos. La Sentencia parte del análisis de la legislación vigente en ese momento y de la distinción entre sociedades mercantiles y entidades de derecho público, por lo que no se incluyen en el art. 1.3, ni 2.1 del RLCAP (antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 62/2003). Pero la Sentencia continúa afirmando que el Derecho Comunitario ha alterado sustancialmente tales esquemas de la legalidad interna y esto obliga a no dar por sentado que la normatividad vigente en el momento en que la contratación se produjo, o siquiera la que con posterioridad se ha dictado, se encontrasen plenamente adaptadas a las Directivas de aplicación y a la jurisprudencia comunitaria. Tras esto, concluye la sentencia afirmando que se darían los tres requisitos exigidos por las Directivas comunitarias en materia de contratación para que la Sociedad Urbanística en cuestión quedase sujeta a los procedimientos de adjudicación que afectan de manera coordinada a todos los poderes públicos de la Unión Europea, apelando al principio de primacía y de efecto directo del Derecho de la Unión Europea.

no coincidir con las actividades que realmente realiza la sociedad. Sinceramente, desde mi modesto punto de vista, creo que es necesario establecer al inicio de la relación administración matriz - entidad instrumental, un expediente de municipalización, ya que, dicha actuación, es un acto administrativo que está perfectamente reglado y plasmado en la normativa vigente. De esta manera quedara claro, el apoyo a la necesidad de que exista expediente de municipalización, a los efectos de poder contener unos estatutos sociales donde se concrete el objeto social a desarrollar por la empresa, con los informes jurídicos y económicos que justifiquen el camino que nos conduce necesariamente a huir del derecho administrativo, para un mejor servicio de la gestión urbanística pública. Queremos defender nuestra opinión expresamente en este trabajo de investigación, lo importante que es determinar con claridad, cuál es el objeto social de la misma y la actividad urbanística permitida, quedando bastante diferenciado, lo que son actuaciones urbanísticas propias del Planeamiento, de aquellas otras que son propias de la gestión. Todo ello debe quedar respaldado, por un expediente de municipalización que determine y concrete la actividad principal que la empresa desarrollara tras su creación. Desde el año 2003 hasta el año 2008, tuve la oportunidad de ejercer la abogacía contratado por la Empresa Municipal de Obras y Proyectos Urbanos S.A., sita Palma de Mallorca, empresa que en la actualidad y debido a la crisis económica se ha fusionado con otra sociedad municipal, la de aparcamientos (SMAP), creando una nueva sociedad con unos estatutos únicos y con la integración laboral de trabajadores de ambas empresas. Sin embargo, sería difícil señalar en este trabajo de investigación, las razones políticas, que dieron lugar a la creación de una empresa municipal, de la que se inició casi en familia, con muy poco personal al servicio de la misma. Las razones políticas que conllevaron a la creación de la sociedad municipal urbanística, fue precisamente para compensar la creación de la sociedad de aparcamientos, que dependía de la Regiduría de Infraestructuras públicas, independiente de la Regiduría de Urbanismo. Se pretendía con dicha creación, y eso para mí es una equivocación digna de resaltar, sustituir las funciones que pueden hacer las Gerencias de Urbanismo, como organismos autó-

nomos, en materia de realización de actividades urbanísticas, que representan una gestión directa de los servicios, por formas societarias, de carácter mercantilista y teleológico como son las sociedades municipales urbanísticas. Y es que, el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, ¿debería haber creado una sociedad urbanística, con la única finalidad de agilizar la gestión administrativa, eliminando trabas burocráticas, y de esta manera prestar un mejor servicio público? Esa debería ser la filosofía que debería plantearse al principio de la creación de dichas empresas, como hemos dicho en el capítulo I, siguiendo la tesis de Arana García, la necesidad de crear el expediente administrativo es evitar que el único elemento o motivo que se dé para la creación de las mismas, sean cuestiones políticas, ya que en el expediente se deberá analizar las razones económicas, sociales⁶⁸ y jurídicas, con independencia de cualquier ideología y no al revés como ha sucedido en numerosos consistorios de nuestro país. Siguiendo con la actividad diaria de la Empresa Municipal de Obras y Proyectos Urbanos de Palma de Mallorca, hemos de señalar, que la actividad principal, inicialmente, era la gestión urbanística, y después de varios años, pasó a ser la creación de equipamientos e infraestructuras públicas, así como la tramitación de Proyectos urbanos y equipamientos deportivos para mejorar la calidad pública de la ciudad. Sin modificar el objeto social de los estatutos de la empresa,

⁶⁸Entre las funciones de contenido económico se pueden destacar la de suministrar bienes públicos esenciales para la sociedad o mantener la oferta suficiente de dichos bienes allí donde las economías de escalas y las externalidades de aquellos servicios hacen que su oferta por la empresa privada sea insuficiente. Así como, ser instrumento de política industrial, con el fin de suavizar las depresiones económicas, fomentar el desarrollo económico y socializar las rentas de los monopolios naturales. Y por último, proporcionar la industria básica y de tecnología avanzada. Entre las de contenido social, atenuar los costes sociales y los efectos políticos del ajuste por el mercado. Mantener un adecuado nivel de empleo y una paz social aceptable y suministrar bienes o servicios de interés público a los ciudadanos, sin atender a los posibles costes económicos. No obstante, autores como COMIN Y MARTIN ACEÑA, *La empresa pública en la historia de España*, Madrid, 1996, pp. 350 ss. Se refieren, por una parte, a razones teóricas para justificar la presencia de la empresa pública, y por otra parte, dejan constancia de que en la práctica las empresas públicas a lo largo de la historia se han utilizado para cuestiones menos prosaicas, como reflotar compañías privadas en quiebra, que generalmente se hacían en condiciones ruinosas para la Hacienda pública o cuando se nacionalizaban empresas por razones bélicas y estratégicas. En el mismo sentido CUERVO GARCÍA, A; “Las empresas públicas. Razones que explican su ineficiencia y privatización”. *Economistas* núm 75, 1997, pp 88 ss. Considera que el sector público en España integró también las actividades confiscadas a “propiedades enemigas” (parte de la prensa del Movimiento) o actividades que atendían demandas sociales o acontecimientos excepcionales sin justificación económica ni social, solo por la discrecionalidad que permite en su actuación la empresa pública.

se cambió la actividad ya que razones de interés público así lo requerían. Y se pudo hacer porque estas actividades diferentes a la gestión urbanística, estaban también contempladas en el objeto social de la empresa.

Por esto, creo necesario, determinar, en concreto, las diferentes funciones que puede realizar una sociedad municipal de gestión urbanística, aunque pueden realizarlas todas ellas, siempre que se traten de actividades que no supongan el ejercicio de la *auctoritas*, como potestad de la Administración pública, y como sistema garantista del Derecho Administrativo *stricto sensu*.

Sí que es verdad, que hay una figura clave, que analizaremos con posterioridad, de manera pormenorizada, y es que no solamente se debe analizar lo que puede hacer realmente la sociedad urbanística a través de los Estatutos, contenidos en el objeto social, sino que debe analizarse también desde la perspectiva del encargo o encomienda⁶⁹ de gestión, que será el título habilitante, que determinará las concretas actividades que va a realizar la empresa, mediante la prestación material del ejercicio de la titularidad pública, que en ningún momento puede prestarse a través del ejercicio de funciones que sean propias de la Administración Matriz, y que por lo tanto, no susceptibles de ser reguladas por el Derecho privado.

Cuando la Empresa Municipal de obras y Proyectos Urbanos de Palma de Mallorca, se le encargaron las primeras encomiendas de gestión a través de la aprobación de la junta de gobierno del consistorio, fue precisamente el desarrollo de ciertas unidades de ejecución en suelo urbano, que se encontraban con-

⁶⁹PAREJO ALFONSO, L.; afirma que lo que singularizaría a la encomienda de gestión es que ésta produciría una escisión del contenido de la competencia, concretamente la dimensión jurídico-formal y la dimensión real, material, técnica o prestacional de la misma. PAREJO ALFONSO, L.; *Derecho Administrativo, Instituciones generales: Bases, Fuentes, Organización y Sujetos, Actividad y Control*, Ed. Ariel, Barcelona, 2003. De forma similar, MARTÍN HUERTA P.; define la encomienda de gestión como una delegación impropia poniendo el acento en que ésta no modifica el orden competencial preexistente, afectando únicamente a la organización administrativa para su ejercicio, y destacando también los importantes límites que se imponen al encomendado: como la no posibilidad de alterar el régimen de ejercicio de competencias normativas o las limitaciones al ejercicio de potestades resolutorias. MARTÍN HUERTA, P.; *Los convenios interadministrativos*, p. 165-166. Igualmente. GALLEGU ANABITARTE, A.; *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, P. 116-117 y 125-126.

templadas en el planeamiento, muchas de ellas urbanizaciones inacabadas, desarrollada en determinados casos en un plan especial de reforma e interior (PERI), y cuyo sistema de ejecución se basaban en el sistema de cooperación. Dicho sistema que está regulado en el RGU y en la que el ayuntamiento ejecuta el planeamiento y dota de servicios básicos a la urbanización, siendo los propietarios los que sufragaron, los costes de la misma a través de cuotas de urbanización, en función de los criterios o diferencias de adjudicación entre las parcelas inicialmente aportadas y las parcelas resultado del proyecto de reparcelación. Las contribuciones especiales de urbanización a sufragar por los propietarios en las unidades de ejecución afectadas por el sistema de cooperación fueron en principio, confundidas y eliminadas en el concepto de la encomienda de gestión que analizaremos posteriormente, por su carácter impopular, y por su posible confusión con el concepto de cuotas urbanización de un proyecto de reparcelación. Sin embargo, una primera encomienda de gestión que se realizó a la Empresa Municipal de Obras y Proyectos de Palma, fue precisamente dotar de infraestructuras a una unidad de ejecución, que se trataba de una urbanización inacabada, que no tenía los servicios básicos mínimos, y que la empresa pública, tenía que llevar a cabo dichos servicios mediante la contratación de las obras así como, controlar la ejecución de las mismas. Sin embargo, se dio un especial fallo de suma importancia, en la tramitación de dicho expediente. Una vez adjudicadas las obras a una empresa privada que había ganado la licitación de conformidad con los criterios establecidos en el pliego de condiciones, se tuvo que suspender el procedimiento y retrotraer el mismo, porque faltaba un elemento esencial, en la encomienda de gestión.

La encomienda decía, “desarrollar la gestión integral de la unidad de ejecución, así como, encargar la contratación de las obras”, sin embargo, se consideró por parte del secretario municipal, que no bastaba que el planeamiento determinase el sistema de ejecución de dicha unidad, sino que, debía constar

expresamente el sistema de cooperación⁷⁰, en título para la prestación material del servicio, que era que *dicha unidad se ejecutase por el sistema de cooperación*. Lo analizaremos con posterioridad con más claridad y más contundencia. Todo lo expuesto hasta el momento, debería servir para plantearnos seriamente, cuales son realmente las razones que conducen a un municipio a crear una sociedad mercantil para la gestión urbanística, y para ello, debemos analizar a la luz de ciertos preceptos constitucionales, que determinarán todo el proceso y capacidad operativa de dichas sociedades.

2.1.6. La exigencia de justificación de interés general en relación con el objeto de las sociedades.

El principio de eficacia, uno de los que debe regir la actuación administrativa, conforme al art. 103.1 de la CE, que vive en nuestros días un continuo proceso de reelaboraciones y, sobre todo, revalorizaciones que lo han llevado a convertirse en una especie de bálsamo de fierabrás que todo lo soluciona. Es en este principio donde la generalizada utilización del derecho privado para el desempeño de tareas públicas encuentra su origen y más sólido fundamento. Pues bien, el ámbito de la gestión urbanística no podía quedar ajeno a esta tendencia irrefrenable. Es, por tanto, en primer lugar, el deseo y la confianza en que la utilización de las técnicas propias del derecho privado, agilice y consiga mayores dosis de eficacia en el ámbito de la gestión urbanística la que, en prin-

⁷⁰ GIFREU I FONT J; *L'ordenació urbanística a Catalunya*; Marcial Pons, 2012, Madrid La cooperació constitueix una modalitat de naturalesa mixta en la qual els propietaris adopten una actitud passiva –en contraposició als que es veuen afectats per una operació urbanística sotmesa a la modalitat de compensació–, Puix que es limiten a aportar els sòls de cessió obligatòria i gratuïta i a pagar les despeses d'urbanització en proporció als seus drets, mentre l'Administració pot exigir el pagament de bestreses per un import corresponent a les despeses previstes per als propers sis mesos. En cas d'impagament d'aquestes bestreses o de les quotes d'urbanització acordades, l'Administració pot optar entre aplicar la via de constrenyiment, materialitzar el pagament mitjançant l'adjudicació al seu favor de finques resultants o expropiar les finques afectades. La formulació del projecte de reparcel·lació correspon a l'administració actuant. No obstant això, es preveu que els propietaris de finques que representin més del 50% de la superfície del polígon d'actuació urbanística o l'associació administrativa de cooperació el puguin formular dins del període dels tres mesos següents a l'aprovació de la delimitació de l'esmentat polígon o en qualsevol moment posterior si l'administració actuant no l'hagués formulat.

cipio y formalmente, guía a la administración municipal a crear sociedades municipales de gestión urbanística.

De la multiplicidad de entes o personificaciones instrumentales que podrían emplearse con el fin de agilizar la gestión urbanística, son las formulas societarias las que ofrecen mayor capacidad operativa, sobre todo, por la no utilización del rígido y garantista derecho público, en favor de un derecho mucho más flexible y dúctil como es el privado. Se trata, en definitiva, de una manifestación más del proceso de progresiva huida⁷¹ del derecho administrativo que se enfrenta en estos momentos a un problema todavía mayor. Me refiero al derecho de la crisis económica.

Además de ello, la gestión con arreglo a parámetros privados del urbanismo, en muchos casos tiene como objetivos no confesados, que son, a la vez, ventajas⁷² para el poder municipal, la limitación de la responsabilidad pecuniaria; la evasión de las técnicas rígidas del presupuesto; la superación de los trámites de la contratación administrativa, la evasión de la observancia de los trámites administrativos propios de la selección del personal, así como también de las engorrosas intervenciones de carácter tutelar y de las presiones políticas.

⁷¹ BAUZÁ MARTORELL, F.J; *La desadministración pública*, Barcelona-Madrid, Ed. Marcial Pons, Consell de Mallorca, 2001, pág.266-268; Tras comentar los datos de la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales (DGCHT) que ponen de manifiesto el gran número de sociedades mercantiles municipales, entiende que “la huida de la Administración, en este caso por el traslado de funciones locales a sociedades mercantiles, no obedece a justificación válida alguna. Es la tradición histórica –el caso de las comarcas en Cataluña o las Diputaciones forales en el País Vasco- la que explica en algunos casos la descentralización de funciones a empresas públicas, mientras que en otros casos son decisiones caprichosas o gratuitas”.

⁷²ARANA GARCÍA E; *Las Sociedades Municipales de Gestión Urbanística*. Marcial Pons, 1997, Madrid, en la pág. 237 señala; Junto a las especialidades posicionales analizadas en capítulos anteriores que, como vimos, tienen un claro reconocimiento legal, es necesario aludir a una serie de circunstancias y elementos que cumplen el mismo efecto de constituirse en ventaja competitiva, pero que, sin embargo, no siempre tienen un respaldo normativo. Se trata de una serie de especialidades que derivan de la inmediata relación que liga a este tipo de sociedades con la administración, en este caso local. El hecho de que el capital de la sociedad pertenezca íntegramente a la Entidad local y, sobre todo, que el consejo de administración esté conformado por los miembros de la corporación, conlleva, inevitablemente, no disfrutan las sociedades privadas que puedan entrar en competencia con las mismas.

El siguiente paso que tenemos que dar a la hora de plantearnos, el papel que pueden desempeñar estas empresas públicas locales, en el ámbito de la gestión urbanística, es el de saber si los ayuntamientos pueden proceder, a la libre creación de este tipo de sociedades o por el contrario debe de someterse a una serie de reglas y controles. Tratando de condensar en una sola expresión las actividades que el ordenamiento jurídico reserva a este tipo de sujetos podríamos decir que se reconducen a la «*prestación de servicios y de actividad urbanizadora y edificatoria*». Con esta amplitud de objetivos pienso que es suficiente para calificar o ubicar este tipo de entes de gestión dentro de la iniciativa pública, económica. En efecto, en nuestra opinión, este tipo de sociedades llevan a cabo una actividad de las que habilita el art. 128.2, inciso primero de la CE, 86.1 de la LBRL y 96 del TRRL. Se trata, como es sobradamente conocido, de una labor cuyo objetivo es la dación de bienes al mercado producida en igualdad de condiciones y, por tanto, en concurrencia con la iniciativa privada. En este caso, la entrega de bienes tiene lugar en el mercado inmobiliario, concretamente en el ámbito de la gestión urbanística.

A diferencia de la iniciativa económica privada, donde la libertad empresarial es más amplia, la pública deberá producirse con una serie de requisitos y conforme a determinados principios que se desprenden, no del carácter económico que «*a priori*» limite las posibilidades de intervención de los poderes públicos, sino de tratarse de una actividad⁷³ empresarial desplegada por un sujeto

⁷³GONDRÁ ROMERO, J.M.; P. 511, *Régimen jurídico de la Contabilidad del empresario*, Valladolid, Marcial Pons, 1992, define que la noción jurídica de empresario no coincide con la económica, ni con la aceptación que suele tener aquella palabra en el lenguaje vulgar. En la Economía, empresario es el sujeto que asume la iniciativa y, en contrapartida, soporta el riesgo económico de la organización. En la vida social, se suele denominar frecuentemente empresarios a quienes desarrollan tareas directivas en la empresa (como, por ejemplo, los administradores de una sociedad anónima). El concepto jurídico de empresario no coincide del todo con ninguno de esos significados. Empresario, según el derecho, es quien asume, frente a terceros, la titularidad jurídica de la actividad, soportando sobre su patrimonio la responsabilidad directa de la empresa. En un concepto normativo, no material. No es el ejercicio material de la actividad empresarial lo que atribuye al sujeto la condición de empresario en el Derecho, sino la referibilidad de aquella sobre la base de la “expedición del nombre”. Presupone en todo caso la autonomía jurídica del sujeto, en el sentido de que el empresario ha de ser sujeto de derecho, es decir, posible portador de derechos y obligaciones. Empresario para el Derecho es la sociedad

público que en cualquier ámbito de su actuación, incluso el económico, deberá someterse a determinadas reglas.

El primer principio o límite al que debe someterse la pretensión de cualquier ayuntamiento de crear una sociedad municipal de gestión urbanística es, a su vez, el que rige para la entera actividad administrativa, esto es, el interés general (art. 103.1 CE). Toda intervención pública directa en economía debe responder a un fin de interés público concreto y determinado que la justifique a la vez que delimita el alcance y extensión de la actividad. Evidentemente, se trata de una potestad discrecional en la que el ayuntamiento decidirá con criterios de oportunidad cuando tiene lugar esta circunstancia. Pero, como en toda potestad discrecional, existen una serie de elementos reglados que permiten el control sobre la misma. En el caso de la administración local, la concurrencia de interés general en la actividad a desarrollar por la sociedad municipal de gestión urbanística, deberá acreditarse en la memoria justificativa a que se refiere el art. 97 del TRRL RD 781/1986. Si este elemento reglado falta o es manifiestamente ambiguo o insuficiente, cabe el control jurisdiccional del mismo con la anulación del acto administrativo en que se concretó la decisión de crear la sociedad.

Existen sin embargo, dos normas anteriores a la legislación básica de régimen Local que regulan específicamente las sociedades públicas de gestión urbanística y que parecen eximir de los mencionados requisitos a este tipo de entes. Me refiero al Real Decreto 1169/1978 y al Real Decreto-Ley de 15 de marzo de 1980, que exigen para la constitución de estas sociedades del cumplimiento de los trámites que, para el ejercicio en general de actividades económicas, establece el actual art. 97 del TRRL⁷⁴.

anónima –como sujeto de derecho independiente–, no los administradores de ésta. En cambio, es irrelevante la autonomía económica, en el sentido de libertad en la adopción de decisiones económicas. Así, es empresario en sentido jurídico la sociedad que forma parte de un grupo, con subordinación a la unidad de dirección que impone una sociedad dominante.

⁷⁴Aunque refiriéndose a la legislación y situación anterior a la entrada en vigor de la Constitución de 1978, MARTIN MATEO, R. *Municipio y vivienda*, Madrid, IEAL, 1967, pág.98, en-

En base a estas dos normas, sobre todo la del Real Decreto Ley de 1980, se ha extendido una jurisprudencia, bajo mi punto de vista equivocada, según la cual estas normas jugarían como una especie de derecho especial sobre la legislación local, siendo perfectamente válida la creación de sociedades mercantiles en el ámbito urbanístico, sin tener que cumplir con el expediente o memoria justificativa del art. 97 del Texto Refundido de Régimen Local.

La primera Sentencia del Tribunal Supremo, que inicia esta errónea doctrina, es la de 30 de enero de 1995⁷⁵, que confirma la vigencia de dichas normas y, consecuentemente, la no necesidad de cumplimiento del expediente administrativo a que se refiere el art. 97 del TRRL. Bajo nuestro punto de vista, se trata de una decisión judicial equivocada. En primer lugar, porque habría de entender la derogación tácita de estas dos normas por la legislación general posterior, en especial, la de régimen local, que establece un procedimiento específico para este tipo de supuestos. Además, en segundo lugar, resulta criticable la Sentencia porque se basa en que el objeto de la creación de la sociedad en litigio era simplemente la creación y desarrollo de un polígono industrial. Esta simple circunstancia, parece ser causa suficiente para el Tribunal de eximir el cumplimiento de un requisito legalmente exigible y de tanta importancia como es el de la obligación que tienen todos los poderes públicos de hacer pú-

tiende que el expediente municipalizador que, como hemos visto, era imprescindible para el ejercicio de cualquier actividad económica, no sería exigible a la intervención de las corporaciones locales en materia de vivienda, gráficamente señala: "los recelos que como resabios de la época liberal incorpora la legislación española ante las actividades económicas de los municipios carecen aquí del menor sentido".

⁷⁵Según sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de Enero de 1995, parece no entenderlo de la misma manera. En ella el órgano jurisdiccional entiende que la regularización entendida en el RDL 1169/1978 y en el RDL de 15 de marzo 1980, exime para la constitución de estas sociedades del cumplimiento de los trámites que, para el ejercicio general de actividades económicas, establece el actual art. 97 del TRRL. El Tribunal fundamenta su argumentación "del Acuerdo de 26 de mayo de 1989 o el mismo art. 2 de los estatutos de "Tainsa", no cabe duda razonable, aunque algunas de sus expresiones pudieran sacarse de contexto, que su único objeto era la creación y desarrollo en Tarancón de un polígono industrial, localizado según sus Normas subsidiarias del planeamiento, por muy extensas que fueran sus atribuciones al respecto contexto, que su único objeto era la creación y desarrollo en Tarancón de un polígono industrial, localizado según sus Normas subsidiarias del planeamiento, por muy extensas que fueran sus atribuciones al respecto.

blicas las razones de hecho y de derecho que motivan su actividad, sobre todo, cuando ésta es producto de una potestad discrecional como es la iniciativa pública económica.

Además, aún en la línea argumentativa de la sentencia, es difícilmente imaginable que una entidad local se decida a la constitución de una sociedad mercantil, con los gastos que todo ello conlleva, la gestión de un único polígono industrial. Además, si así fuera, no se habría dado un correcto uso al art. 31.2 de la CE que exige, además de una asignación equitativa de los recursos públicos, el cumplimiento de criterios de eficiencia y economía en el gasto público. En definitiva, el cumplimiento del expediente regulado en el art. 97 de la TRRL donde, preferentemente, se demostrará o, al menos se intentará, la conformidad con el interés general o la utilidad pública de la iniciativa económica local en el ámbito del urbanismo y de la vivienda es perfectamente aplicable a las sociedades municipales de gestión urbanística.

No sólo contamos con este pronunciamiento específico referido a sociedades de gestión urbanística. Necesariamente tenemos que aludir a varias sentencias que, recientemente, ha dictado el Tribunal Supremo sobre esta materia, sentencias en las que no se confirma expresa y claramente la extinción para las sociedades urbanísticas del cumplimiento con la memoria del art. 97 del TRRL.

En primer lugar, la Sentencia del 17 de junio de 1998 (Art. 4770). Se trata de una Sentencia que casa otra del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, según la cual no era posible incluir dentro del objeto social de una sociedad pública urbanística, las expresiones *edificación y rehabilitación urbana* por cuanto que se tratan de expresiones excesivamente amplias y que no concretan ni delimitan el objeto y ámbito de dicha sociedad a efectos de comprobar si se cumplen los requisitos de los artículos del art. 96 del TRRL y del Reglamento de servicios de las corporaciones locales.

Ante esta argumentación, el Tribunal Supremo señala que no es posible entender que la creación y funcionamiento de una sociedad pública de gestión

urbanística haya de justificar a priori la inexistencia⁷⁶ de una actividad privada suficiente en el campo de la gestión y promoción de viviendas.

Evidentemente tampoco seríamos partidarios de una posición como ésta. Sin embargo, una cosa es tener que acreditar la inexistencia de iniciativa privada en un determinado ámbito para justificar la presencia de la iniciativa pública (interpretación estricta del principio de subsidiariedad) y otra muy distinta es la necesidad de motivar en un caso concreto por qué un ente local decide crear una sociedad mercantil para intervenir en el ámbito de la gestión urbanística que es lo que en definitiva pide el art. 97 de la TRRL.

Frente a ello, recordar también alguna sentencia que se ha referido a los límites a la iniciativa económica, muy marcadamente la de 10 de octubre de 1989 (Asunto Iniciativas), que como se recordará establecía la necesidad de que cualquier iniciativa pública económica justificase la oportunidad y conveniencia de tal medida. Pero mucho más reciente que esta Sentencia es la de 1 de febrero de 2002, también del Tribunal Supremo. En este caso, no se trataba de una sociedad urbanística, sino de una sociedad municipal que se creaba para un servicio esencial como era la recogida de residuos. Pues bien, en este caso, el Tribunal Supremo exige un expediente previo que justificase la oportunidad y conveniencia de la medida. Si en un caso de servicio público esencial se exige, hay que entender, la memoria a que se refiere el art. 97 del TRRL, con mucho más sentido habrá que exigirlo en el caso de las sociedad municipales de gestión urbanística que no gozan de este carácter esencial y que, además, en muchos casos actúan en concurrencia con la iniciativa privada.

En definitiva, la exigencia de esta justificación no supone reeditar el viejo principio de subsidiariedad sino, simplemente, de cumplir con el mandato ge-

⁷⁶Sentencia de la Sala 3ª, Secc. del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 2002, en su Fundamento de Derecho 5º, establece que: Las leyes sobre prohibiciones de prácticas colusorias o abuso de posiciones de predominio tienden a asegurar el orden constitucional en el sector de la economía del mercado. No se oponen al lícito desarrollo de la gestión pública en una actividad de tan hondo sentido social como es el urbanístico, ni pueden impedir que se desarrollen legítimamente las finalidades previstas en las leyes urbanísticas, de promoción del suelo o en la legislación básica local mediante la constitución de empresas privadas.

neral ineludible para cualquier Administración Pública de motivar cualquier ejercicio de potestades discrecionales, de interés público entre las que se incluye la de actuar en economía, establecida en el art. 54.1 f) de la LPC.

2.1.7. Especiales Posiciones de las sociedades en relación con el objeto de las mismas.

Hemos dicho que lo más importante es prestar un servicio público de calidad, entendiendo como tal, la auto-organización de la propia administración, con un plus de mejora del servicio, que establezca una relación o binomio, entre la administración y el ciudadano, en una materia tan rigurosa como es la gestión urbanística, y dentro de la misma, debe abarcar diferentes conceptos en los cuales la sociedad urbanística puede actuar como una verdadera promotora pública, bajo los principios inspiradores tanto de las directivas europeas como de las leyes internas, la legislación contractual y la legislación presupuestaria.

Está claro, que analizar las ventajas o privilegios de especiales posiciones, puede inducirnos a tener que estudiar las sociedades municipales urbanísticas, bajo las perspectivas de dos ordenamientos jurídicos, el interno, con las leyes estatales, autonómicas, así como el ordenamiento jurídico europeo. Ello hace que se vaya diluyendo, bajo los parámetros del control de la administración matriz, sin dejar que las entidades instrumentales tengan libre albedrío, al ejercicio de sus propias competencias, bajo el régimen privilegiado del derecho privado.

A partir de este planteamiento, que es de agilización, nos hemos de preguntar si las sociedades municipales de gestión urbanística, siguen guardando, pese a las directivas europeas, esa especial posición en el mercado, derivadas de su mayor conocimiento del planeamiento urbanístico y de las decisiones de la « auctoritas », para un mejor orden público. El termino orden público ha sido introducido y elaborado por la doctrina francesa, como expresión de un conjunto de restricciones a la libertad contractual, sea para la protección de los contra-

tantes más débiles o para la dirección de la producción cambio y distribución de la riqueza⁷⁷. Para ello, creo que es importante analizar diferentes posiciones, en las cuales en nuestro ordenamiento jurídico, se denotan rasgos que derivan precisamente de la relación directa e inmediata, de la administración con los órganos internos de la sociedad mercantil urbanística.

De entrada, aunque lo analizaremos en otros apartados, con mayor profundidad, sobre todo bajo los parámetros del derecho de la competencia y de las nociones de interés general y poder adjudicador, que limitan las especiales posiciones de esos entes instrumentales en las relaciones del mercado interior. Simplemente, en este punto voy a analizar, el art. 40.1B del reglamento de gestión urbanística⁷⁸, en cuanto expresa lo siguiente:

“La no necesidad de prestación de fianza, para garantizar la ejecución de las obras de urbanización. Reconocida expresamente en el Real Decreto

⁷⁷ Vid. DE CASTRO, F; “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor”, *Anuncio de Derecho Civil*, vol 35, núm. 4, 1982, pp. 987-1085, en pp. 1046 y ss. Expone DE CASTRO, F; en pp. 1047-1050, que el término orden público económico es introducido por GEORGES RIPERT, quien describe cómo la antigua, casi ilimitada libertad contractual, va perdiendo su soberanía. Ahora está limitada por el Derecho estatal, sea para proteger ciertas clases de personas (obreros, arrendatarios, compradores), sea sobre todo para organizar la producción, la circulación y la distribución de la riqueza. Distingue además entre el orden público establecido por el art. 6 del Código Civil francés, que es el orden público en sentido político (organización del Estado, de la familia, de la profesión reglamentada), y aquel otro que corresponde a la organización económica del Estado, que es tan obligatorio como aquél. Sobre esta base llega a la conclusión: “existe, en consecuencia, un orden público económico”. La doctrina posterior a RIPERT, señala DE CASTRO, sistematiza sus ideas y así se distingue entre un orden público de protección (considerado todavía individualista), que se aplica a favor de ciertos contratantes a los que se consideran económicamente más débiles y orden público de dirección (organización autoritaria de la economía), que tiene por objeto dar una cierta dirección a la producción, cambio y distribución de la riqueza.

⁷⁸ Igualmente, en otro asunto, además materialmente diferente ya que actuaba la propia Administración sin personificación instrumental alguna pero ejerciendo actividades típicamente privadas, el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de septiembre de 1993 (RA 6542), confirmando la opinión del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, entiende que, en el caso enjuiciado, “se ha producido una quiebra del principio positivizado de libre competencia o competencia, con consecuencias discriminatorias y en perjuicio de los demás vendedores, al posibilitar que las Administraciones públicas, como tales con su caracterización de potestades y con los privilegios que le son inherentes, actúen como simples vendedores”.

1662/1979 de 6 de junio, y todo ello, deriva precisamente de la confianza que tiene la Administración Matriz, que actuara como un garante subsidiario de la empresa urbanística, y si ello es así, el privilegio es claro respecto a otras empresas privadas del sector: la no exigencia de fianza alguna”..

El segundo aspecto importante, derivada de esta especial posición de las sociedades urbanísticas, es precisamente que existe, un interesante aspecto de conexión entre dos fases importantes del urbanismo. Desde nuestro punto de vista, las tres fases esenciales son el planeamiento y la gestión urbanística, no tanto la disciplina urbanística más ligada a la potestad de *auctoritas*. Y llego a esta conclusión, porque los responsables de los órganos institucionales de las empresas urbanísticas, son regidores que están informados generalmente de la tramitación de propio planeamiento, que son los mismos que administran el urbanismo de la ciudad, de esta manera, debe existir una total conexión, en que cualquier modificación de planeamiento implique una nueva estructura de la ciudad y la empresa urbanística que ejecuta el sistema, u o unidad de ejecución, ahora bien por ello siempre tendremos el limite importante, que esas empresas urbanísticas no pueden realizar ningún acto o ejercicio de autoridad, simplemente pueden realizar la gestión integral de la unidad urbanística que vayan a desarrollar, pudiendo a través de sus órganos, realizar propuestas, y de esta manera ser instrumentos activos en el ejercicio de la ejecución de planeamiento, ejecución que se verá directamente desarrollada bajo el planeamiento urbanístico que lo ampara, y cuyos dirigentes municipales de la empresa conocen a la perfección. Evidentemente, todo ello, puede generar problemas derivado de la diferencia entre aplicar el derecho público o derecho privado, problemas que analizaremos cuando estudiemos en profundidad la defensa de la competencia y el concepto de poder adjudicador⁷⁹.

⁷⁹ Vid., el prólogo de Gómez-Ferrer Morant, R a la obra *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Madrid, 2005. Gimeno Feliu, K-M^a *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*. Civitas, Cizur Menor, 2006

En definitiva, creo que es importante, que las sociedades municipales de gestión urbanística, puedan dulcificar los costes y trabas burocráticas que toda empresa inmobiliaria privada debe soportar, todo ello, teniendo en cuenta, bajo los parámetros del derecho privado en concordancia con reorganización instrumental de nuestros tiempos, o la importante reducción de costes que conlleva la misma, reducción de costes financieros que deben permitir mantener el difícil equilibrio económico de las actividades deficitarias, que pueden llevar a cabo las sociedades municipales urbanísticas, y en el caso no consigan cubrir los gastos inherentes a la misma, el complemento de su financiación, debería regirse por vía presupuestaria.

Es evidente que todas estas ventajas, en el ámbito económico, y que en la época de bonanza económica tanto se utilizaron en las memorias justificativas y económicas para la creación de las mismas, nos han llevado que en la actualidad estamos viendo el esfuerzo de gobiernos autonómicos y locales de eliminar entes instrumentales, especialmente en el ámbito de la gestión urbanística.

Por lo tanto, si las sociedades urbanísticas agilizan tanto la actividad urbanística, no es menos cierto, que se contradice con las políticas actuales de reducción de déficit público. De las actividades realizadas por las gerencias de urbanismo y las sociedades municipales urbanísticas, llegamos a la conclusión, que es totalmente falsa la idea de que con estas últimas se agiliza la tramitación administrativa, y no la agilizan por varios aspectos, en primer lugar, porque para empezar cualquier actividad urbanística necesitan la legitimidad habilitante de la figura que analizaremos posteriormente de la encomienda de gestión, en segundo lugar porque las empresas⁸⁰ públicas no pueden aprobar ningún ti-

⁸⁰En relación con esta modalidad se produjo un cambio significativo con la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre. En efecto, según la redacción original del art. 155.2, se consideraba directa la gestión mediante estas sociedades cuando la participación de la entidad “madre” fuese exclusiva o mayoritaria, de modo que sólo si dicha participación era minoritaria había gestión “indirecta” y, por tanto, necesidad de adjudicar un contrato de gestión del servicio a la sociedad en cuestión. Tras la reforma, sólo hay gestión directa cuando el capital pertenece en exclusiva a la entidad ma-

po de instrumento de planeamiento, ni instrumentos de gestión. Solo a través de las empresas públicas, pueden realizar las propuestas de aprobación de los instrumentos objeto de la encomienda, y además, no tienen un presupuesto totalmente independiente de la administración matriz, ya que recordemos que lo único que gestionan a través de sus órganos internos es la aprobación de una previsión de ingresos y gastos que deben incorporarse al presupuesto general de la administración local. Aunque pueda parecer que con la aplicación del derecho privado se agilicen los trámites administrativos, llego a la conclusión, que las gerencias de urbanismo como organismos autónomos e instrumentos de aplicación directa del servicio, funcionan de manera igualmente ágil que las sociedades, ya que, el exceso de trabajo y la aplicación de técnicas de derecho privado, en un ámbito tan público como el urbanismo, no siempre sirve, para que las resoluciones finales se realicen mucho antes que las actividades a desarrollar por las propias gerencias de urbanismo, y prueba de ello, es que muchos de los encargos que se le realizaban a la empresa municipal, debían a través de la encomienda de gestión, ser contratados externamente a través de un sistema de contratación pública, que antes de la publicación de la vigente Ley del sector público, era menos restrictiva, pero que en la actualidad bajo los parámetros de la actividad realmente desarrollada por el ente instrumental, deben someterse a la aplicación de la ley de contratación, a raíz del nuevo concepto que iluminará cualquier ente instrumental. Me estoy refiriendo al concepto de poder adjudicador configurado a través del derecho europeo. Todo ello, sin mencionar, la importancia que tienen los Tribunales de Cuentas como organismos independientes, poniendo en duda su inmediata eficacia en los entes instrumentales, ya que, la eficacia de los actos de contenido económico, que manejan las sociedades municipales urbanísticas, deberían ser controlados, por secretaria e intervención cuyo control es interno, y a priori. El control por parte del Tribunal de Cuentas es externo y a posteriori, ello hace que se pierda la garantía de eficiencia y control de los ingresos y gastos públicos.

triz, de modo que, si hay otros partícipes, la gestión es indirecta, aunque aquélla tenga la mayoría del capital.

Otro de los aspectos en los que creo que deben ser criticadas las sociedades de gestión urbanística, es en la publicidad de los actos administrativos dictados por la administración matriz, y cuya práctica en el ejercicio de la notificación, consiste precisamente en dotarles de publicidad, a fin de que lleguen los actos administrativos dictados por la *auctoritas* a sus destinatarios, siendo las entidades instrumentales simples medios para agilizar la práctica de la notificación. La notificación⁸¹, en concreto, la práctica de la misma, está regulada en la LRJPAC 30/92, en la que evidentemente da publicidad y comunica a los ciudadanos, los actos administrativos aprobados, pero tan importante es aprobar, los instrumentos de planeamiento y gestión, como llevar a cabo la realización material de los propios actos, para que lleguen a sus destinatarios. Y dentro de la gestión urbanística integral de cualquier unidad de ejecución, existirá un listado de propietarios afectados por las decisiones adoptadas por la administración matriz, tanto en el sistema de cooperación, como en el sistema de juntas de compensación, que darán lugar a notificaciones particulares, muchas veces con innumerables propietarios afectados por importantes decisiones derivadas del complejo mundo de la gestión urbanística.

⁸¹ BARQUERO ESTEVAN, J.M.; “La organización de las Administraciones locales para el ejercicio de sus competencias de gestión tributaria”, en Revista de Estudios de Administración local y Autonomía, núm.276, 1998, pág.143: Ha dicho que “Respecto de actividades como la práctica material de las notificaciones, parece claro que en nuestro Ordenamiento, en principio, puede recurrirse a sujetos de Derecho privado. De hecho, el Decreto 1005/1974, de 4 de abril [derogado por la disp. der. Única.1 d. de la LCAP], preveía como uno de los contenidos posibles de los contratos de asistencia el de la realización material de las liquidaciones [quiere decir notificaciones-cfr. Art. 3.c)]. En la actualidad, habida cuenta que no implica ejercicio de autoridad, podrá ser objeto de contrato de servicios” (en el mismo sentido, J.E. VARONA ALABERN, 1995, p.271). Obviamente, como destaca BAQUERO ESTEVAN, “tal posibilidad sólo afectaría a la práctica material de la notificación, nunca al acto administrativo de comunicación del que aquélla es ejecución”.

2.1.8. La indeterminación del objeto social: las técnicas del levantamiento de velo.

La doctrina del levantamiento de velo⁸², es en derecho español, de construcción jurisdiccional, a partir de la importación de la técnica estadounidense, así mismo jurisprudencial de la “disregard of the legal entity”, suponiendo la superación de la llamada doctrina de terceros, sustentándose en la constatación de un conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia del caso concreto, fundándose conjuntamente en los principios de buena fe y equidad, la prohibición del abuso de derecho y el ejercicio antisocial del mismo; y muy especialmente, la interdicción del fraude de Ley (arts. 3,6 y 7 del código civil.) Por fraude de Ley, debe entenderse, conforme a la STS de 17 de octubre de 2002 (que recuerda las anteriores STS de 3 de noviembre de 1992 y 4 de noviembre de 1994), un vicio de carácter estrictamente objeto, cuya constatación requiere la concurrencia de dos normas: la cobertura (la que otorga la personalidad), a la que se acoge quien defrauda, y la norma (eludible o soslayable) la responsabi-

⁸² La STS 28 de mayo de 1984 es precisamente la más emblemática en relación con el levantamiento del velo, reiteradamente citada en otras posteriores. Ejercitada una acción de indemnización contra el Ayuntamiento de Palma de Mallorca y la Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado, S.A. (siendo el que suscribe el trabajo de investigación letrado externo de la misma), por daños derivados de la actuación de esta última, se planteaba hasta qué punto debía responder solidariamente el Ayuntamiento, y si la reclamación dirigida a éste interrumpía el plazo de prescripción de la acción frente a la empresa. De acuerdo con la tesis sugerida hasta aquí, el ayuntamiento responderá subsidiariamente de las deudas de su sociedad mercantil si está disfruta de derechos exclusivos asignados al margen de las reglas sobre competencia (por ejemplo, el gestionar un servicio público asignado sin sujeción a las normas de contratación pública). En tal caso cabría afirmar el carácter instrumental de la sociedad anónima municipal, y la responsabilidad subsidiaria del ayuntamiento. La acción dirigida contra éste a título principal era infundada, ya que la responsabilidad solidaria pretendida por el demandante sólo habría existido de haberse fundado en algo más que la relación de instrumentalidad (en la doctrina de los propios actos, concretamente). Por otro lado, la reclamación dirigida al ayuntamiento interrumpe la prescripción de la acción contra la sociedad sólo si se acredita que llegó efectivamente a conocimiento de ésta; pero no con base en el levantamiento del velo, que no procede aplicar a esos efectos ni siquiera cuando la relación es de instrumentalidad. La Audiencia absolvió al ayuntamiento sobre la base de su independencia jurídica frente a la sociedad responsable; pero admitió que la prescripción quedó interrumpida, considerando que la reclamación dirigida frente a él valía como hecha ante la sociedad demandada (el alcalde y el propio ayuntamiento eran órganos de la sociedad, por lo que al conocer éstos la reclamación no podía alegarse ignorancia por la sociedad).

lidad ilimitada establecida por el código civil, que es la que se elude a través justamente del fraude, es decir, de forma objetivamente indebida. Lo que significa que es fraudulenta, la sumisión a una norma, que tiene un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico como un todo o, en todo caso, contrario a éste (por inaplicación de la norma realmente aplicable al caso en función de sus circunstancias. En el caso de las sociedades municipales urbanísticas es importante saber la responsabilidad tanto de la administración matriz como del ente instrumental. Todo ello tiene su importancia, debido precisamente a que las empresas urbanísticas necesitan de la administración matriz, para aprobar los instrumentos de planeamiento y gestión que están desarrollando. La técnica de levantamiento de velo servirá para aclarar y determinar las responsabilidades en relación a la determinación del objeto social, es decir aquellas en las que las empresas están legitimadas para llevar a cabo su desarrollo integral, y aquellas otras que necesitan de actos administrativos de aprobación y solo el ayuntamiento puede realizar. Son actividades reservadas de manera exclusiva al poder público. Para entender y comprender este tema es interesante ilustrarlo con un ejemplo fácil de entender, también aplicable a las sociedades urbanísticas. Cuando un niño se ahoga en una piscina municipal “¿A quién se reclama los daños sufridos por la pérdida de un hijo? ¿Al ayuntamiento o al instituto municipal de deportes? Está claro que el ciudadano que quiere reclamar, le cuesta entender toda esa galaxia de personificaciones jurídicas que conforman la administración instrumental, en la que forman parte las empresas municipales urbanísticas. Siguiendo con el ejemplo, hay que preguntarse qué ocurre si los padres de la criatura se dirigen primero contra el ayuntamiento como administración territorial, que no les contesta la reclamación, y finalmente cuando reclaman al instituto municipal de deportes, se dan cuenta que la acción procesal para reclamar la indemnización por daños y perjuicios ha prescrito.

A diferencia de las personas físicas, las personas jurídicas son una ficción inventada por el derecho para permitir el logro de fines de interés general. Cuando se utiliza la forma de una persona jurídica para perseguir fines contra-

rios al ordenamiento jurídico, la protección de ciertos bienes jurídicos, legitima desvanecer la ficción o desvelar la mentira, creada por el derecho, negando la existencia de una dualidad de personas jurídicas “El ayuntamiento y el instituto municipal de deportes⁸³”. Entre proteger la utilización instrumental y desviada de una persona jurídica o tutelar bienes jurídicos, el derecho se inclina del lado de la justicia material y denuncia el carácter ficticio y formal de la separación entre una y otra persona de la administración pública, pues al fin y al cabo es una actuación de la corporación local.

El estudio de la teoría del levantamiento de velo⁸⁴, en las sociedades urbanísticas es interesante, ya que nos puede aclarar no solamente la determinación del objeto social sino también los recursos administrativos a los que pueden acudir los ciudadanos para reclamar responsabilidades.

Estas responsabilidades deben ser aclaradas con la teoría del levantamiento de velo. De ahí el ejemplo ilustrativo del accidente de la piscina municipal, antes descrito, dado que las relaciones con terceros ad-extra, se rigen por el de-

⁸³En relación a la reclamación presentada por los padres de un disminuido psíquico que se ahogó en la piscina municipal donde sólo había un socorrista, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1992, declara lo siguiente: “Sólo después se planteó por el ayuntamiento ante el Tribunal de instancia la alegación de que se producía una falta de legitimación pasiva por encontrarse la piscina municipal en el ámbito de gestión y bajo la dependencia del instituto municipal de deportes. Toda vez que dicho Instituto es una Fundación Pública del servicio municipal con personalidad jurídica y patrimonio propio de ahí deduce el ayuntamiento que no es la propia entidad territorial municipal la legitimada. En esta además la primera cuestión en la que se insiste en el recurso de apelación para desvirtuar los Fundamentos de derecho de la sentencia apelada. Ahora bien esta alegación no puede aceptarse por la sala por distintas razones. En primer lugar porque es cierto que según nuestro ordenamiento jurídico positivo y según las concepciones teóricas del derecho administrativo el ayuntamiento tiene potestad suficiente para crear fundaciones públicas de servicio, análogas a los organismos autónomos estatales, con personalidad y patrimonio propios. Sin embargo es de tener en cuenta la corriente jurisprudencial mantenida por esta sala en sentencias recientes en el sentido de que la personificación como instrumento de la potestad organizatoria de la administración no puede utilizarse por los entes públicos para eludir el cumplimiento de sus obligaciones y derechos que consagrara el ordenamiento jurídico. Esta doctrina, plenamente aplicable al caso de autos, es precisamente la que mantiene la sentencia apelada que en consecuencia no debe revocarse en este extremo”.

⁸⁴ORTIZ. S., “*El levantamiento del velo en el derecho administrativo*”, edit. La Ley, mayo 2004, pág. 470; El levantamiento del velo es siempre una solución final, a la que se debe acudir cuando la Ley no protege suficientemente a quien se relaciona con una persona jurídica instrumental. Respecto de los acreedores o empleados que han contratado con el concesionario, éste aparece como una empresa más; y su sumisión a los intereses de una entidad distinta, la administración concedente, ha de quedar compensada por ley, por lo que ningún perjuicio les causa.

recho privado y no tienen naturaleza jurídica de administración pública. No pueden producir actos administrativos, por lo que no es susceptible el planteamiento de recursos en esta vía contra las actuaciones de estas empresas, debiendo acudir a los tribunales de justicia civiles.

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

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

2.2. Algunos aspectos del Funcionamiento de Las sociedades municipales urbanísticas.

Vamos ahora a abordar unos de los temas más problemáticos que plantea el funcionamiento de las sociedades municipales urbanísticas, en relación al objeto⁸⁵ social de la misma.

2.2.1. Capacidad de las Sociedades Municipales Urbanísticas.

Las sociedad municipal urbanística, una vez constituida, podrán llevar a cabo todos los actos que resulten necesarios para la realización de su objeto social. A partir de la fecha fijada como comienzo de sus operaciones (art.9.d. LSA), podrá desplegar cuantas actividades comporte la realización de los fines que integran su objeto. El art. 3.2. del RD 1169/1978 expresamente contempla una serie de actuaciones que podrán llevar a cabo las sociedades urbanísticas para la realización de su objeto social.

⁸⁵ Sentencia de 17 de Junio de 1999 del Tribunal Supremo, analizando las competencias de la empresa municipal del Ayuntamiento de Valencia, AUNSA, que señala:

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

2.2.2. Adquisición, transmisión, modificación, constitución y extinción de toda clase de derechos sobre bienes muebles e inmuebles.

Para facilitar la consecución de los objetos urbanísticos que se fijen como propios, el art. 3.2.a) del RD 1169/1978⁸⁶ reconoce una amplísima capacidad de acción a las sociedades municipales de gestión urbanística. Expresamente, podrá “adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles que autorice el derecho común, en orden a la mejor consecución de la urbanización, edificación y aprovechamiento del área de actuación”. Como dice González Pérez,⁸⁷ la especificación resulta innecesaria por obvia. Lógicamente, la sociedad constituida tiene capacidad jurídica y de obrar plena para realizar con arreglo al derecho común cuantos actos fuesen necesarios para la realización de sus fines.

⁸⁶“La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, determina expresamente la vigencia del Decreto 1169/1978 de 2 de mayo sobre creación de sociedades urbanísticas por el Estado, los organismos autónomos y las corporaciones locales, vigente a fecha de hoy, su perfecta correlación con la normativa urbanística de esta comunidad, en concreto destacamos”:

“TERCERO. 1. Sin embargo como señala la representación del ayuntamiento de Tres Cantos conforme al Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo (RCL 1978, 1234), sobre creación de sociedades urbanísticas por el Estado, los organismos autónomos y las Corporaciones locales, de acuerdo con el artículo 115 de la Ley del suelo (RCL 1976, 1192), el Estado y las entidades locales podrán constituir sociedades anónimas o empresas de economía mixta, para la ejecución del planeamiento urbanístico. La misma facultad corresponde al instituto nacional de urbanización y a los demás organismos autónomos con funciones urbanísticas que estén facultados por su normativa para crear o participar en estas sociedades. También podrán adquirir acciones de estas Sociedades que se hallen constituidas. Conforme al artículo 3 de dicho Real Decreto, las Sociedades urbanísticas tendrán por objeto la realización de alguno o algunos de los fines siguientes: a) Estudios urbanísticos, incluyendo en ellos la redacción de planes de ordenación y proyectos de urbanización y la iniciativa para su tramitación y aprobación. b) Actividad urbanizadora que puede alcanzar tanto a la promoción de la preparación de suelo y renovación o remodelación urbana como a la de realización de obras de infraestructura urbana, y dotación de servicios, para la ejecución de los planes de ordenación. c) Gestión y explotación de obras y servicios resultantes de la urbanización, en caso de obtener la concesión correspondiente, conforme a las normas aplicables en cada caso”.

⁸⁷ J. GONZÁLEZ PÉREZ, ob. cit., p. 225.

2.2.3. Realización de convenios con organismos competentes.

La letra b) del art. 3.2. habilita expresamente, a que la sociedad urbanística pueda realizar convenios con los organismos competentes que deban coadyuvar, por razón de su competencia, al mejor éxito de la gestión. Uno de los grupos de posibles acuerdos y convenios más importantes que tendrán que realizar las sociedades municipales de gestión urbanística con otros organismos son los que se refieren a la cesión o venta de terrenos procedentes, en su mayor parte, de los patrimonios municipales de suelo. Esta cuestión será analizada más detalladamente con posterioridad. Encaja este apartado en la que, anteriormente, hemos denominado “actividad fundamental” de las sociedades municipales de gestión urbanística, esto es, la urbanizadora. Conforme a este inicio, no se establece ningún límite a la enajenación de las parcelas en orden, por ejemplo y principalmente, al destino que daban tener las parcelas que se enajenan. No obstante, esta aparente libertad formal para la enajenación de las parcelas urbanizadas o casi urbanizadas no creo que en la práctica pueda darse por cuanto, normalmente, estas sociedades actuarán sobre terrenos pertenecientes al patrimonio municipal del suelo, patrimonio con afectación de destino: la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública u a otros usos de interés social⁸⁸ (art. 280 del TRLS). Por tanto, si los terrenos urbanizados

⁸⁸ GIFREU I FONT,J; *L'ordenació urbanística a Catalunya*; Marcial Pons, Barcelona, 2012, págs.. 684-685; “Altres usos d'interès social. Aquesta destinació està subjecta a condicions: els usos d'interès social possibles sempre que siguin compatibles amb el planejament urbanístic, hagin estat fixats expressament per la legislació autonòmica i constitueixin fins urbanístics o de protecció o millora dels espais naturals o dels béns immobles del patrimoni cultural. Sobre les possibilitats aplicatives d'aquest supòrt, la STSJ de Castella i Lleó 22 de desembre de 2005 – referida a l'article 280.1 del TRLS/1992 –afirmava el següent: “A este respecto, el art. 280.1 del Texto refundido de 1992, vigente y con carácter básico, señala que los bienes del patrimonio municipal del suelo, una vez incorporados al proceso de urbanización y edificación, deberán ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés general de acuerdo con el planeamiento urbanístico.

El carácter básico de este precepto obliga a que las comunidades autónomas sólo puedan delimitar o precisar su alcance. Dicho precepto señala dos tipos posibles de destinos, uno la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, y dos, la posibilidad de permitir otros destinos de interés social, concepto jurídico indeterminado, que da lugar a una

por las sociedades municipales de gestión urbanística no están vinculados desde su origen, normalmente dicha afectación tendrá lugar por la cualidad de los terrenos sobre los que actúan. También reconoce esta letra c) del número 2 del art. 3 que las sociedades municipales de gestión urbanística podrán enajenar los terrenos “incluso anticipadamente”, esto es, antes de que la urbanización esté totalmente terminada para que se realice simultáneamente con la edificación, bien por los propios adquirentes de las parcelas o por la sociedad urbanística, que actuará coordinadamente con aquéllos.

2.2.4. La enajenación de parcelas resultantes de la ordenación.

En la letra c) del art. 3.2. del RD 1169/1978 se determina que las sociedades de gestión urbanística podrán “enajenar⁸⁹, incluso anticipadamente, las

intervención activa de la administración autonómica que es la llamada a concretar, dentro de los márgenes previstos para el control de los conceptos jurídicos indeterminados, a señalar qué puede recogerse bajo este concepto. Aquesta previsió legal, per tant, ofereix cobertura a les destinacions alternatives a la promoció d'habitatge protegit que vulgui establir la normativa autonómica. Hom pot considerar que la menció al concepte jurídic indeterminat “usos d'interès social”, per la seva imprecisió, podria afavorir la desnaturalització dels patrimonis públics de sòl i d'habitatge, en facilitar la participació de les administracions que el tenen constituït, proveïdes dels privilegis que aquests porten inherents, en el mercat immobiliari en concurrència amb la resta de promotors privats. No obstant, el Tribunal Suprem ha volgut desvirtuar l'ambigüitat que es desprèn d'aquesta expressió en afirmar que l'interès social no és equivalent a un mer interés urbanístic: sinó que és un concepte més restringit: “El art. 1.1. de la CE, que define nuestro Estado como un Estado Social, en relación con el art. 9.2 de la misma, puede darnos, por analogía, una idea de lo que sea el concepto más modesto de uso de interés social: aquel que tiende a que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas o a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud o a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural o social” (STS del 31 d'octubre de 2001).

⁸⁹Sobre esta cuestión, GONZÁLEZ PÉREZ, J., ob. cit., p. 1148, entiende que al no hacerse salvedad alguna en el Real Decreto, cuando la urbanización se realizase por la sociedad urbanizadora sometida al Derecho común, la enajenación no está sujeta a límite ni formalidad alguna, como tampoco lo está cuando la urbanización se realiza por los particulares en general –sean personas físicas o jurídicas-, El precepto, según este autor, viene a reconocer la facultad de enajenación en los términos más amplios. No obstante, el acto de constitución y los estatutos pueden prever determinadas limitaciones en orden a los destinatarios de las enajenaciones y a las formalidades de la misma.

parcelas que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos previstos para la realización de sus fines”. Por tanto, aun cuando no se estableciera tan detalladamente en este art.3.2.a), sería indudable que la sociedad podría realizar los actos contemplados en esta letra.

2.2.5 La Gestión de los servicios implantados.

La letra d) del art. 3.2. del R.D 1169/1978 establece una precisión coherentemente relacionada con la letra c), del número 1 de este art. 3, que, como se recordará, contemplaba como uno de los posibles objetos sociales de la sociedad urbanización, en caso de obtener la concesión correspondiente, conforme a las normas aplicables en cada caso. La nueva actividad que habilita el número 2 del art. 3 para las sociedades municipales de gestión urbanística es el de “ejercitar la gestión de los servicios implantados, hasta que sean formalmente asumidos por la corporación local u organismo competente”. En este apartado se está contemplando la posibilidad de que la gestión de los servicios se realice de forma transitoria. Acorde con lo dispuesto en la letra c) del art. 3.1. del mismo Decreto, cabe, como dijimos, que esta gestión de los servicios se realice de forma definitiva siendo la sociedad, a su vez, concesionaria de los mismos teniendo los derechos y deberes estipulados en el acto concesional regulado por su normativa específica.

2.3- Las encomiendas de gestión y su especial problemática jurídica.

2.3.1. El Contenido de las encomiendas de gestión y su relación con el objeto de las sociedades urbanísticas.

La administración pública local, en España, ha ido desarrollando diferentes fórmulas de gestión, citadas al principio del presente trabajo, a través de personificaciones jurídico-públicas (organismos autónomos, entes públicos

empresariales) o privadas (sociedades mercantiles, fundaciones) en la búsqueda de mayor flexibilidad y eficacia.⁹⁰ La administración ha utilizado estos entes instrumentales para llevar a cabo los fines públicos que tienen encomendados mediante la realización de encargos directos, lo que se ha venido denominando como encargos o medios propios o *in house*.

Los encargos *in house*⁹¹ son las prestaciones de servicios, suministros de bienes o ejecuciones de obras realizadas a una entidad del sector público – normalmente una administración territorial- por sus propios servicios (*in house* en sentido estricto) o entidades en relación de dependencia (*cuasi* internas o *in house* en sentido amplio). La definición clara de este tipo de encargos internos es de especial relevancia, ya que estas operaciones quedan fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública. Estas últimas encomiendas cuasi internas a entes u organismos de Derecho Público van a centrar el objeto de nuestro estudio. Vamos a partir de la doctrina del TJUE sobre esta cuestión, ya que la definición y delimitación de los encargos *in house*, ha sido realizada por vía jurisprudencial. Por ello iniciamos este estudio desde las conclusiones de un trabajo previo sobre la aportación del TJUE⁹², para continuar el análisis

⁹⁰PASCUAL GARCÍA, J; considera que el recurso a sociedades o fundaciones del sector público, si bien supone una mejora de la eficacia, "hay que encuadrarlo dentro del fenómeno de la "huida del Derecho administrativo", que en este caso va acompañado de una huida de la contabilidad pública y del presupuesto". Los presupuestos de estas entidades son los llamados "presupuestos de explotación y capital, o que implica que no es vinculante, como los presupuestos administrativos, sino estimativo, ni esta sometido al control administrativo de legalidad, es decir, el control interventor", *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de contratos del sector público*, Boletín Oficial del Estado, 2010, pag.45.

⁹¹ PERNAS GARCÍA, J.J.; "Revista de estudios de la Administración local y autonómica", INAP, septiembre-diciembre 2009 nº311, pág.232-233; En el derecho europeo ha sido asumida de forma mayoritaria la denominación de encomiendas *in house*. La doctrina esta denominación o sus versiones españolas: encargos domésticos, internos o a medios propios. Rechazamos por incorrecta la habitual referencia a los contratos *in house*, ya que los encargos domésticos no responden a la naturaleza bilateral propia de aquellos.

⁹²PERNAR GARCÍA, J.J.; *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Madrid, Lustel, 2008. Las sentencias tratadas en mi trabajo *Las operaciones in house...* cit. son las siguientes: Sentencia de 10 de noviembre de 1998, asunto C-360/96, Gemeente Arnhem, Gemeente Rhdden/BFI Holding BV; sentencia 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, Teckal Srl/Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia (en adelante sentencia Teclal; sentencia de 7 de diciem-

de las encomiendas *in house* desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español. En relación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la figura de *in house providing*, se ha elaborado un sostenido cuerpo de doctrina en torno a la aplicación de esa previsión a los supuestos de encomienda a una entidad que tiene la condición de medio propio de la administración. Esta doctrina, que arranca de la sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/1998, Teckal (que da nombre a las denominadas condiciones Teckal, a las que luego nos referiremos), se contiene además, entre otras, en las SSTJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/2003, Parking Brixen; 6 de abril de 2006, asunto C-410/2004, ANAV; 11 de enero 2005, asunto C-84/2003, Stadt Halle y RPL Lochau; 13 de enero de 2005, asunto C-84/2003, Comisión contra España; 10 de noviembre de 2005, asunto C-29/2004, Comisión contra Austria; 18 de enero de 2007, asunto C-220/2005, RoaneM de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, asunto C-340/2004; de 13 de noviembre de 2009, asunto C-324/2007, Coditel; 9 de junio de 2009, asunto C-480/2006, comisión contra Alemania; y, más recientemente, sentencia de 29 de noviembre de 2012, asuntos acumulados C-182/2011 y C-183/2011, Econord.⁹³ De acuerdo con la jurisprudencia actual, analizada, para decidir si se está en presencia de un contrato doméstico o *in house*, o, dicho de otro modo, para determinar si la empresa que ha de realizar la actividad o prestación merece la condición de medio propio de la administración, porque ha de considerarse, como indica la comisión, como “estructuras de gestión interna” de un servi-

bre de 2000, asunto C-94/99, ARGE Gewässerschutz/ Bundenministerium für Land – und Forstwirtschaft; sentencia de 8 de mayo de 2003, asunto C-349/97, Reino de España/Comisión de las Comunidades Europeas (en adelante TRAGSA I); sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GMBH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Le-una (en adelante sentencia Stadt Halle); sentencia de 13 de enero de 2005, asunto C-84/03, Comisión de la Comunidades Europeas/Reino de España; sentencia del TJCE de 21 de julio de 2005, asunto C231/03, Consorcio Aziende Metano (Coname)/Comune di Cingia de' Botti; sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto C-485/03, Parking Brixen GMBH/Gememinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG (en adelante sentencia Parking Brixen).

⁹³Vid. Un permorizado análisis de esta Sentencia en DE MARCOS FERNANDEZ, S: “contratación local”, *Anuncio de Derecho Municipal*, núm. 6.2012.

cio público de las administraciones, y, por tanto, puede acordarse la adjudicación directamente a esa empresa dependiente sin acudir a los procedimientos competitivos y sin vulnerar el sistema de libre concurrencia, la jurisprudencia comunitaria ha venido exigiendo la concurrencia de dos condiciones, que se conocen como “criterios Teckal”.

Esas condiciones son:

- a) Que la Administración pública ejerza sobre la entidad de que se trate un control análogo al que ejerce sobre los propios servicios;
- b) Que la entidad realice la parte esencial de su actividad con la Administración matriz o las administraciones matrices que la controlan.

Solo si se dan conjuntamente tales condiciones, la entidad de que se trate podrá ser considerada entidad *in house* con respecto a la Administración adjudicadora, a efectos de que se le puedan confiar tareas sin pasar por un procedimiento de adjudicación en competencia. Y precisamente, por la exigencia de las dos condiciones a las que acabamos de referirnos, la jurisprudencia no ha considerado sociedades *in house* a entidades privadas con participación de capital del poder adjudicador, al entender que la Administración no ejercía sobre la sociedad participada un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (Asunto Roane). En relación con esta cuestión es fundamental la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de abril de 2007, Asunto C-295/2005, en la que se resolvieron las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español⁹⁴, que sometía a la consideración del Tribunal

⁹⁴La Sentencia del TJCE de 19 de abril de 2007 fue en su momento muy criticada por la doctrina (vid., por todos, MORENO MOLINA, J.A y PLEITE GUADAMILLAS,F; *la nueva Ley de Contratos del sector público*. La STS de 30 de enero de 2008, rec. de casación núm. 548/2002, FFDD 3º Y 4º., en aplicación de esta Sentencia del Tribunal de Justicia, del Asunto TRAGSA, que se acaba de mencionar, analizó si los contratos públicos que celebre la Administración con la sociedad TRAGSA deben estar sometidos o no a licitación obligatoria. La sentencia afirma – después de la decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en resolución de la cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo- que la sociedad TRAGSA se configura como un medio propio de la Administración, sin autonomía para rechazar la ejecución de las obras que se encomiendan o para decidir los precios de las mismas. Dado que su

la compatibilidad del régimen jurídico de la empresa pública TRAGSA con las Directivas comunitarias relativas a la contratación pública. El art. 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, había otorgado a TRAGSA la calificación de medio propio de la administración del Estado y, en su caso, de la Administración autonómica –aunque no de la administración local, según estableció el In-

régimen jurídico está determinado por norma con rango de Ley (art. 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre) y queda comprendido en el supuesto previsto por el art. 153 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo), y, en definitiva, que dicho régimen jurídico excluye a TRAGSA del sometimiento a la regulación ordinaria sobre contratación pública establecida por la citada Ley 13/1995. El régimen expuesto finalmente se concretó en la Disposición Adicional 30 de la Ley de contratos del Sector Público (vid, la vigente DA 25 TRKCSP), que regula la consideración de TRAGSA y sus filiales como medios propios instrumentales de la Administración del Estado y de las Administraciones autonómicas, -así como de sus respectivos organismos dependientes-, a efectos de su exclusión del régimen comunitario de la contratación pública, cuya dicción literal es la que sigue:

“Disposición Adicional 25 TRLCSP, las sociedades del grupo TRAGSA también estarán obligadas a satisfacer las necesidades de los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales en la consecución de sus objetivos de interés público mediante la realización, por encargo de los mismos, de la planificación, organización, investigación, desarrollo, innovación, gestión, administración y supervisión de cualquier tipo de asistencias y servicios técnicos en los ámbitos de actuación señalados en el apartado anterior, o mediante la adaptación y aplicación de la experiencia y conocimientos desarrollados en dichos ámbitos a otros sectores de la actividad administrativa. Asimismo, las sociedades del grupo TRAGSA estarán obligadas a participar y actuar, por encargo de los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales, en tareas de emergencia y protección civil de todo tipo, en especial, la intervención en catástrofes medioambientales o en crisis o necesidades de carácter agrario, pecuario o ambiental.; a desarrollar tareas de prevención de riesgos y emergencias de todo tipo; y a realizar actividades de formación e información pública. Las sociedades del grupo TRAGSA podrán realizar actuaciones de apoyo y servicio institucional a la cooperación española en el ámbito internacional. Las sociedades del grupo TRAGSA no podrán participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por los poderes adjudicadores de los que sea medio propio. No obstante, cuando no concurra ningún licitador podrá encargarse a estas sociedades la ejecución de la actividad objeto de licitación pública. En el supuesto de que la ejecución de obras, la fabricación de bienes muebles o la prestación de servicios por las sociedades del grupo que se lleve a cabo con la colaboración de empresarios particulares, el importe de la parte de prestación a cargo de éstos deberá ser inferior al 50 por 100 del importe total, del proyecto, suministro o servicio. El importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por medio del grupo TRAGSA se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados. La elaboración y aprobación de las tarifas se realizará por las Administraciones de las que el grupo es medio propio instrumental, con arreglo al procedimiento establecido reglamentariamente. A los efectos de la aplicación de la presente Ley, las sociedades integradas en el grupo TRAGSA tendrán la consideración de poderes adjudicadores de los previstos en el art. 3.3.”

forme 46/1998, de 17 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado-. Esta regulación excluía a TRAGSA y sus filiales de los procedimientos para la adjudicación de los contratos convocados por las administraciones públicas de las que fueran medios propios. En la Sentencia del TJCE de 8 de mayo de 2003, Asunto C-349/1997, el Tribunal había considerado que esta empresa debía ser considerada como una forma de actuación directa de la administración. No obstante, el tribunal admite la cuestión porque en este caso concurren una serie de circunstancias que no habían sido tenidas en cuenta en la Sentencia de 2003, como la fuerte participación pública en el mercado de obras de naturaleza agrícola en el que participa TRAGSA, que entraña una fuerte distorsión del mismo. La citada Sentencia del TJUE, de 19 de abril de 2007, concluye afirmando que TRAGSA es una empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de diversos medios públicos (administración del Estado, de las comunidades autónomas y sus respectivos organismos dependientes), por lo que puede realizar obras públicas por encargo de dichos medios públicos sin someterse al régimen general de la contratación pública. A juicio del tribunal, TRAGSA cumple los dos requisitos que la jurisprudencia comunitaria exige para permitir excluir la aplicación de la normativa relativa a los contratos públicos-. La disposición adicional 26 TRLCSP regula la consideración de TRAGSA y sus filiales como medios propios instrumentales de la administración del Estado y de las administraciones autonómicas –así como de sus respectivos organismos dependientes-, a efectos de su exclusión del régimen comunitario de la contratación pública. Esta sentencia dictada en el asunto Tragsa examina los dos requisitos citados y tras ello concluye con la siguiente declaración:

“Las directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1999, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de

los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a “TRAGSA”, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por dichas Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades. Como consecuencia de la resolución de la cuestión prejudicial, la sentencia de este Tribunal Supremo de 19 de abril de 2007 (casación 548/2002) declaró la inaplicación a la sociedad pública Tragsa de la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas y de las directivas comunitarias sobre contratación pública”.

Y sigue sosteniendo el Tribunal Supremo que:

“La Directiva 2004/2008, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios⁹⁵, que rige en la materia, “no contiene ninguna disposición comparable al art. 6 de la Directiva 92/2050, que excluye de su ámbito de aplicación los contratos públicos adjudicados, en determinadas condiciones, a entidades adjudicadoras” (STJUE de 18 de enero de 2007, C-220/2005, Jean Auroux y otros, apartado 60). Con todo, esta doctrina es aplicable a las tres Directivas de sectores clásicos (obras, suministros y servicios), hoy refundidas en la Directiva 2004/2018, ya que”... el Tribunal de Justicia ha confirmado la aplicabilidad de las mismas consideraciones a las Directivas 92/2050, relativa a los contratos públicos de servicios y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos pú-

⁹⁵Sobre la coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, que tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías, téngase en cuenta la STJUE de 13 diciembre 2007, Sala Cuarta, asunto C-337/2006, apartados 38 y 39, que reiterando la doctrina consolidada del TJUE, afirma lo siguiente “*el tribunal de Justicia ha declarado que la coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro.*”

*blicos de obras” (STJUE de 13 de octubre de 2005, C-458/2003, Parking Bri-xen, apartado 59). Y aun cabe añadir que la STJUE de 13 de enero de 2005 (C-84/2003, Comisión España), consideró contraria a la doctrina Teckal (Sen-tencia de 18 de noviembre de 1999, C-107/98)⁹⁶ y ARGE (Sentencia de 7 de diciembre de 2000, C.94/99)⁹⁷ y, por tanto, a las directivas de suministro y obras, la exclusión a priori y absoluta del ámbito de aplicación del Texto Re-fundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas con las demás entidades públicas, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas. En consecuencia, la referida sentencia del asunto Tragsa (STJUE 19 de abril de 2007), declara que la licitación no es obligatoria, aunque el con-tratante sea una persona jurídicamente distinta del poder adjudicador, cuando se cumplan dos requisitos, Por una parte, la autoridad pública que es poder ad-judicador debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate “*un controlaná-logo al que ejerce sobre sus propios servicios, y por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan*”.*

⁹⁶ La cuestión prejudicial giraba alrededor de la adjudicación directa en 1997 del servicio de calefacción de determinados edificios municipales del municipio italiano de Viano a una Man-comunidad, la *Azienda Gas-Acquea Consorziates di Reggio Emilia*. La adjudicación fue im-pugnada por TECKAL, empresa privada dedicada a servicios de calefacción. El Tribunal con-clude que “la Directiva 93/63 es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente terri-torial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto de ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora”. Vid. En especial el párrafo 50 de la Sentencia.

⁹⁷ La cuestión prejudicial aquí planteada se refería a la interpretación de la Directiva 92/50/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públi-cos de servicios, así como del actual art. 49 TCE, suscitada en el marco de un litigio entre *AR-GE Gewäs-serschuiz*, asociación de empresas y técnicos civiles, y el *Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft* (Ministerio Federal de Agricultura y Montes) sobre la participación de licitaciones semipúblicos en un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicio (toma de muestras y análisis de las aguas de una serie de lagos y ríos austríacos). Para ARGE, la participación y adjudicación final del contrato a Institutos públicos que contaban con sub-venciones del Estado implicaba una discriminación incompatibles con la competencia de mer-cado, puesto que la subvención permitía abaratar costes y ofertar un precio más bajo que el de mercado. Esta alegación fue rechazada por la Sentencia.

Según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de justicia de la Unión Europea, de conformidad con las directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, la licitación no es obligatoria, aunque la otra parte contratante sea una persona jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, cuando se cumplan dos requisitos:

- a) La entidad debe estar sometida a un “control análogo” por parte de la Administración creadora y su financiación debe ser en exclusiva pública.

La autoridad pública que es entidad adjudicadora debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Dicho control análogo sienta la jurisprudencia comunitaria que en todo caso no concurre cuando uno de los socios es privado. Debe de tratarse, por tanto, de una entidad financiera en su totalidad y controlada por la Administración creadora.

- b) La entidad debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan.

Y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan. O dicho de otro modo, la entidad deberá realizar la parte esencial de su actividad para la colectividad o las colectividades públicas que la controlan.

- c) La gestión de la entidad que se considera medio⁹⁸ propio debe estar sujeta a un control por parte de la Administración creadora.

⁹⁸ Como recuerda Malaret, E., en nuestro derecho ha sido tradicional la interpretación restrictiva del uso de este sistema de ejecución de obras, en favor del régimen de contratista interpuesto. Cfr. Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992, P. 82, citando las SS.TS. de 16 de septiembre de 1988 (RJ 6.717 y 30 de septiembre de 1991 (RJ 7644). Según DE LA QUADRA SALCEDO, T., “la regulación de la ejecución de obras por la propia Administración se ha podido ver como una regulación hecha desde la desconfianza hacia el papel de la Administración como empresario; el llamado dogma del contratista interpuesto sería así la expresión más acabada de lo que la concepción liberal del papel del Estado pen-

Para que concurra el concepto de “control análogo” tienen que cumplirse los siguientes requisitos de forma acumulativa, cuya gestión esté sujeta a un control por parte de estos últimos o que cuenten con un órgano de administración, de dirección o de vigilancia, de cuyos miembros más de la mitad sean nombrados por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de derecho público. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Téngase en cuenta entre otras, las sentencias del TJUE, de 10 de abril 2008, sala cuarta, asunto C-393/2006 y de 13 de diciembre de 2007, Bayerischer Rundfunk y otros, asunto C-337/2006.

- d) El hecho de que en la sociedad mercantil mixta exista participación privada impide su consideración como medio propio instrumental del ayuntamiento. Profundizaremos sobre el tema de la instrumentalidad o no en el capítulo relativo a las sociedades urbanísticas mixtas.

Tiene especial interés la Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2007, asunto C-220/2005⁹⁹, en el que se planteaba la conformidad con el derecho comunitario de un convenio del Ayuntamiento de Roanne (Francia) con una sociedad mercantil de capital mixto (SEM) para la creación de un centro de ocio. El Tribunal llega a la conclusión de que el hecho de que en la sociedad mercantil mixta hubiera participación privada impide su consideración como

saba en lo que se refiere a la función de la Administración como empresario”. “La ejecución de obras por la Administración”, en GOMEZ-FERRER MORANT, R., Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Madrid, Civitas, 1996. Rebollo, M. aporta una opinión distinta: “El llamado dogma del contratista interpuesto, basado en la incapacidad de la Administración para ser empresaria, que consagró el liberalismo decimonónico, no rige, desde luego, en nuestro actual Derecho. Sólo si la Administración no tiene medios suficientes y opta por no dotarse de ellos acudirá a la contratación del servicio público, lo mismo puede decirse, en general, de las actividades que pudieran constituir el objeto de contratos de consultoría y asistencia y de servicios que satisfacen necesidades administrativas que normalmente podrán ser atendidas por el personal de la propia Administración. Esta opinión debe ser, a mi juicio, matizada cuando, como es el caso que estamos analizando.

⁹⁹Sobre esta sentencia, vid. ARYMANY LAMOGLIA, E: “La apertura al mercado de los encargos de ejecución de obras de urbanización conferidos directamente a sociedades del sector público: crónica del caso Centro de ocio de la ciudad de Roanne” Revista Española de Derecho Administrativo núm. 133, año 2007.

medio propio instrumental del ayuntamiento, ya que éste no puede tener sobre la misma un control análogo al que tenía sobre sus propios servicios, lo que excluye la posibilidad de considerarlo como un contrato *in house providing*.

La STJUE de 13 de noviembre de 2008, sala tercera, asunto. C-324/2007, apartados 25,26 y 42, considera que es ajustado al ordenamiento jurídico europeo que un municipio adjudique sin licitación alguna la gestión de su red de distribución municipal a una sociedad cooperativa intermunicipal¹⁰⁰ cuyos socios son exclusivamente otros municipio y asociaciones de municipios. En concreto, afirma lo siguiente:

Los arts. 43 CE y 49 CE, los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad y la obligación de transparencia que deriva de ellos no son contrarios a que una autoridad pública atribuya, sin convocar una licitación, una concesión de servicios públicos a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas, cuando dichas autoridades públicas ejercen sobre esa sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y la mencionada sociedad realiza la parte esencial de su actividad con esas autoridades, públicas”.

No obstante, aclara el Tribunal de Justicia que:

“Los contratos de concesión de servicios públicos no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. Pese a que dichos contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la mencionada directiva, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar las normas fundamentales del Tratado CE, los principios de no discriminación por razón

¹⁰⁰ ORTIZ VAAMONDE, S; El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo, Ed. LA LEY, pág. 364; Una personificación dependiente directa o indirectamente de varias Administraciones públicas, que la dominan conjuntamente pero no de forma individual, puede considerarse instrumental de la Administración pública. El control compartido por varios poderes adjudicadores implica “control” a efectos de la definición de “organismo de Derecho público”.

de la nacionalidad y de igualdad de trato así como la obligación de transparencia que deriva de ellos (arts. 12 CE, 43 CE y 49 CE)”.

Junto a las formas de gestión mencionadas anteriormente, cabe otra posibilidad que implica sin alterar el régimen de gestión directa, en cuanto a su titularidad, y supone una actuación en la prestación material¹⁰¹ directa por parte de una entidad dependiente o creada por el ayuntamiento, nos referimos a la encomienda de gestión. Nos damos cuenta, que el sistema de gestión directa de un servicio público, es la figura más eficaz, en relación a las encomiendas de gestión. Aunque existen figuras parecidas y análogas, pudiendo señalar que la encomienda de gestión es una figura que está a caballo, entre la eficacia administrativa y la contratación pública, como tendremos ocasión de comprobar a lo largo del presente trabajo de investigación. El concepto de control análogo y sus circunstancias concurrentes permitirán identificar la situación de instrumentalidad y de supremacía en base a los siguientes conceptos. La entidad encomendante ejerce una influencia potencialmente determinante en la gestión estratégica y en las decisiones importantes de la sociedad encomendada. Debe quedar acreditado que el ente instrumental carece de autonomía decisoria respecto de la entidad encomendante. No se trata de un control igual al que el poder adjudicador ejerce sobre sus propios servicios y órganos internos. No es suficiente por otra parte que las posibilidades de control se limiten a las facultades que le otorga el derecho de sociedades a la mayoría de los accionistas; incluso en el caso de que el ente adjudicador posea el 100% de las participaciones de la sociedad. El ente matriz debe disponer de mecanismos de control especiales, que manifiesten que ejerce una influencia dominante sobre la orien-

¹⁰¹ En este sentido la STS de fecha de 8 de Octubre de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Recurso de Casación núm.5847/2011. Ponente Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez), declara que “Paree, así, que la adopción de todo acto o resolución de carácter jurídico que sirva de soporte a la actividad material encomendada, o en el que se integre ésta, por requerirlo, debe quedar fuera de las posibilidades de decisión del órgano o Entidad a cuyo favor se hace la encomienda. Como dijimos, tal vez ahí el número 2 del artículo 15 hubiera debido matiza, admitiendo por razones de eficacia, o para no entorpecer innecesariamente el desempeño de la encomienda, que el órgano o la entidad “gestora” pudiera adoptar decisiones estrictamente interlocutorias, sólo de mero impulso o de mero trámite”.

tación de la sociedad. Al respecto interesa destacar en este sentido la reciente sentencia *Commune di Ponte Nossa (2009)*, en la que Tribunal valora la existencia de mecanismos de control establecidos en los estatutos de la sociedad encomendada. El Tribunal entiende que debe tratarse de estructuras de toma de decisiones no previstas en el derecho de sociedades, destinadas a garantizar un “control reforzado” del poder adjudicador análogo al que establece sobre sus propios servicios. El control análogo puede ser asimilado a una relación “jerárquica debilitada”, a medio camino entre la jerarquía pura que se manifiesta entre los órganos administrativos y la autonomía propia de la naturaleza de las sociedades anónimas.

El ente matriz pueda dar cumplimiento a sus objetivos de interés público a través del ente encomendado. Hay una plena coincidencia de intereses públicos entre ambas entidades. No concurren intereses privados distorsionadores.

Cuando en la relación no se cumplen estas premisas, el ente adjudicador no ejerce una influencia dominante sobre el ente adjudicataria. El ente instrumental goza de autonomía y capacidad decisoria independiente del poder adjudicador, y de intereses propios y diferenciados de los de éste. La vocación de servicio público propia de las relaciones *ad intra*, deja espacio a la vocación del mercado características de las actuaciones *ad extra*.

La encomienda¹⁰² de gestión, es una figura que en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra recogida en el artículo 15.1 de la Ley 30/92, de 26 de no-

¹⁰² En reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 2003, en relación con unas liquidaciones tributarias a la Empresa Municipal de Aparcamientos, S.A. de Cádiz (EMASA), indica lo siguiente:

Podría, sin embargo, sostenerse que quedan excluidas de este precepto las sociedades municipales (participadas al 100% por su respectivo Ayuntamiento), pero tal proposición no es necesaria, porque el razonamiento que sigue la Sala no pasa indefectiblemente por la existencia de una encomienda de gestión a favor de EMASA, sino por algo más sencillo, cual es que EMASA es un modo de gestión directa de los servicios públicos, contemplado y permitido por el art. 85.3 de la Ley 7/1985, de 2 de Abril (RCL 1985,799 y 1372), de donde se deduce que carece de todo sentido que el Ayuntamiento de Cádiz se autorice o licencie a sí mismo, como sería el afirmar que esto ocurre respecto de EMASA, sencillamente porque nos hallamos ante un modo de gestión, o lo que es lo mismo, la atribución de competencias del Municipio a una

viembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que indica que:

La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos de las entidades de derecho público, podrá ser encomendada a otros órganos o entidades de la misma o de distinta administración por razones de eficacia, cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. En este sentido, debemos destacar que las sociedades mercantiles que pretendan articular estas formas de relación jurídica deben ser empresas públicas de capital íntegramente municipal de los diferentes ayuntamientos, constituyendo una fórmula de prestación de los servicios de esta entidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 y 85, ter. LBRL.

La gestión directa implica el ejercicio de prestaciones de la propia administración, ya sea mediante el empleo de los medios materiales y personales integrados en el propio ente local, o por medio de la creación de entes desconcentrados sin personalidad jurídica propia y dependientes jerárquicamente de la propia entidad, o por último, mediante la creación de entes descentralizados con personalidad jurídica propia como pueden ser los organismos autónomos si están sujetos al derecho administrativo o las sociedades mercantiles de capital íntegramente público si se regulan por el derecho privado. En primer lugar debemos apuntar la diferencia que existe entre una encomienda¹⁰³ de gestión y un

sociedad municipal, que sí prescindimos de entelequias personificadoras, es el propio ayuntamiento el que, en una huida del derecho administrativo, ha creado una sociedad para gestionar el servicio público conforme al derecho mercantil, pero sin que esto implique la existencia de autorizaciones o licencia, sometidas al ITP”.

¹⁰³ En este sentido, nos resulta muy interesante la reflexión realizada por MEILÁN GIL, J.L (2008). *La estructura de los contratos públicos*, Madrid: Iustel cuando afirma que es cierto que, a veces las partes se comprometen a realizar prestaciones que no siempre pueden redactarse de una forma mucho más concreta; no obstante, otra cosa es cuando de esta generidad o inconcreción lo que se deduce más bien es la falta de intención contractual de las partes intervinientes, es decir, de una verdadera voluntad de vincularse contractualmente.

Un buen ejemplo al respecto lo constituye la Resolución de 7 de mayo de 2009, por la que se publica el Acuerdo de encomienda de gestión entre el Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras y La Secretaria General Técnica del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (BOE núm. 115, de 12 de mayo de 2009, p. 40606-40607). En dicha resolución se atribuye al mencionado Instituto para la Rees-

encargo de gestión o de contratación: la diferencia radica, esencialmente, en si la relación creada abarca a administraciones y entes sujetos al derecho público, o por el contrario si se realiza entre la administración y una persona física o jurídica sometida a derecho privado, en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de contratación. La encomienda de gestión se trata de una alteración en el ejercicio de las competencias de los entes públicos o administraciones, y que no supone la delegación¹⁰⁴ de una competencia. La encomienda de gestión supone

tructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo alternativo de las Comarcas Mineras, entre otras actuaciones materiales, “el estudio de los recursos administrativos, su tramitación y la elaboración de las propuestas de resolución, así como de las reclamaciones previas a la vía judicial civil, de los expedientes de revisión de los actos administrativos y declaraciones de lesividad», extendiéndose la encomienda de gestión a “todos los actos que, al efecto, deben de realizarse para la tramitación de los procedimientos administrativos” anteriores; correspondiendo, eso sí, a la citada Secretaría General Técnica el dictado del acto administrativo de terminación de dichos procedimientos en los términos que estime conveniente. En nuestra opinión, aunque formalmente en este supuesto la competencia decisoria siga residenciándose en la la Secretaria General Técnica del Ministerio de Industria., Comercio y Turismo, la encomienda de la gestión de toda la actividad administrativa previa a la adopción de la decisión final supondrá, en la práctica, que dicho órgano carezca de argumentos suficientes para adoptar una resolución contraria o divergente con la propuesta de resolución presentada por el encomendado. Por lo que, como decíamos, mediante un instrumento negocial –como es la encomienda de gestión- se estaría situando al Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras en una posición decisoria que no le había sido atribuida inicialmente por nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁰⁴ En este punto, VILALTA REIXACH, M; *La encomienda de gestión* cit., p. 206 a 208, a) Diferencias respecto de la delegación de competencias. En primer lugar, debemos recordar que la encomienda de gestión se diferencia de la delegación de competencias regulada en el art. 13 de la LRJPAC por el hecho de que ésta supone una transferencia real del ejercicio de las competencias delegadas, es decir, es una entidad delegada quien actúa o ejercita directamente dicha competencia, bajo su propia responsabilidad, si bien, en nombre del delegante, que mantiene su titularidad. En cambio, como hemos expuesto, en la encomienda de gestión no se produce una transferencia plenani de titularidad ni del ejercicio de la competencia (art. 15.2 LRJPAC). Al no afectar a los elementos sustantivos de la competencia, mediante la encomienda de gestión no se modifica ni se altere el órgano o entidad de derecho público para el desarrollo de una de una actuación material, técnica o de servicios concreta y determinada dentro de este ejercicio. Esta diferenciación resulta muy sutil y abstracta, por cuanto las consecuencias jurídicas que se derivan de ella puedan ser muy difíciles de observar en la práctica. De ahí que creamos oportuno completar esta argumentación, añadiendo otro aspecto que si nos permita diferenciar un poco más la encomienda de gestión de la figura de la delegación de competencias: el relativo a la extensión del objeto de la delegación, notablemente mayor que el de la encomienda. Partién-dose de la regla general de que todas las competencias son delegables, la institución de la delegación admitiría no solo el traspaso de actuaciones materiales, sino también, de actuaciones de carácter jurídico o resolutorio. Actuaciones que como hemos visto, resultan vetadas para la

de una alteración en el ejercicio de las competencias de los entes públicos o administraciones, que puede versar tanto sobre la gestión como la realización de una determinada actividad, pero con un carácter meramente instrumental, sin por ello adoptar ningún tipo de decisión al respecto, quedando de esta manera la titularidad de la competencia en manos de la entidad pública originaria. Debemos destacar que, conforme a la redacción del artículo 15 de la LRJPAC 30/1992, al tener, la sociedad mercantil, carácter íntegramente municipal es susceptible de recibir encomiendas de gestión por parte del Ayuntamiento, quedando dichas encomiendas de gestión fuera del ámbito de aplicación de la TRLCSP del 2011. La LCSP el art. 4.1.n (“Negocios y contratos excluidos”) declara que quedan fuera del ámbito de la referida norma estatal «las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la administración pública»; por tanto, en el supuesto de la realización de la encomienda, nos encontraríamos con una circunstancia que excluye expresamente la aplicabilidad de la normativa sobre contratación pública a las relaciones que nos hemos referido, siendo por razones de agilidad recomendable la expresa inclusión de esta posibilidad en el objeto social de las diversas empresas municipales que se pudieran verse afectadas por la situación. El negocio jurídico eximido de la aplicación de la LCSP es cualquiera en el que se efectúe un encargo a un medio propio y servicio técnico. La concurrencia del encargo y las condiciones sujetas de la empresa receptora del mismo son los datos determinantes de la exclusión. Y además, el artículo 24.6 hace referencia al instrumento que se emplee para efectuar el encargo que es, de entre todos los negocios jurídicos posibles la encomienda de gestión.

encomienda de gestión, cuyo ámbito material de aplicación se limita solamente a la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios. Por lo tanto, la diferencia podría venirnos dada no solo por la alteración del ejercicio de la competencia que supone la delegación de competencias del art. 13 de la LRJPAC, sino también por la afectación, o no, de los aspectos jurídicos que formalmente integran la noción de competencia administrativa. Así, la encomienda de gestión se limitaría solamente a aspectos materiales vinculados a dicha competencia, mientras que la delegación de competencias podría extenderse a cualquier ámbito de actuación de ésta, y muy especialmente, a las facultades jurídicas o decisorias que la integran.

La denominación que recibe las encomiendas de gestión puede ser muy variables, encargos de trabajos, ejecución a través de medios públicos, ejecución a través a través medios propios. En el derecho Europeo ha sido asumido de forma mayoritaria la encomienda in house¹⁰⁵. La Ley de Contratos del sector público, llama a estas declaraciones de voluntad unilateral “encomiendas de gestión”. No se ha lucido aquí el legislador, ya que ello genera confusión con una técnica de traslación competencial del contenido y naturaleza diversa: la “encomienda de gestión” del art. 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP-PAC). Por ello es preciso dejar claro desde un primer momento que no es aplicable aquí el régimen de las encomiendas de gestión de la LRJAP-PAC. Veamos cuáles son las diferencias sustanciales entre ambas técnicas de organización administrativa.

1.- En atención a los sujetos intervinientes. La “encomienda de gestión” del artículo 15 LRJAP-PAC se produce entre órganos y entes de Derecho público de la misma o de distinta Administración. No es preciso que haya una relación jerárquica, ni de subordinación. Por el contrario, los encargos *in house* se producen entre poderes adjudicadores (abarca por tanto a los entes de Derecho privado que entran dentro del concepto de poderes adjudicadores de la LSCP), vinculados por una relación de dependencia¹⁰⁶.

¹⁰⁵PERNÁS GARCÍA, J.J; *La exigencia de control análogo en las encomiendas a medios propios*, pág. 260 y PEDERSEN, K y OLSSON, ERIC: *Comisión vs. Germany-a new approach to in-house providing?*, pág.41.

¹⁰⁶ En el mismo sentido, GIMENO FELIU, J.M^a.; subraya que el requisito de que el ente instrumental realice la parte esencial de su actividad económica con la entidad que lo controla es ciertamente coherente si se considera que todo el concepto gira en torno a la falta de autonomía contractual de dicho ente controlado. En efecto, si la exención del ámbito de la contratación pública se basa en que el contrato “in house” no es sino una forma de auto-provisión, tal exención perdería su sentido si el ente instrumental se dedicara a proveer también a otros operadores públicos y privados como cualquier otro agente del mercado. Pág . 186-187 GIMENO FELIU, J.M^a.; *La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: el alcance de la jurisprudencia comunitaria*. Idea que se repite, por ejemplo, en GIMENO FELIU, J. M^a.: “Encargos de ejecución a medios propios”, en BERMEJO VERA, J., *“Diccionario de contratación pública”*. En el mismo sentido SOSA WAGNER y FUERTES LOPEZ califican este requisito de elemental, considerando que “para que el contrato sea do-

El art. 15.5. LRJAP-PAC deja expresamente fuera a las encomiendas de actividades a entidades de Derecho privado, como una sociedad mercantil de capital público. Estas estarán sometidas en su caso a la normativa de contratos públicos, por tanto les será de aplicación las normas de licitación pública si responden a las características propias de una relación contractual onerosa, o estarán excluidas de su régimen si tienen la naturaleza de encargos *in house* (art. 4.1, letra n) LCSP). La clave para que se dé esta última situación será la existencia de una relación de dependencia entre un poder adjudicador y e entre instrumental que recibe el encargo.

2.- En atención a su naturaleza jurídica. La “encomienda de gestión” del art. 15 LRJA-PAC se plasma en un acuerdo bilateral de cooperación (cuando se produce entre entes públicos no vinculados por una relación de dependencia), para la asistencia administrativa en el ejercicio material de las competencias propias de un ente u órgano. Se trata, en principio, de un negocio jurídico bilateral –salvo que exista una normativa propia que establezca lo contrario, en el supuesto de encomiendas entre órganos y entes de derecho público de la misma administración (art.15-3, LRJAP). Mientras que por otra parte, los encargos domésticos son órdenes o mandatos de obligado cumplimiento, sin necesidad de que el ente encomendado preste su consentimiento. Nos podemos encontrar con encomiendas de gestión realizadas de acuerdo con el régimen jurídico del (art. 15 de la LRJAP), que responde a la naturaleza propia de un encargo *in house* o a medios propios. Ello se produce, por ejemplo, cuando va dirigida a entes dependientes del órgano encomendante (relaciones *cuasi* internas). En ese caso la encomienda no debe tener la naturaleza de un acuerdo o convenio, sino la de una orden o mandato.

méstico, la actividad ha de quedar en casa”, de modo que si el operador económico interviene en el mercado y mantiene fructíferas relaciones económicas en el tráfico mercantil se estaría revelando su condición de empresaria y, por lo tanto, habría de reconocerse ese papel comercial y tratarla como al resto de entidades participantes en el mercado. SOFA WAGNER, F. Y FUERTES LOPES, M.: “¿Pueden los contratos quedar en casa? (la polémica europea sobre la contratación *in house*)” en Revista La Ley”

En lo que sí coinciden, en todo caso, ambas técnicas es que no responden en ningún supuesto a la naturaleza propia de un contrato oneroso. En el primer caso, porque los encargos *in house* no son contratos públicos, sino ordenes o mandatos, y en el caso de las encomiendas de gestión del art. 15, LRJAP-PAC, porque no tienen carácter oneroso, sino gratuito y no lucrativo, y su causa es el auxilio administrativo.

3.- En cuanto a su contenido, los encargos *in house* pueden referirse a prestaciones propias de un contrato público (realización de obras, prestación de un servicio público o suministro de bienes o productos), mientras que las encomiendas de gestión del art. 15 LRJAP-PAC se limitan a acoger actuaciones ajenas al ámbito objetivo y subjetivo¹⁰⁷⁾ de la legislación de contratos.

¿Qué entidades públicas pueden hacer uso de la figura de la encomienda de gestión? ¿Quiénes pueden ser sus destinatarios? ¿Qué actividades pueden ser objeto de la encomienda? ¿Cuáles son sus efectos? Y por supuesto, ¿Qué parecido tiene la encomienda de gestión con los contratos administrativos? Y a su vez ¿Cuál es el tratamiento que le da la actual Ley de contratación administrativa a dicha figura? Y ¿Qué influencia tiene el derecho europeo, en la configuración de las encomiendas de gestión, a los efectos de regular la contratación pública? Todas estas preguntas tendrán su respuesta, pero siempre lo hemos de analizar desde la perspectiva en que la encomienda de gestión no es más que una figura organizativa englobada en el concepto de servicio de la eficacia administrativa.

¹⁰⁷VILALTA REIXACH, M; *La Encomienda de Gestión, Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Ed. THOMSON REUTERS ARANZADI, 2012, pág. 301, Debemos cambiar nuestro punto de referencia y centrarnos en su elemento subjetivo, puesto que la Ley de Contratos del Sector Público califica como contrato público solamente a aquéllos que hayan sido celebrados por los entes, entidades y organismos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación (art. 2.1 organismos comprendidos dentro de su ámbito e aplicación (art. 2.1. TRLCSP). Por lo que, tomando como la referencia la presencia subjetiva de una entidad del sector público como requisito *sin qua non* para hablar de la existencia de un contrato público a efectos del TRLCSP, nos corresponde ahora analizar si las entidades públicas que participan en la encomienda de gestión pueden, o no, encuadrarse dentro de dicha tipología de sujetos prevista por la Ley.

Todo ello, lo debemos relacionar con lo que señalamos al principio del trabajo, con el concepto de racionalización del sector público, mediante la eficiencia y la eficacia, al referirse a la reducción del déficit público y a las medidas de austeridad que la mayoría de administraciones municipales españolas, han realizado desde que en el año 2008, fecha en la que estallara la actual crisis económica. Otro principio importante en el derecho administrativo, es el concepto de *auctoritas*, es decir, de autoridad o «imperium» que está relacionada con la titularidad del servicio público, vinculado a una administración territorial y a su vez, dota de legitimidad a las empresas municipales urbanísticas para poder desarrollar bajo sus propios estatutos, la actividad urbanística realmente encomendada, por lo tanto, debe realizarse un análisis comparativo entre lo que es la encomienda¹⁰⁸ de gestión y el objeto de la sociedad, que será la actividad que realmente pueda desarrollar bajo los parámetros finalistas o teleológicos, y dentro del concepto global del objeto de la sociedad, tendrán cabida el concepto de gestión urbanística, pero también la tramitación administrativa de la misma, con su correspondiente impulso procedimental a través de las propuestas de aprobación de instrumentos urbanísticos, la actividad urbanizadora, y en especial, la función de dichas sociedades, como gestoras del patrimonio municipal del suelo.

Todo ello, ha sido analizado de manera pormenorizada, al estudiar las actividades que pueden realizar dichas sociedades que deberán ser claras y determinables en las encomiendas de gestión que realice la administración matriz. Al fin y al cabo, estamos planteándonos, la realización material como medio

¹⁰⁸ El Tribunal Superior de Justicia de Málaga analiza del siguiente modo la flexibilización del criterio del control análogo en el supuesto de entidades encomendadas que pertenezca a varias autoridades públicas. “En el supuesto de que varias autoridades públicas decidan llevar a cabo sus funciones de servicio público a través de una entidad concesionaria común, cabe descartar normalmente que una de esas autoridades ejerza por si sola un control determinante sobre las decisiones de ésta, a menos que posea una participación mayoritaria en esa entidad. Exigir en dicho supuesto que el control ejercido por una autoridad pública fuera individual tendría como consecuencia la imposición de la convocatoria de una licitación en la mayoría de los casos en que una autoridad pública tuviera intención de adherirse a un grupo, como una sociedad cooperativa intermunicipal, formado por otras autoridades públicas”.

propio de un servicio, y de ninguna manera, como acto o ejercicio de autoridad que puede transferirse a esos servicios propios de la administración matriz.

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

1.- En primer lugar, la relación entre la administración matriz¹⁰⁹ y la sociedad, en cuanto a la determinación de cuál será el régimen jurídico de la misma, a qué figura jurídica es necesario acudir para amparar o instrumentar dicha relación.

2.- En segundo lugar, la ejecución del referido acuerdo frente a terceros y los criterios que deben presidir esta relación jurídica, fundamentalmente si se debe acudir a la normativa de contratación pública¹¹⁰ o no.

¹⁰⁹Son muchos los autores que han analizado con detenimiento esta cuestión, llegando siempre a conclusiones similares. Por ejemplo REBOLLO PUIG, M., afirma que el hecho de que se dote a dichas organizaciones de una forma de personificación pública no modificada su consideración como un puro instrumento de la administración matriz, como un conjunto de medios materiales y humanos a su servicio. Por lo que, en estos casos, no nos encontramos estrictamente con una persona distinta, sino ante una herramienta institucional de la propia administración. Añadiéndose más adelante, que cualquier parecido con un contrato de las relaciones que se puedan establecer entre una administración pública y sus propias entidades instrumentales es casual y superficial, puesto que en estos casos no se produce ningún acuerdo de voluntades sino, simplemente, un acto administrativo por el que se ordena una determinada actividad al entre institucional. REBOLLO PUIG, M., *Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio*, pág. 380-384.

¹¹⁰Se refiere expresamente al carácter funcional de la noción del contrato público manejada por el TJUE, entre otros PASCUAL GARCÍAS, José: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, p. 36; PERNAS GARCÍA, J.J.: *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, p.61, o GIMENO FELIU, José María: *La problemática derivada del cargo de prestaciones a entes instrumentales propios. Alcance la jurisprudencia comunitaria*, TORNOS MAS, J.: *Informe Comunidades Autónomas 2005*, Instituto de Derecho Público, Barcelona 2006, p. 843. Podemos citar, entre otras la STJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-94/99, ARGE Gewässerschutz / Bundesministerium für Land-und Forstwirtschaft; la STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C-295/05 Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) / Transformación agraria, S.A. (TRAGSA), Administración del Estado o la Sentencia del TJE de 13 de noviembre de 2008. Igualmente, el excelente trabajo de JUAN JOSÉ PERNAS GARCÍAS,: *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*; o CRISTOPHER BOVIS, *Developing public procurement regulation: jurisprudence and its influence on Law making*, p. 461-495 De hecho, debemos recordar que

3.- Por último, la actuación del particular frente a la actividad de este tipo de sociedades, que, como se ha precisado, se encuentran sometidas al derecho privado, analizando en concreto la naturaleza de los recursos frente a dicha actuación y el orden jurisdiccional competente.

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

2.3.2. La encomienda de gestión y su especial posición respecto a la Ley de contratos del sector público.

En relación a ello, es necesario analizar dos aspectos: el problema suscitado por la redacción dada al artículo 15 de la (LRJAP-PAC.), y la polémica que se ha suscitado sobre si a esta relación le es de aplicación la normativa de contratos tras las distintas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea. Llegado a este punto, debemos analizar de manera detallada, la figura de la encomienda de gestión, y sus figuras administrativas análogas, para poder llegar a unas conclusiones certeras de esa peculiar figura jurídico-administrativo, para ello es importante, analizar el art. 15 de la LRJAP-PAC, «*La realización de actividades de carácter¹¹¹ material, técnico o de servicios*

sobre estas ideas han venido girando buena parte de los argumentos esgrimidos por algunos de los principales teóricos del ámbito jurídico-público de la primera mitad del Siglo XX para negar a la Administración pública la posibilidad de acudir a la figura del contrato. El carácter unilateral sobre el que se fundamentaba la actuación de la Administración, derivada de su situación jurídica de superioridad o *imperium* respecto al ciudadano, hacía imposible poder hablar de estos supuestos de verdaderos contratos. Sobre los diversos planteamientos entorno al concepto de contrato en el ámbito jurídico-administrativo pueden verse, entre otros muchos, BUSTILLO BOLADO, R. O.: *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, p. 92-112º HUERGO LORA, A.: *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, p. 119 – 188.

¹¹¹ VILALTA REIXACH, M; *La Encomienda de Gestión*; ARANZADI, 2009,pág. Pág.267; Al analizar las administraciones entre las administraciones públicas y sus entes instrumentales, FUERTES LOPEZ afirma que si éstas han de involucrarse en el celofán de un “contrato” o

de competencia de los órganos administrativos o de las entidades de Derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no poseen los medios técnicos idóneos para su desempeño”. Sin embargo en el apartado 2 de este artículo se limita el alcance objeto de las encomiendas de gestión al disponer *“la encomienda de gestión, no supone cesión de totalidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejecución, siendo responsabilidad del órgano o entidad encomendante, dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte, o en las que se integre la concreta actividad material objeto de la encomienda»*. La primera conclusión que podemos extraer del precepto señalado, es que la encomienda de gestión, sigue englobada en el concepto de servicio público, y si es verdad que en los últimos tiempos se ha criticado la eficacia y eficiencia de la prestación de los servicios, la encomienda de gestión, nace ad-hoc para mejorar la gestión pública, y para establecer los materiales necesarios para llevar a cabo lo realmente encargado por la Administración territorial. No obstante, el número 5 del art. 15 de LRJPAC., del precepto examinado parece a decir de algún sector doctrinal que la elimina al establecer que el régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en dicho artículo, *“...no será de aplicación cuando la realización de las actividades antes referidas haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado.”* Tras esta redacción, distintos autores han planteado la cuestión de que las empresas públicas son *“personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado”*, por lo que no se puede otorgar dicha encomienda. Esta tesis ha sido contradicha por gran parte de la doctrina administrativista, entre las que destaca el Garrido Falla, en la que en distintos informes y artículos, al analizar el contenido de la LRJPAC-92 que señala que: *“ No obstante la equivocada redacción del precepto, entiendo que no es aplicable al encargo de gestión que*

“convenio” se debe únicamente al reconocimiento de una personificación jurídica propia, un nombre propio, en el tráfico y en las relaciones jurídicas, pero sin que ello altere la naturaleza meramente interna de dichas relaciones.

se realiza entre el órgano autónomo o administración y la sociedad estatal, aunque está sujeta al derecho privado, incluso en su forma jurídica de Sociedad Anónima: aquí es aplicable, en sus estrictos términos, la encomienda de gestión que contempla la hipótesis del artículo 15.1. Si algún sentido tiene la sociedad estatal, como ente instrumental, es este”.

José Luis Ávila Urive, en su libro “Los convenios de Colaboración excluidos de la LCAP”, poniendo en relación los artículos 6.5 y 15.5 de la LPA, indica literalmente: *“Por otra parte, una traducción en ese sentido no sólo implicaría la inclusión de las entidades públicas empresariales en la técnica de la encomienda y la exclusión de las sociedades mercantiles públicas de la misma, a pesar de que ambas participan de la naturaleza de entes instrumentales de la administración y están sometidas en sus relaciones jurídicas ad extra al derecho privado –anteriormente decíamos que su “derecho normal” es el derecho privado-, sino que asimilaría a estos efectos a sociedades públicas y particulares de un modo ciertamente inapropiado.*

Del ordenamiento jurídico no se desprende ninguna justificación para admitir la separación a estos efectos ente entidades públicas empresariales y sociedades públicas –más bien se deriva la contraria, es decir, la equiparación de ambos entes instrumentales- ni mucho menos la equiparación entre sociedades públicas y particulares. A ello habría que añadir las consideraciones ya realizadas sobre las condiciones de sujeción de algunas de estas Entidades de Derecho público a la legislación de contratos. Igualmente sería rechazable una interpretación que asimilara a estos entes instrumentales, Entidades Públicas Empresariales y sociedades públicas con los particulares, por virtud del sometimiento de sus relaciones ad extra al Derecho privado. Tal conclusión no sólo neutralizaría la razón de ser de la relación de instrumentalizada, sino que vaciaría parcialmente de contenido por dicho motivo la previsión del artículo 15.1 LRJPAC relativa a “Entidades de la misma o de distinta Administración”.

La encomienda de gestión argumentemos o no la aplicabilidad del art. 15 de la Ley 30/92, es una herramienta más, de la manifestación de la auto-

organización de la Administración pública, para poder llevar a cabo, aquella potestad pública que la Constitución, en el art. 103.1, asigna a la Administración pública, por lo tanto, debemos analizar la encomienda de gestión bajo los parámetros de la organización administrativa, pública, aunque se preste con personas jurídico privadas, que de alguna manera se escapen al ámbito estrictamente público. La Ley de Bases de Régimen Local, llega a la conclusión positiva de la capacidad de la Administración, para ordenar y gestionar sus intereses respectivos, que el ordenamiento jurídico les confiere, e incluso se reconoce no solamente los medios propios de personificación jurídico-privada de la administración local, sino también la colaboración con otras Administraciones públicas, todo ello en base a dar una coherencia y una unidad, a nuestro sistema administrativo, que debe garantizar por encima de cualquier otro interés la tutela de los administrados. Creemos que es necesario que exista una relación directa entre dos conceptos básicos: encomienda de gestión y organización administrativa pública. Si se plantea desde esta perspectiva, estamos ante la continuidad de la prestación del servicio mediante entidades jurídico-privadas, pero con la teoría del levantamiento de velo, analizada en el presente trabajo de investigación, no huyen del derecho administrativo. Sin embargo, a la luz de los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, no es fácil situar y analizar la figura de la encomienda, en relación a los contratos públicos.

Sí llegamos a la conclusión, de que la encomienda¹¹² de gestión, se basa en una mejor prestación del servicio público, existe un vínculo de instrumenta-

¹¹² FERNÁNDEZ FARREDES,G; Ponía también el acento en este elemento, señalando la dificultad de conciliar el traspaso de medios materiales y personales con las propias características de la encomienda de gestión formalizadas entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de intervención y regulación de los mercados agrícolas, a través de las cuales se traspasaban dichos medios, concluía que la encomienda de gestión, en estos supuestos, aparecía más bien como una vía indirecta y sustitutoria de la que debería de haberse utilizado, y que no era otra que la transferencia o, en su caso, delegación de competencias del art. 150.2 de la Constitución. FERNÁNDEZ FARREDES,G; *Las encomiendas de gestión*,. P. 679. En el mismo sentido, TORNOS MAS, J; *La reforma de la Administración periférica del Estado* “, en AA.VV; *La Administración del Estado en las Comunidades Autónomas*, Institut d’Estudis autonòmics Barcelona 1997, p.43, en el que se insiste en que, precisamente lo que se pretende con la encomienda de gestión es utilizar los medios ya existentes en otra administración.

lidad, por lo tanto, podría poner en duda, y así lo han hecho algunos administrativistas, confundiendo desde mi opinión, el contrato administrativo con la figura de la encomienda, partiendo quizás de preceptos y jurisprudencia equivocada.

Tanto la encomienda de gestión, como el contrato público en sus diferentes modalidades, han sido confeccionadas por el legislador para ámbitos totalmente diferentes, aun cuando todos forman parte de la idea de la organización administrativa antes mencionada. Los contratos¹¹³ públicos, en sus diferentes modalidades, están pensados para escoger al mejor licitador, de conformidad con unos pliegos de bases administrativas y técnicas, de acuerdo con unos baremos de puntuación para elegir la mejor oferta pública, sin embargo, este sistema se extrae de lo que es puramente la estructura administrativa, aunque la finalidad sea la misma, que es dar un mejor servicio público, y es precisamente este caso, el de las sociedades municipales urbanísticas, ya que las mismas, en base de la encomienda de gestión pueden contratar con terceras personas para la mejora del servicio público.

¹¹³ Aunque ha sido la doctrina civilística la que principalmente se ha ocupado de analizar los requisitos esenciales de los contratos, la doctrina jurídico-administrativa se ha referido también a ellos a la hora de analizar la validez de los contratos administrativos, afirmándose mayoritariamente que para poder hablar de la existencia de un contrato administrativo es requisito previo y necesario que concurra un acuerdo de voluntades, un objeto cierto y una causa. En este sentido, por ejemplo, MARTIN REBOLLO, L y PANTALEON PRIETO, F: “Exigibilidad de los convenios interadministrativos y consecuencias patrimoniales de su incumplimiento”, en AA VV: Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez, p. 308; BOQUERA OLIVER, J. M^a: “La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española”, en Revista de Administración Pública, núm 23, enero-abril 1957, p. 201; PENDAS GARCIA, Benigno; Derecho de los contratos públicos (Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas), Ed. Praxis – Wolters Kluwer, Barcelona, 1995, p. 273-300; VELAZQUEZ CURBELO, F; Manual Práctico de Contratación Administrativa, Ed. Marcial Pons, Madrid 2003, p.8-10; GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZALEZ, .H. o: Tratado de Derecho Administrativo,, p. 67 o, más recientemente, GARCIA GOMEZ DE MERCADO, F: Manual de contratación del Sector Público. Estudio sistemático de las obligaciones de la Hacienda Pública, los contratos y convenios de la Administración y del resto del Sector Público, Ed. Comares, Granada 2011, p. 249-251.

La encomienda de gestión es el título que legitima que esas sociedades urbanísticas puedan contratar, por lo tanto, solo podrán contratar si en la encomienda de gestión queda clara esa función dejando que sea la administración local la que lleve a cabo el impulso procedimental administrativo, a través de la agilización del procedimiento por parte de las sociedades urbanísticas. Las diferencias fundamentales entre el contrato administrativo y la encomienda de gestión, es que la encomienda de gestión es un título habilitante de la organización administrativa para la prestación directa de un servicio público, sin embargo la figura contractual se da en aquellos casos en la que la prestación del servicio es indirecta y por lo tanto, se presta por personas físicas independientes a la estructura administrativa, aun cuando la causa de ambas sea común: la mejor prestación de un servicio público. Sin embargo, se ha visto recientemente, algunas teorías que han ejercido una importante bis atractiva en el funcionamiento hacia la legislación de contratos sobre la encomienda de gestión, ante la imposibilidad de excluir del ámbito de aplicación del TRLCSP, a los negocios jurídicos convencionales¹¹⁴ celebrados entre diferentes administraciones públicas. Por lo tanto, hay autores, en las que no compartimos su opinión, que llegan a la conclusión que la encomienda de gestión, se debe someter a las exigencias de igualdad publicidad, transparencia y concurrencia. Todo ello, mermaría mucho la filosofía para la cual está pensada la encomienda de gestión, pues igualmente la norma exige que dichos encargos se articulen a través de procedimientos de licitación previstos en la norma, y si ello es así, no solamente es que sean figuras diferentes, sino que para la existencia del régimen contractual de las sociedades municipales urbanísticas, es necesario que exista previamente un encargo de gestión. Por lo tanto desde nuestro punto de vista, diferiría con un posible análisis de similitud entre la encomienda y el contrato pú-

¹¹⁴ RODRIGUEZ SANTIAGO, J.M; Los convenios entre Administraciones Públicas. Esta misma opinión es compartida por MORENO MOLINA cuando subraya que, precisamente, una de las principales problemáticas derivadas del ámbito de aplicación de la LCSP es la ausencia de una definición legal del concepto “convenio de colaboración”, o incluso de un concepto doctrinal netamente perfilado sobre su naturaleza. MORENO MOLINA, J.A. “El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público”, en Documentación Administrativa, núm. 274-275, enero-agosto, 2006, pág. 64.

blico. La encomienda de gestión desde nuestro punto de vista es el presupuesto factico que legitima la actividad de la sociedad urbanística y en la misma debe dejarse claro el régimen de contratación pública de las sociedades. Una encomienda de gestión clara como modelo de gestión directa de un servicio público, evita confusiones en cuanto al objeto a desarrollar y por su puesto su actividad contractual, que es consecuencia del presupuesto factico que es una encomienda de gestión clara y bien articulada. Configurar y delimitar el ámbito de aplicación de la encomienda de gestión, no solo es importante desde la perspectiva constitucional, como norma magna de nuestro ordenamiento jurídico interno, sino también, desde la perspectiva del derecho europeo, delimitando claramente otros principios de carácter jurídico-económico, como es el derecho de la competencia en el que se profundizara más adelante. Toda esta polémica doctrinal, acaecida entre la encomienda de gestión y la contratación pública, tienen un cariz o razón última de tipo económico, base que nos servirá para definir con claridad el concepto de interés general, matizado por el derecho europeo y está claro que el contenido económico de los contratos públicos, sobre todo en la base de la preparación y adjudicación de los mismos, está vinculado al ordenamiento administrativo. La clara vinculación, entre contratación de la actividad económica y mercado competitivo único, son elementos suficientes para poder concluir que el sistema contractual administrativo, tiene una cierta dosis mercantilista, pero necesaria para delimitar que actividades públicas al servicio de la administración local pueden ser prestados por entidades instrumentales. De ahí la importancia que tiene para nosotros, el concepto de la finalidad última de prestación del servicio que es la noción de interés general. De hecho, uno de los criterios que utiliza la Ley de Contratación del Sector Público, para delimitar con claridad la aplicación de un ente instrumental a la ley contractual, es precisamente el concepto de *organismos públicos que no tengan el carácter industrial o mercantil*. Ello quiere decir, que el carácter mercantilista de la entidad instrumental, es pieza fundamental para la aplicación de la Ley contractual del sector público.

Por lo tanto la encomienda de gestión, debe ser analizada desde la perspectiva de nuestra Carta Magna, como instrumento de eficacia, y no reconducir la misma a relaciones de entidades públicas, con la gestión privada y con el derecho de la competencia, ya que esto responde precisamente a una fase posterior a la encomienda.

Resumiendo, la encomienda de gestión, nada tiene que ver con el contrato administrativo público, sin embargo, el contrato administrativo¹¹⁵ público no tendría sentido, en referencia a las sociedades municipales urbanísticas, sin la figura de la encomienda de gestión. La relación entre ambas figuras, no solamente no se solapan sino que son necesarias para discurrir en un cauce de agilidad procedimental, en el ámbito de la gestión urbanística, como si de un padre se tratase, respecto a sus hijos, la relación paterno filial, podría compararse con la encomienda de gestión y la contratación pública, con la independencia del hijo que ha alcanzado ya la mayoría de edad y que puede actuar con independencia de la tutela de sus padres. Por lo tanto, mi conclusión, no solamente es que sean figuras que nada tienen que ver, si no que una encomienda de gestión es presupuesto de hecho habilitante, para que la consecuencia jurídica llegue a su fin. La contratación de las sociedades municipales urbanísticas y su peculiar régimen que será analizada más adelante en profundidad.

¹¹⁵VILALTA REIXAC, M. “*La encomienda de gestión como un negocio jurídico voluntario*”. cit., p., 271 a 273, «Un segundo elemento imprescindible para poder hablar de la existencia de un acuerdo de voluntades entre dos personas jurídicas diferenciadas es, obviamente, que éste haya sido suscrito de forma voluntaria. En efecto, el requisito de la voluntariedad es un elemento inherente a la figura del contrato, de modo que cuando la realización de una determinada prestación no derivada del libre acuerdo entre dos sujetos sino de la ley o de una imposición unilateral de una de las partes sobre la otra, no podremos hablar en ningún caso, de un negocio jurídico contractual. En este sentido, en nuestra definición inicial de la encomienda de gestión afirmábamos con carácter general que ésta se configuraba como una institución de carácter voluntario. El art. 15 de la LRJPAC así parecía confirmárnoslo cuando hablaba de su formalización a través de *acuerdo o convenio*. De hecho, tal y como ha venido exponiendo nuestra doctrina mayoritaria, identificábamos también este requisito de la voluntariedad como uno de los aspectos novedosos de la regulación de la figura de la encomienda de gestión prevista en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre; a la vez que este elemento se nos presentaba como un criterio útil para diferenciar la encomienda de gestión de otras figuras similares (como la gestión ordinaria de los servicios autonómicos por las diputaciones provincial

La encomienda o encargo,¹¹⁶ se articulará en la forma, términos y condiciones de realización de los trabajos que se efectuarán con libertad de pactos y sujeción al Derecho privado, así como se podrá prever en dicha encomienda que actúe en nombre y por cuenta de quien le efectúe el encargo que, en todo momento, podrá supervisar la correcta realización del objeto de la encomienda.

La ejecución de las obras por los propios medios evita, desde luego, la aplicación de la normativa comunitaria y la doctrina de la Sentencia del asunto Scala. Si las obras se ejecutan por un tercero, financiándolas la administración pública, se aplica sin duda la Directiva 93/37. Pero si la administración ejecuta las obras por sus medios, utilizando cualesquiera de los procedimientos previstos para la gestión directa de los servicios públicos en la legislación interna,

¹¹⁶El mismo autor citado en la pág. 151, pág. 385-403; La encomienda de gestión encontraría su justificación última en la voluntad de dotar al conjunto del sistema administrativo de una herramienta con la que poder garantizar el correcto funcionamiento de la actuación pública y hacer frente a la tan denunciada ineficiencia y obsolescencia de los públicos; permitiendo, así, que en los supuestos en que una concreta administración carezca de los medios técnicos idóneos para ejecutar una determinada tarea o en aras a mejorar la eficacia en su gestión, pueda acudir puntualmente el auxilio material de otro órgano o entidad pública que esté en mejores condiciones para su ejecución. Es por ello que vinculábamos la encomienda de gestión directamente con nuestro marco constitucional. Situándola dentro de los instrumentos con los que nuestro ordenamiento jurídico dota a la Administración Pública para garantizar la correcta consecución de los fines de interés general que tiene asignados (art. 103.1 CE). Y ello desde una doble perspectiva puesto que, como vimos, la figura de la encomienda de gestión no solo nos aparece como un instrumento ligado a la potestad organizativa de las diferentes administraciones públicas, tendente a asegurar la existencia de unas estructuras administrativas capaces de cumplir con los valores y principios consagrados constitucionalmente sino que, además, esta institución pone en valor la idea de la Administración Pública como sistema. En efecto, como mencionamos anteriormente, la encomienda de gestión, no es más que una consecuencia lógica de un modelo constitucional de organización territorial articulado sobre la idea de colaboración entre los distintos poderes públicos existentes en nuestro ordenamiento para la satisfacción de los fines sociales del Estado. Partiendo de la constatación de que la Administración española no es más que una totalidad organizada se llega a la conclusión de que la capacidad para ordenar y gestionar sus respectivos intereses que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a las diferentes administraciones públicas no se limita solamente a los propios medios humanos y materiales, sino que incluye también su necesaria proyección exterior, su contenido relacional externo mediante las relaciones de colaboración con otras entidades públicas. De este modo, a través de la encomienda de gestión lo que se pretende principalmente es dar respuesta y concreción no solo a la capacidad organizativa propia de las diferentes administraciones públicas, sino también a la necesaria interacción entre los diferentes elementos que integran dicha unidad, dando cumplimiento al deber de auxilio mutuo que fundamenta todo nuestro sistema administrativo.

incluida la creación de entes públicos o sociedades mercantiles, no hay razón para aplicar la directiva citada, porque no se está actuando mediante la contratación de terceros, sino utilizando entes instrumentales propios. Cuestión distinta sería la ulterior utilización por estas sociedades o entes instrumentales de otras empresas mercantiles a las que adjudicar, total o parcialmente, las obras. Si éstas se realizan a través de terceros, la contratación quedaría sometida al régimen de concurrencia. Sin embargo, si la ejecución es directa por aquellas entidades o empresas, tal régimen queda excluido. En este sentido, son también expresivos los artículos 152, 194 y 199, del TRLCSP, de 16 de junio de 2000, relativos, respectivamente, a los contratos de obras, suministros y servicios, en los que se excluye de la aplicación de la Ley las obras, suministros y servicios, prestados directamente por las Administraciones Públicas con medios propios, con independencia de que éstos constituyan meros departamentos o entes adscritos a la Administración, o sociedades mercantiles de participación enteramente públicas, aunque sometidas al derecho privado y de forma complementaria también actúen en el mercado en condiciones de libre competencia. La propia sentencia indicada establece que: “Cosa bien distinta, sin embargo, es la encomienda de la realización de obras o la prestación de servicios por un ayuntamiento a una empresa propia, cuyo capital le pertenece en su totalidad. En este caso se está utilizando un medio propio, a efectos puramente instrumentales, que no está sometido al Derecho comunitario en ningún caso. Por lo que se refiere a las consecuencias de considerar a TRAGSA como parte de la administración pública, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha admitido una excepción a la aplicación de las directivas en materia de adjudicación de contratos públicos, llamada «In House Providing», relativa a los contratos celebrados por una entidad adjudicadora con determinados organismos públicos vinculados a ella. Los límites de esta excepción se detallaron, en particular, en las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. I-8121), apartado 50, y de 7 de diciembre de 2000, ARGE¹¹⁷ Gewässerchutz (C-94/99,

¹¹⁷ La STJCE ARGE, de 7 de diciembre de 2000, se pronuncia sobre la participación de organismos públicos que operan con financiación pública en procedimientos de adjudicación de

Rec. I-11037). De estas sentencias se desprende que para constituir un contrato público basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Solo puede ser de otra manera en el supuesto de que el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, a la vez, esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.

2.4. Aspectos organizativos de las sociedades urbanísticas.

Tras la Constitución Española de 1978, se abrió una discusión acerca de la validez de las previsiones de RSCL relativas a la existencia de órganos obligatorios y al número de miembros del Consejo de Administración. Se considera la posibilidad de que estas previsiones fueran incompatibles con la autonomía de la Administración Local que proclama el art. 140 CE. En un primer momento, incluso los registradores mercantiles permitían la inscripción de sociedades municipales que no cumplen con las limitaciones previstas en el reglamento de servicios. Pero, con posterioridad, resulta decisiva RDGRN, de 6 de octubre de 1999, que determina la vigencia y la aplicación de las limitaciones que el Re-

contratos públicos de servicios. El Tribunal remitente preguntaba también sobre la posibilidad de contratar los servicios de esos organismos públicos al margen de la Directiva, pero la sentencia no responde a ese punto. El supuesto de hecho es el siguiente: varios Länder y una Administración local austriaca sacaron a licitación un contrato de servicios (toma de muestras y análisis de las aguas de una serie de lagos y ríos del país). ARGE, asociación de empresas y técnicos civiles, impugnó la participación de dos sociedades mercantiles alegando que, al pertenecer al sector público, recibían del Estado importantes subvenciones y podían por tanto presentar ofertas más bajas, lo que contravenía los principios de competencia leal y de igualdad de trato. El órgano jurisdiccional nacional preguntaba si la participación de organismos subvencionados implica un obstáculo a la libre prestación de servicios o vulnera el principio de igualdad de trato de los licitadores (y por tanto la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios). A su juicio, sería excesivo negar a los organismos estatales la posibilidad de prestar servicios retribuidos al Estado sobre la base de un contrato por escrito. Por eso, preguntaba también si la entidad adjudicadora podía celebrar contratos de servicios sin sujeción a los procedimientos de la directiva 92/50/CEE con organismos que pertenecen exclusiva o preponderantemente a la entidad adjudicadora o a otros organismos del Estado, y que prestan servicios exclusiva o preponderantemente a la entidad adjudicadora o a otros organismos del Estado.

glamento de Servicios impone al Consejo de Administración de las empresas de participación íntegra municipal. Si bien esta Resolución sólo se refiere al número de componentes del Consejo y no hace referencia al criterio de composición del órgano rector, la observancia de todas estas previsiones se puede deducir fácilmente de su lectura. Esta tesis fue posteriormente confirmada, en cuanto a la adscripción de los consejeros, por la STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia núm. 216/2000, de 30 de noviembre de 2000, en relación con la sociedad anónima de autobuses de Valladolid y la sociedad de abastecimiento de aguas y saneamiento de esa ciudad, que declara la nulidad del acuerdo de la Junta General de las sociedades municipales, por no modificar los estatutos sociales “sin respetar la calidad o adscripción de sus miembros, a un tercio de miembros pertenecientes a concejales”. Pero, con la aprobación de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modificación del gobierno local, esta situación ha cambiado ya que se establece una nueva regulación en el art. 85 ter.3º. LBRL, que afecta a la regulación contenida en el reglamento de servicios, con el siguiente tenor literal:

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

En consecuencia, de esta forma, el legislador básico está remitiéndose a los estatutos de la sociedad para la previsión de los órganos de funcionamiento y dirección de las sociedades mercantiles. No existe ningún precepto, ni en la LBRL, ni en el TRRL, que imponga la designación del Pleno como Junta General, el carácter obligatorio del Gerente, ni limitaciones numéricas o cualitativas de componentes del Consejo de Administración de una sociedad mercantil de propiedad municipal. No existiría problema para que, en lugar del Pleno, la Junta General sea la Junta de Gobierno municipal. Aparte de la potestad de autogobierno y de que esta previsión no se encuentra en el art. 85 ter. 3.º LBRL, no parece lógico que se exija esto para las sociedades mercantiles cuando no existe una exigencia similar para otros sujetos, como los organismos autóno-

mos o las entidades públicas empresariales. De hecho, en el art. 85 bis parece asimilarse de forma alternativa e indiferenciada al Pleno y la Junta de Gobierno para que sean uno u otro los que determinen los criterios de actuación, remuneración y selección del personal, actuación, etc. Cabe recordar la STC 35/1992 que dispone que, cuando exista una Ley que regula la materia con el carácter de básica, la consideración de tal calificación de lo dispuesto en un Reglamento sólo puede derivar de lo prevenido directa o indirectamente de la Ley. En consecuencia, a falta de tal “enganche” con la legislación básica, tras la redacción dada al art. 85 ter. 3.º, el Reglamento de Servicios “perdería” la condición de básico y, por tanto, no sería aplicable. Por tanto nos parece que, en estos momentos, hay que entender que serán los estatutos de la propia sociedad mercantil los que determinarán la designación y la composición de la Junta General, así como la forma de designación de los miembros de los órganos de administración y dirección de los mismos. De esta forma, las entidades locales que constituyan la sociedad disponen de más libertad, en virtud del principio de autoorganización de las corporaciones locales, que el espacio que les otorgaba el Reglamento de Servicios. Por lo tanto, la Junta General la pueden formar los miembros u órganos que determinen los estatutos, los miembros del Consejo de Administración serán políticos o no, y existirá Gerente o no. Todo ello lo decidirán los estatutos. ¿En qué quedan, por tanto, las previsiones del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales? En concreto, los órganos¹¹⁸

¹¹⁸ Sobre esta cuestión de la impugnación de los acuerdos de la Junta general, LLISSET BORRELL, F. “Las sociedades privadas”, p.621, entiende que no se rige por la legislación mercantil, cuyo régimen está concebido para la defensa de los socios minoritarios, sino por el régimen jurídico-público que está concebido para la defensa de los socios minoritarios, sino por el régimen jurídico-público que está concebido para la defensa del interés público y el respeto de los intereses privados. Así, para LLISSET, los acuerdos de las Juntas generales podrán ser impugnados en los términos del art. 65 de la LIBRI, por la Administración del Estado, por la respectiva Comunidad Autónoma, los propios miembros de la Corporación y los titulares de Derechos e intereses legítimos. Pero el ámbito de conocimiento de los Tribunales Contencioso-Administrativos se reducirá a los aspectos de funcionamiento o principio de colegiabilidad. No existen aquí los administrativos separables de los actos mercantiles, pero sí aspectos mercantiles de fondo, ambos referidos a un mismo acto. Así este autor defiende la doctrina de los aspectos separables, paralela, pero no coincidente con la de los actos separables, construida en el seno de la teoría de los contratos de la Administración. SANCHEZ MARTIN, A. *Gestión di-*

de gobierno de las sociedades urbanísticas se determinan por normativa reglamentaria, sí el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales determina los distintos órganos de la sociedad y las características y limitaciones con carácter excepcional. En múltiples ocasiones, se establece en el Consejo la misma distribución o representación de fuerzas políticas que las del Pleno, lo que era solicitado en muchos casos por los alcaldes en el momento de la constitución de las sociedades. El mantenimiento de la proporción facilitaba la gestión, pues discutido en profundidad y decidido un tema en el seno del consejo de administración, permitía que la aprobación del pleno (Junta General)¹¹⁹ no fuera sino un trámite, evitando distintos problemas y situaciones difíciles.

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

- En una primera etapa, la Doctrina considera que las limitaciones del título III del Reglamento de Servicios son incompatibles con la autonomía de las mismas para la elección del mejor modo de gestión de sus propios intereses, según proclama el artículo 140 de la Constitución, por lo que ha de considerar-

recta..., participa de tal opinión, precisando que si el motivo de la impugnación son cuestiones de fondo será de aplicación el régimen establecido por los arts. 115 SS. De la LSA

¹¹⁹En este sentido, ALBI, F., Tratado de los modos..., p. 374, para el que la Junta general es solamente un órgano integrado por las mismas personas que componen la correspondiente Corporación local, pero perfectamente diferenciado de esta última. Frente a esta opinión que compartimos, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1992 (RA 6596) consideró que existía identidad entre los órganos decisorios de una sociedad municipal de gestión urbanística y el órgano decisorio de la Corporación local. Textualmente, este pronunciamiento establece que se trata de un “órgano de gestión de un servicio municipal con personalidad jurídica diferenciada, por no ajena a la Corporación municipal en la que se integra”, tal y como también estableció la sentencia de este Tribunal de 4 de junio de 1992. Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1989 (RA 9507) desestima una excepción de inadmisibilidad alegada, declarando que no es nula la reunión de un Pleno de un Ayuntamiento, en la que se adoptan, de una parte, acuerdos propiamente municipales, y de otra, acuerdos propios de Junta General, argumentando que los miembros de la Junta lo son en cuanto son concejales del Ayuntamiento, y además se aplica la teoría de los actos separables, para no declarar la nulidad solicitada. Contrariamente, la sentencia del mismo Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1987 (RA 3802) no consideró legítima la disolución de una sociedad municipal mixta por parte de Ayuntamiento socio, ya que aquella es una competencia de la Junta general.

se, en lo que respecta a la existencia de los órganos obligatorios y al número máximo de miembros del consejo de Administración, derogado, y que dicho Reglamento es no solamente incompatible con la legislación que regula las corporaciones democráticas de nuestros días. Este tema se vio confirmado, especialmente, por el hecho de que los propios registradores mercantiles no pusieron problemas a la inscripción de sociedades municipales que no habían cumplido dichas limitaciones, desde la aprobación de la Constitución.

- En una segunda etapa, con la Resolución da la DGRN, de 6 de octubre de 1999, que determina la vigencia y la aplicación de las limitaciones que, como se ha visto, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales impone al Consejo de Administración de las empresas de participación íntegra municipal, en su artículo 93, se plantea la necesaria observancia de las limitaciones. Si bien la Resolución solamente se refiere al número de componentes del consejo, no haciendo referencia al criterio de composición del órgano rector (la presencia de consejeros políticos se encuentra limitada a un tercio de su número), ello parece deducirse de la lectura de la misma.

Por otro lado, plantea también el hecho de que deberá entenderse la obligatoriedad de todos estos órganos¹²⁰ y su condición.

Esta tesis fue posteriormente confirmada, en cuanto a la adscripción de los consejeros, por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 30 de noviembre de 2000, en relación con la sociedad de Autobuses de Valladolid, sociedad anónima, y la Sociedad de Abastecimiento de Aguas y Saneamiento de esa ciu-

¹²⁰ Una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 1985 se pronunció en el sentido de que a tenor del art. 92 del RSCL, en materia de procedimiento y adopción de acuerdos de la sociedad municipal, no es aplicable la LSA, sino la Ley de Régimen Local y el ROF. Igualmente, encontramos una sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1990 en relación a la impugnación por los trámites de los art. 115 ss. De la LSA de un acuerdo social de aprobación de las cuentas anuales de una sociedad anónima de capital municipal, que la jurisdicción civil no es competente, ya que el acuerdo que se pretende impugnar “tiene el indudable carácter de acto administrativo y, en consecuencia, impugnable no ante la jurisdicción ordinaria civil, sino ante la jurisdicción contencioso-administrativa”.

dad, declara la nulidad del acuerdo de la Junta General de ambas sociedades por no modificar los estatutos sociales “sin respetar la calidad o adscripción de sus miembros, a un tercio de miembros pertenecientes a concejales”.

- En una tercera etapa: con la publicación de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modernización del gobierno local, como se ha dictado, el legislador Servicios y establece una nueva regulación en el artículo 85 ter. 3ª, de la Ley de Bases, así dispone que:

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

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

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

Serán los Estatutos determinen la designación y composición de la Junta General, la forma de designación de los miembros de los órganos de Administración y Dirección de los mismos, lo que otorga a sus constituyentes una ma-

yor libertad que el que establecía el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales en virtud del principio de auto-organización de las corporaciones locales. Desaparecen por tanto las limitaciones y el carácter obligatorio de los cargos regulados en el Reglamento de Servicios, por lo que la Junta General, la formaran los miembros u órgano que determinen los estatutos, se han políticos o no los miembros del consejo de administración y estos estatutos, definirán la existencia o no de Gerente. Por último, en relación a la junta¹²¹ general de la sociedad, no existe problema en que sea la Junta de Gobierno en vez del pleno la razón de ello, aparte de potestad de Gobierno que desarrolla y amplifica la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modernización del Gobierno Local, normas de carácter legal frente a la reglamentaria, que se encuentran en los artículos que desarrollan la gestión de los servicios públicos, pues no indican en ningún lugar, la necesidad de que estas sean el pleno para las sociedades mercantiles ya que ni siquiera lo hacen para los organismos autónomos, ni para las entidades públicas empresariales. Bien al contrario, en distintos preceptos que regulan los organismos autónomos y entidades públicas empresariales (85bis) parece asimilar de forma alternativa e indiferenciada al pleno y la junta de gobierno, para que sean uno u otro los que determinen los criterios de actuación, remuneración y selección de personal.

¹²¹Según la STSJ de Asturias (sala de lo contencioso-administrativo) núm. 524/2001, de 6 de junio: “De cuanto antecede resulta la existencia de una regulación mercantil de las relaciones de la sociedad anónima municipal con terceros, en tanto que en su relación interna, socios-concejales de la Corporación Municipal titular de la Sociedad, así como en materia de contratación en la que prima el servicio público encargado de gestionar, se halla sujeto al orden administrativo, pues aunque se trate de entidades mercantiles, se halla sujeto al orden administrativo, pues aunque se trate de entidades mercantiles, se hallan sujetos a un régimen específico como la titularidad municipal única del capital social, el fin perseguido, distinto del ánimo de lucro mercantil, la constitución de la junta General por el Pleno Municipal, cuyo Presidente y Secretario serán los del Ayuntamiento o en quienes éstos deleguen y ello es así porque se impugna un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, actuando como Junta General de la Sociedad Anónima, en base esencialmente a una deficiente convocatoria acordada por el Alcalde de la Corporación por no motivar la resolución y no aportar la documentación relativa a la convocatoria, se trata así de un acto administrativo, sujeto a esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al impugnarse un acuerdo del Pleno Municipal convocado por su Alcalde”.

2.4.1. La Junta General.

El funcionamiento de la corporación, como junta general de la empresa se acomodada, en cuanto al procedimiento y a la adopción de acuerdos de las entidades locales, aplicándose las normas reguladoras del régimen de las sociedades anónimas en las restantes cuestiones sociales. En esta línea indica Lliset Borrell que “la adopción de acuerdos se someterá al principio de colegialidad, en los términos de la legislación local, en cuanto a convocatoria, quórum de constitución, régimen de debates, quórum de votación, publicación y comunicación de acuerdos”. Por ello sigue indicando el autor que “el régimen de impugnación de los acuerdos, que formara parte del procedimiento administrativo, no se regirá por la ley de sociedades anónimas, si no por el régimen jurídico-administrativo, concebido para la defensa del interés público y el respeto a los derechos privados.

Las juntas generales podrán ser ordinarias o extraordinarias.

- La junta general¹²² ordinaria, previamente convocada al efecto por los administradores, se reunirá necesariamente dentro de los seis prime-

¹²² SOCIAS CAMACHO,J.M Y BLASCO ESTEVE,A; *Derecho Local de las Islas Baleares*, IUSTEL, Madrid, 2014, pág. 212-213; El grupo político “X” solicita al Juzgado de lo Mercantil la convocatoria judicial de la junta general extraordinaria de socios de la entidad EMAYA S.A. La solicitud de convocatoria había sido previamente denegada por decreto de la Alcaldía. La Juez entiende que la revisión jurisdiccional de la denegación de la convocatoria de la Junta General corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y no a la mercantil, “Las sesiones de las Juntas Generales en este tipo de sociedades, atendido su carácter y naturaleza, no se rigen por normas privadas, sino por el derecho administrativo, y por ello los acuerdos adoptados pueden ser objeto de impugnación en vía administrativa y no en la privada”. Añade que “aún considerando que tuviéramos competencia para ello, resultaría también obligada la desestimación de convocatoria judicial de Junta por cuanto no se cumplen los requisitos legales exigidos por la LSA los solicitantes. No reúnen el requisito imprescindible de la titularidad de las acciones, ni mucho menos el porcentaje que supere el límite legal del 5%, necesario para tener legitimación activa en este proceso”. Acuerda la falta de Jurisdicción para conocer del presente asunto por corresponder a los Juzgados de la contencioso administrativo. La Audiencia Provincial Sección núm. 5 hace suyos los argumentos que desgrana la Juez en la resolución apelada y confirma que la revocación de la denegación de la convocatoria solo puede plantearse ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y que al ser EMAYA S.A. una sociedad anónima unipersonal, el 100% del capital social es titularidad del Ayuntamiento; por tanto los

ros meses de cada ejercicio, para censurar la gestión social, aprobar en su caso las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado. En cuanto a la junta general extraordinaria, será toda junta que no sea la prevista en el párrafo anterior para tratar cualquier otro tema.

En relación a la celebración y convocatoria de la Junta General ordinaria se ha publicado una Sentencia de la Sala Primera (de lo Civil) del Tribunal Supremo, de 3 de abril de 2003, que impone el criterio de que estas Juntas se han de celebrar necesariamente dentro de los seis primeros meses desde el cierre del ejercicio social para censurar la gestión, aprobar cuentas y balances del ejercicio anterior y resolver sobre la distribución de beneficios (artículo 95 LSA); cuando no han sido convocadas y celebradas en dicho plazo, si en momento posterior no son convocadas por la autoridad judicial, son nulas y por lo tanto sus acuerdos carecen de eficacia, con el consiguiente problema que ello puede producir en orden a la impugnación de acuerdos y su traslado al Registro Mercantil. Esta tesis que se separa de la mantenida por la Doctrina mercantilista¹²³ mayoritaria y de la práctica habitual, puede crear muchos problemas a las sociedades que no cumplan el referido plazo.

concejales no son titulares de las acciones y carecen de legitimación para solicitar la convocatoria de junta general.

¹²³Sobre esta cuestión de la impugnación de los acuerdos de la Junta General, LLLISET BORRELL, F.; “Los convenios interadministrativos de los entes locales” , Revista española de Derecho Administrativo nº67, julio-septiembre 1990, pág.389-400, “Las sociedades privadas...”, entiende que no se rige por la legislación mercantil, cuyo régimen está concebido para la defensa de los socios minoritarios, sino por el régimen jurídico-público que está concebido para la defensa del interés público y el respecto de los intereses privados. Así, para LLISET, los acuerdos de las Juntas generales podrán ser impugnados en los términos del art. 65 de la LBRL por la Administración del Estado, por la respectiva comunidad autónoma, los propios miembros de la Corporación y los titulares de Derechos e intereses legítimos. Pero el ámbito de conocimiento de los Tribunales contencioso-administrativos se reducirá a los aspectos de funcionamiento o principio de colegiabilidad. No existen aquellos administrativos separables de los actos mercantiles, pero sí aspectos mercantiles de fondo, ambos referidos a un mismo acto. Así este autor defiende la doctrina de los aspectos separables, paralela pero no coincide con la de los actos separables, construida en el seno de la teoría de los contratos de la Administración.

En relación al régimen jurídico de su convocatoria la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 542/2001, de 6 junio, es clara en el sentido de que ésta se debe ajustar a la normativa administrativa y ser enjuiciada su convocatoria de acuerdo con la misma y por el orden contencioso administrativo, ya que en su fundamento segundo, la primera cuestión a resolver debe recaer sobre la naturaleza jurídica de las sociedades anónimas municipales y en concreto de la entidad Gestión del Suelo de Oviedo S.A. (GESUOSA), toda vez que del pronunciamiento que sobre este punto se haga se derivará la existencia o no de un acto administrativo recurrible y la Jurisdicción competente para conocer del mismo, motivos invocados por las partes demandadas como causas de inadmisibilidad del recurso por inexistencia del acto administrativo impugnado y falta de jurisdicción de este Tribunal para conocer del mismo conforme a lo previsto en los apartados a) y c) del artículo 82 de la Ley reguladora de 1956 (RCL 1956, 1890 y NDL 18435), al entender que se trata de una sociedad anónima municipal que se rige por las normas del derecho privado y sujeta a la jurisdicción civil. En el presente caso nos encontramos ante una sociedad anónima de carácter municipal, en la que todo el capital y único socio titular lo es la corporación municipal, que persigue la prestación de servicios municipales en cuanto afecten a todo lo relativo al suelo, cuya Junta General es asumida por el pleno de la corporación y en la que la convocatoria, constitución, procedimiento y adopción de acuerdos se regirán por las normas que regulan las sociedades anónimas, según resulta todo ello de sus propios estatutos, en consecuencia, el régimen aplicable por los mismos viene determinado por sus propios estatutos y por la Ley de sociedades anónimas. En concreto el artículo 85 de la LBRL contempla a la sociedades mercantiles, cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad local, como uno de los medios de gestión directa de los servicios públicos, el artículo 103 del Texto Refundido de las Disposiciones en Materia de Régimen Local, en el que se dice se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles, artículos 89 y ss del Reglamento de Servicios que asimismo remite en su forma de actuar a las normas legales que regulan las compañías mercantiles, con las adaptaciones pre-

vistas en este Reglamento, señalando su artículo 92 que el funcionamiento de la Corporación constituida en la Junta General de la empresa se acomodará en cuanto al procedimiento y la adopción de acuerdos, a los preceptos de la Ley y el ROF aplicándose las normas reguladoras de las Sociedades Anónimas de las restantes cuestiones señaladas.

De cuanto antecede resulta la existencia de una regulación mercantil de las relaciones de la sociedad anónima municipal con terceros, en tanto que en su relación interna, socios-concejales de la corporación municipal titular de la sociedad, así como en materia de contratación en la que prima el servicio público encargado de gestionar, se halla sujeto al orden administrativo, pues aunque se trate de entidades mercantiles, se hallan sujetos a un régimen específico como la titularidad municipal única del capital social, el fin perseguido, distinto del ánimo de lucro mercantil, la constitución de la junta general por el pleno municipal, cuyo presidente y secretario serán los del ayuntamiento o en quienes éstos deleguen y ello es así porque se impugna un acuerdo del pleno del ayuntamiento, actuando como Junta¹²⁴ general de la sociedad anónima, en base esencialmente a una deficiente convocatoria acordada por el alcalde de la corporación por no motivar la resolución y no aportar la documentación relativa a la convocatoria. Se trata así de un acto administrativo, sujeto a esta Jurisdicción contencioso administrativa, al impugnarse un acuerdo del pleno municipal convocado por su Alcalde”. En relación a las retribuciones¹²⁵ de la junta general y, también, del consejo de administración, el artículo 13 del reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades (ROF), presenta determinados regímenes de incompatibilidades de orden retributo con

¹²⁴ El art. 257.1.a) del TR de la Ley municipal de Catalunya, también contempla que la junta general de estas sociedades será asumida por el Pleno del ente local. Lógicamente, el mismo criterio se contempla en el art. 220 de ROAS cat., si bien admite que los Estatutos prevean 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 de voto en función de los grupos políticos que lo integren.

¹²⁵El art. 103 bis de La Le27/2013 y de Racionalización y sostenibilidad de la administración local, introduce limitaciones al personal laboral en su masa salarial, así como en las retribuciones en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público local, y número máximo de miembros de los órganos de gobierno (Apartado 35 modifica la Disposición Adicional 10ª)

cargo a los presupuesto de las administraciones públicas y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes, fundamentalmente cuando se tiene dedicación exclusiva. En concreto dispone lo siguiente: Los miembros de las corporaciones locales tendrán derecho a percibir, con cargo al presupuesto de la entidad local, las retribuciones e indemnizaciones que correspondan, en los términos que se determinan en los párrafos siguientes. Sólo los miembros de la Corporación que no tengan dedicación exclusiva percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los organismos colegiados de que formen parte, en la cuantía que señale el Pleno de la misma. No obstante, todos podrán percibir esta clase de indemnizaciones cuando se trate de órganos rectores de Organismos dependientes de la Corporación local que tengan personalidad jurídica independiente, de consejos de administración de empresas con capital o control municipal o de Tribunales de pruebas para selección de personal.

2.4.2. El Consejo de Administración.

En relación a la regulación que del consejo¹²⁶ de administración hace el RSCL es donde nos encontramos mayor polémica en la doctrina y, como ya se ha indicado de acuerdo con la Ley 57/2003 de modernización de las corporaciones locales, que reforma la Ley de Bases y será la propia corporación la que determine sus componentes. No obstante ello, como también se ha indicado, es necesario que este criterio ya apuntado por la doctrina sea corroborado por la jurisprudencia y la DGRN, que ha considerado vigentes, hasta ahora, dichas

¹²⁶ ALFONSO UREBA, A, “La Sociedad Mercantil”, respecto al Consejo de Administración, señala que se trata de un órgano de la sociedad municipal sobre el que más dudas y problemas se van a presentar. En primer lugar, se plantea la cuestión de la posible vinculación o no de los miembros del Consejo de Administración a la Corporación local que los nombró; de lo que, en definitiva, se trata es de saber si existe o no una facultad del ente público-socio para dar órdenes o instrucciones a dichos consejeros. Esta duda se plantea, en parte, por el tenor literal de los art. 108 del RSCL y del 104.3 del TRRL. En el primero de ellos se alude a “los representantes que correspondan a la Corporación den los órganos de Administración”. En el segundo, “quienes representan a la Entidad local”.

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

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

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

En relación a su responsabilidad, la LSA determina un sistema bastante duro, estableciendo un principio de responsabilidad solidaria de los componentes¹²⁷ del consejo, por ello es habitual, en la actualidad, la suscripción de un

¹²⁷ En relación con esta cuestión, se decanta por la primera interpretación la STSJ de Canarias de 18 de julio de 1997 (Sala de lo contencioso administrativo, sentencia núm. 485/1997, que indica que dicha proporcionalidad no es ni legal, ni necesaria, En concreto, en su Fundamento de Derecho Tercero afirma lo siguiente: “En cuanto al fondo, el recurso no puede acogerse según entiende la Sala. En efecto, éste se basa en que el Consejo de Administración ha de guardar la proporcionalidad política del Pleno, y ello por analogía con la proporcionalidad que es exigible constitucionalmente en las comisiones informativas que se formen en la Corporación, como consecuencia de las facultades integradas en el derecho fundamental al ejercicio de la función pública en términos de igualdad. Sin embargo, no existe la identidad de razón que es preciso para aplicar a la composición del Consejo de Administración de una sociedad mercantil de capital público municipal la proporcionalidad política del Pleno, y ello porque no cabe asimilar una sociedad mercantil, aunque sea de capital exclusivamente público y constituida para la gestión directa de un servicio público, a los órganos administrativos que componen el Ayuntamiento, ni desde luego, cabe equiparar a los Concejales a los accionistas de una sociedad, y ello aunque aquello formen parte de la Junta General como miembros de la Corporación, pues en las sociedades públicas municipales el accionista es la entidad local correspondiente y no los Concejales, esa falta de identidad de razón se deriva además de la propia naturaleza de las sociedades mercantiles, públicas como personas jurídicas distintas de la entidad local, sociedades que integran entes de naturaleza privada que actúan en el tráfico jurídico equiparadas a sujetos privados y regidos por el Derecho civil y mercantil; no hay, en el caso de las sociedades mer-

seguro de responsabilidad civil que cubra esta contingencia. En concreto, el artículo 133 dice: “Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Por ello responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente, para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto, o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general”. Respecto a su retribución, deberá constar expresamente establecida en los estatutos, debiendo entenderse, de acuerdo con el artículo 13.6 del ROE, que los miembros de las corporaciones locales, aun cuando perciban retribuciones por dedicación exclusiva, si bien no podrán obtener un segundo “sueldo”, sí “podrán percibir esta clase de indemnizaciones cuando se trate de órganos rectores de organismos dependientes de la corporación local que tengan personalidad jurídica independiente, de consejos de administración de empresas con capital o control municipal...”. Su nombramiento es personal e individual y así se hará constar en el acuerdo de nombramiento, debiendo el consejero aceptar expresamente el cargo. Esto es importante, ya que, aun cuando se nombren en atención a su cargo, su nombramiento es personal y continuarán en el mismo mientras no se revoque su nombramiento, aunque ya no ostente el cargo público.

El consejo quedará válidamente constituido cuando concurren presentes o representados la mitad más uno de los componentes, debiéndose adoptar los acuerdos por mayoría absoluta de los concurrentes. La delegación con carácter

cantiles de capital público municipal, personificación pública y no gozan, por tanto, del carácter de Administración pública. Siendo ello así en modo alguno cabe aplicarle un régimen, en cuanto a la composición de su Consejo de Administración, que está expresamente contemplado o admitido para unos órganos administrativos y públicos (las Comisiones Informativas).”

permanente de facultades en cualquier consejo delegado o en la comisión permanente requerirá voto favorable de las 2/3 partes de los consejeros y no producirá efecto alguno hasta su inscripción en el registro mercantil. El consejo de administración, de acuerdo con la Ley 39/75 y el RD, de 5 de agosto de 1977, deberá nombrar un letrado asesor cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.- Capital social igual o mayor de 50 millones.
- 2.- Plantilla de trabajadores fijos que exceda de 50.
- 3.- Volumen anual de negocios superior a 100 millones de ptas.

La doctrina mayoritaria plantea el tema, de si es necesario, mantener en el Consejo de Administración de una sociedad la misma proporción política que en el Pleno municipal, es decir, nombrar proporcionalmente el número de consejeros en función de los distintos partidos políticos. En el Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales, como se ha indicado, nada dice sobre si se debe guardar proporcionalidad alguna. Las teorías que han surgido debido a ello son las siguientes. La que pudiéramos denominar mayoritaria, que establece que no existe imposición alguna en relación a dicha proporcionalidad y que será la Corporación siguiendo el régimen de mayoría la que designará los que considere adecuados, concejales o no (en las proporciones establecidas) y de uno u otro partido, gobernante o no. Se basa ello en el hecho de que el consejo de administración es un órgano de naturaleza mercantil que tiene una finalidad de gestión de la empresa, no gozando de carácter público, y que por lo tanto el control político se realiza desde el pleno. Por el contrario, se ha pretendido, por algún autor, que el consejo de administración debe guardar la proporción política del pleno, y ello por la analogía con la proporcionalidad que es exigible a las comisiones informativas de la Corporación. No obstante estos planteamientos divergentes, la cuestión ha quedado zanjada tras la muy clara sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de justicia de Canarias de 18/07/1997, que indica que dicha proporcionalidad no es ni legal ni necesaria.

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

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

2.4.3. La Gerencia.

El Gerente¹²⁸. Es la persona que actúa como apoderado general o factor del consejo de administración. A diferencia de las sociedades mercantiles, en las que puede existir o no, en las sociedades municipales tiene carácter obligatorio. En el ámbito local, es el órgano que tiene atribuida las facultades de dirección y gestión cotidiana de la empresa municipal, correspondiéndoles entre otras funciones, la ejecución o impulso de los acuerdos sociales, planificación y coordinación de las actividades, el control de los servicios y las propuestas de mejora. Junto a las anteriores, les corresponden aquellas funciones que los estatutos de la sociedad le hayan reservado, en base a una experiencia y capacitación determinadas, destacando un perfil profesional, de carácter técnico, y que tratará de llevar a la práctica las medidas de control, supervisión y ejecución de las directrices marcadas por los órganos de representación y administración de la sociedad, incluido el consejero delegado, aunque puede haber solapamiento de facultades con este último, en función de lo determinado por los estatutos sociales. Con carácter general, su vinculación con la sociedad se produce mediante un contrato laboral de “alta dirección”.

Los arts. 91 y 94 del RSCL habilitan una delimitación estatutaria de las facultades, competencia, designación y funcionamiento de la Gerencia. A pesar

¹²⁸ Para entender mejor el carácter o naturaleza del Gerente, podemos acudir al Auto 206/1999, de 28 de abril, del Tribunal Constitucional que, en relación con la Dirección de la Fundación del Teatro Lírico, al hilo de determinar la posibilidad de la Administración de separar al Director de su cargo, afirma que “el hecho de tratarse de una relación jurídico laboral sometida a priori no a la normativa funcionarial (...) no significa que no se le deba aplicar ciertas reglas y principios del personal al servicio de las Administraciones Públicas, por ello, el puesto de Director General de la Fundación Teatro Lírico es uno más de los engranajes de la política cultura y de espectáculos de dos Administraciones (el Estado y la comunidad de Madrid), y, en esa medida, asimilable a los altos cargos o personal eventual confianza política”. Este Auto del Tribunal Constitucional conforma las resoluciones de los tribunales de lo Social, que habían rechazado el despido como improcedente, y se sujeta el régimen de cese de los altos cargos y el personal de libre designación. Esta doctrina de Alto Tribunal viene a determinar que la figura del Director, Gerente o Director-Gerente tiene la condición de personal directivo, encajado ello en la regulación contenida en el art. 13 Estatuto Básico del Empleado Público sobre personal directivo profesional y que sujeta a los mismos, cuando tienen la condición laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

de que se podría pensar en la posibilidad de que este órgano fuese colegiado, la práctica habitual lleva a la consideración de este órgano como unipersonal. Su elección, salvo disposición contraria de los estatutos de la sociedad, corresponderá al Consejo de Administración, ya que el art. 92.2 no atribuye tal función a la Junta general. Lo normal es considerar que las facultades de la Gerencia son las de dirección de la empresa, ejecución de acuerdos dentro de las normas estatutarias, y las que le haya delegado el Consejo.

2.4.4. El Personal al Servicio de las Sociedades.

Al ser las entidades instrumentales de carácter mercantil propiedad de la administración, pero no administración, el personal no se halla vinculado por una relación funcionarial sino laboral. En consecuencia, en principio, las relaciones que se susciten entre trabajador y empresa con motivo de la relación que les une se rigen por el Derecho Privado, y por tanto los trabajadores son contratados con sujeción a la normativa laboral¹²⁹, conociendo de estas relaciones los órganos competentes de la jurisdicción social. No se exige el respecto a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, pues la relación laboral puede concentrarse con carácter directo y particular, estableciendo la propia empresa sus criterios de selección. Esto es así pues la política de recursos humanos en las empresas públicas es diferente a la de la Administración, ya que deben de priorizarse principios de disponibilidad, especialización, eficacia, etc.

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

Analizaremos el siguiente aspecto:

¹²⁹Esta doctrina sostenida por el Tribunal Constitucional es expuesta y analizada en LOMO CASANUEVA, T, *El personal al servicio de las Sociedades Públicas Locales*, El Consultor de los Ayuntamientos, núm. 12/2011, que recoge, a su vez, una posición crítica con esta conclusión jurisprudencial. En concreto, recoge una apuesta por que exista un régimen jurídico especial y propio del directivo público en el ámbito laboral.

El Carácter de laboralidad de los empleados de las referidas empresas. El Auto de 5/94 establece, en sus fundamentos de Derecho 3º y 4º, que el actor presta sus servicios (en lo que aquí interesa) en una Empresa Nacional (la “Carbonífera del Sur S.a”-ENCASUR-), y por lo tanto es un trabajador sometido al Estatuto de los trabajadores, tal como se deduce claramente del artículo 91 de la ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958, a cuyo tenor “las empresas nacionales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil y laboral, por lo que concluye que no hay ninguna duda; la relación del señor H.L. con la Empresa Nacional “Carbonifera del Sur, S.A.” es una relación de carácter laboral, y no de carácter funcionarial. En esta misma línea la Sentencia de 29-03-99, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, indica que aun cuando una empresa pública para contratar a su personal acuda al sistema de convocatoria pública con el objeto de garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad de los aspirantes, no quiere decir, en modo alguno, que resulte equiparable a la administración pública, al igual que tampoco lo hace el hecho de celebrar una serie de pruebas teórico/prácticas para acceder a la plaza. En relación a los incrementos salariales de su personal, ha establecido el Tribunal Supremo que predominan los límites establecidos en las distintas leyes de presupuestos sobre los pactos específicos o convenios colectivos. En concreto, la sentencia 18/11/94, de la Sala de lo Social, indica que la cuestión que discute consistente en determinar si resulta aplicable a los trabajadores de la empresa “Municipal de Recaudación de Málaga, S.A.” los incrementos salariales establecidos en los Presupuestos del Estado para el año 1993 o si, por el contrario, deben prevalecer los contemplados en el Convenio Colectivo de la indicada empresa, superiores a los oficiales. Dicha cuestión ha de ser resultante a la luz del criterio que sobre esta materia han venido manteniendo la doctrina del extinguido Tribunal Central del Trabajo, así como de diferentes Sañas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia. Al respecto, hemos de indicar que las sucesivas Leyes Presupuestarias establecen, con fórmula casi idéntica, que la masa¹³⁰ salarial del personal laboral de los entes del sector pú-

¹³⁰ Art. 103 bis; Masa salarial del personal laboral del sector público local. Las Corporaciones

blico experimentarán un incremento global máximo que allí se fija respecto a las vigentes en los respectivos ejercicios anteriores, preceptos estos que contienen una norma de carácter imperativo que obliga a los organismos públicos de la Administración a modificar el incremento retributivo pactado en el convenio, el cual queda sustituido para los trabajadores del sector público incluidos en su ámbito por el porcentaje máximo impuesto por la correspondiente Ley de Presupuestos para el ejercicio de que se trate.

2.4.5. Suscripción y desembolso de capital. El capital social.

El art. 12 de la LSA establece que no podrá constituirse sociedad alguna que no tenga su capital suscrito totalmente y desembolsado en una cuarta parte, por lo menos, del valor nominal de cada una de sus acciones. Esta regla general está excepcionada para las sociedades pertenecientes a alguna Entidad local. Así, el art. 89.3. del RSCL determina que el capital de estas sociedades deberá ser íntegramente desembolsado desde el momento de la constitución, pues bien, si la excepción, en principio, rige para cualquier sociedad municipal, de la misma hay que excluir el caso de las sociedades municipales de gestión urbanística. Ello porque, además, el art. 6.3. del RD 1169/1978 especifica que “*podrá convenirse el desembolso parcial de las acciones con un límite mínimo de la cuarta parte del capital suscrito, y estableciéndose en los estatutos el modo en que han de satisfacerse los dividendos pasivos*”. Por tanto, en definitiva, para las sociedades municipales de gestión urbanística rige la regla general de la LSA que obliga a la suscripción total de las acciones pero que permite el desembolso de sólo una cuarta parte del valor nominal de cada una las acciones.

La referencia al capital social debe expresar el número de acciones en que esté dividido, el valor nominal de las mismas, su categoría o serie, si exis-

locales aprobarán anualmente la masa salarial del personal laboral del sector público local respetando los límites y las condiciones que se establezcan con carácter básico en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Ley 7/1985 modificada por la Ley 27/2013 de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

tiesen varias, y si son nominativas o al portador¹³¹. El capital mínimo exigido es de 10 millones de pesetas. Las acciones suscritas por la entidad son bienes patrimoniales o propios de la misma, en cuanto susceptibles de producir ingresos para el erario de la entidad y siempre que no estén destinadas a uso público ni afectadas a un servicio público, según la definición que da el art. 6 del Reglamento de Bienes, y análogamente a lo que prevén los arts. 100 y siguientes de la Ley de Patrimonio del Estado¹³². No hay que confundir estos bienes de la entidad con los bienes que constituyan el patrimonio propio de la sociedad¹³³ sobre los que solo ésta, y por los mecanismos sociales legalmente establecidos, puede disponer¹³⁴. Sólo los órganos de la sociedad y por los medios previstos en la LSA pueden actuar sobre el patrimonio social, que es independiente del de la Corporación¹³⁵. Cabe que la Entidad local, junto al capital, realice aportaciones in natura para la constitución de la sociedad. Los arts. 109.2 del RSCL, 104.2. del TRRL y el 23 del RGU parecen habilitar tal posibilidad¹³⁶. Además, la remisión de los arts. 89.3 del RSCL y 103.1 del TRRL a la legislación mercantil, en la que no hay impedimento para ello, permite considerar posible este

¹³¹En este tipo de sociedades, por su carácter público, lo normal es que las acciones sean nominativas.

¹³² En este sentido. ALONSO UREBA, A., “La sociedad mercantil...” quien recurre a la legislación de diferentes Comunidades Autónomas que ratifican esta calificación. Madrid 2001, pág. 157.

¹³³El capital social es la cifra o cantidad que, como tal, figura en los estatutos de la sociedad. En cambio, el patrimonio es el conjunto de Derechos y obligaciones de valor pecuniario que pertenecen a la sociedad. Ambas cifras, en el momento de constituirse la sociedad el patrimonio se incrementará o disminuirá permaneciendo el capital inalterable.

¹³⁴ En este sentido, ALONSO UREBA, A., “La sociedad mercantil,” se refiere al error del RSCL de aludir a que “el capital pertenezca íntegramente a la Entidad local”. Se trata de un supuesto imposible, ya que la titularidad se da de las acciones, no del capital. El TRRL, ha subsanado en parte el error al establecer que “el capital deberá ser aportado íntegramente por la Entidad local”. Para este autor, la expresión más correcta es decir que el capital sea suscrito íntegramente por la Entidad local.

¹³⁵En este sentido, DUQUE DOMINGUEZ, J., *Protección de los derechos del accionista, Derecho de sociedades anónimas, II, Capital y acciones*, vol. I, Madrid, 1994, pág. 33.

¹³⁶ Igualmente, el art. 23 del RGU establece que la “Administración competente podrá entregar a las sociedades urbanizadoras las concesiones de servicio convenientes, a fin de que con su explotación obtengan la retribución de la obra urbanizadora”.

supuesto¹³⁷. Para las sociedades municipales de gestión urbanística, la posibilidad de aportaciones in natura está especialmente prevista en el art. 6.1. del R.D. 1169/1978; “las aportaciones sociales podrán hacerse en dinero o en cualquier clase de bienes y Derechos valorables en dinero”. El número 2º de este art. 6, en lo que hay que considerar vigente¹³⁸, establece la posibilidad de que la Administración ofrezca a todos los propietarios afectados por una actuación urbanística una parte de capital; lógicamente, la distribución de dicha parte del capital entre los propietarios que aceptasen participar en la sociedad se hará en proporción a la superficie de los terrenos, posibilidad recogida, actualmente, en el art. 147 del TRLS. Sobre estas cuestiones de capital, por último, decir que los mayores problemas que se plantean a las sociedades municipales de gestión urbanística en relación a las aportaciones in natura se refieren, principalmente, a la cesión de bienes patrimoniales, esencialmente del patrimonio municipal del suelo, cuestión a la que, posteriormente, dedicaremos mayor atención¹³⁹.

2.4.6. Extinción de las sociedades disolución y liquidación.

El art. 7 del RD 1169/1978 contiene unas determinaciones específicas en relación con las sociedades municipales de gestión urbanística. Conforme al

¹³⁷En este sentido ALONSO UREBA, A., *La sociedad mercantil*. Pág.1332: Sobre esta posibilidad. ALCOVER GRAU, G., “Aproximación al régimen jurídico de la sociedad de capital local”, RAP nº.134, 1994, señala que al ser el patrimonio social la única garantía de los acreedores, se establecen en el caso de aportaciones no dinerarias un conjunto de cautelas para garantizar tanto su correcta valoración como el que los bienes aportados constituyan un patrimonio idóneo para responder del cumplimiento de las obligaciones asumidas por la sociedad frente a terceros acreedores.

¹³⁸No consideramos vigente la referencia que hace el primer inciso de este número segundo del art. 6, en el que se establece que “las Corporaciones locales podrán hacer sus aportaciones con cargo al presupuesto especial de urbanismo previsto en el art. 194 de la Ley del Suelo, tanto para obras de urbanización como para formación de patrimonio del suelo”. La figura de los presupuestos especiales de urbanismo aparece con el art. 192 del Texto Refundido de 1976. Esta figura desaparece con la Ley 40/1981, de 28 de octubre, sobre régimen jurídico de las Corporaciones locales (art. 12)

¹³⁹La materia de las aportaciones no dinerarias se encuentran regulada en los arts. 38 y 39 de la LSA y 133 del RRm.

mismo, la sociedad podrá crearse conforme a las siguientes modalidades dependiendo de su duración:

- a) Por el tiempo necesario para cumplir su objeto. Así, si el objeto en la actividad urbanizadora para la ejecución de un Plan concreto, el tiempo que dure la total ejecución de la obra urbanizadora; si el objeto es la ejecución de determinadas obras de infraestructura, la realización de éstas, etc.
- b) Por plazo cierto. En este caso, el número 2º del art. 7 contempla la posibilidad de que este plazo cierto pueda ser prorrogado con los requisitos establecidos en los estatutos o en la Ley de Sociedades Anónimas, previos los acuerdos o autorizaciones necesarios para su constitución.
- c) Con duración indefinida¹⁴⁰. El artículo objeto de comentario, en el inciso segundo del número 1º, establece otra regla específica para las sociedades públicas de gestión urbanística que entendemos no afecta a nuestro objeto de estudio. Este precepto determina que “cuando participen Entes locales, el plazo máximo será el que establezca la legislación local”. La única ocasión en que la legislación local remitida contiene referencia al tema de los plazos es para los casos de prestación indirecta de la actividad, con la única excepción de los servicios concedidos, por lo que, en relación a la prestada en régimen de sociedad mercantil, afecta a las sociedades mixtas. Se trata de los arts. 108 del TRRL y 111 del RSCL, que establecen un plazo máximo de cincuenta años. Para el supuesto de gestión urbanística, no existe determinación alguna de plazo en la legislación local, no rigiendo, por tanto, para ellas la precisión establecida en el art. 7.1. del RD 1169/1978.

¹⁴⁰Para SANCHEZ PEDROCHE, J.A., *la financiación de las Provincias*, capítulo La Tributación, pág. 102, n.º.191; lo normal en este tipo de sociedades es que su duración sea indefinida, salvo en el caso de gestión y explotación de los servicios resultantes de la urbanización, donde la vida de la sociedad vendrá determinada por el plazo de la concesión

Dicho esto en relación a la duración de la sociedad, toca ahora referirse al supuesto de la disolución de la misma. El art. 98 del RSCL establece una serie de causas generales de cese de municipalizaciones que, por tanto, son las que regirán para el cese o disolución de la sociedad local, en los casos expresamente previstos en los actos constituyentes, por resultar más desventajoso para los usuarios que el régimen de libre iniciativa privada o el de gestión directa; como consecuencia de pérdidas que reduzcan el capital a su tercera parte¹⁴¹, por quiebra de la empresa¹⁴², por imposibilidad material de realizar el fin previsto y en cualquier tiempo, por acuerdo de la Corporación, adoptado con el quórum de las tres cuartas partes del número legal de sus miembros.

Además de estos supuestos, nada impide que, igualmente, rijan la causas de disolución previstas en la LSA (arts. 260 ss)¹⁴³.

Bajo nuestro punto de vista, lo lógico, dada la amplitud con que se expresan los artículos de la LSA, es que los estatutos recojan alguno de los supuestos previstos en la legislación general de sociedades. Además, entendemos que no sería posible que los estatutos de las mismas previniesen supuestos distintos a los contemplados en la Ley de Sociedades Anónimas¹⁴⁴.

¹⁴¹ En la actualidad, el art. 103.2 del TRRL, modifica esta cuestión estableciendo que la disolución tendrá lugar cuando las pérdidas excedan de la mitad del capital social.

¹⁴² Una cuestión muy interesante en relación a toda esta materia es la de la responsabilidad de los administradores y del ente matriz de la que en este momento no podemos dar cuenta. Sobre esta cuestión puede verse LUZON CANOVAS, A., “Los caudales de las empresas públicas como posible objeto del delito de malversación”. En Actualidad Aranzadi, núm. 276, 1997, pág. 1-6

¹⁴³ No lo entiende así GONZALEZ PEREZ, J, Comentarios..., cit. pág. 1149; para el que lo decisivo en estas sociedades es el acto de constitución del órgano competente, tanto para el acto de constitución como para el día de su extinción. Por lo que, para el referido autor, no son aplicables las causas generales de disolución de la LSA, salvo que las mismas hayan sido acogidas en el acto de constitución y en los estatutos.

¹⁴⁴ La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1987 (RA 3802), aunque referida a empresas mixtas, insiste en el predominio del régimen jurídico privado sobre el público para el caso de las sociedades municipales “las empresas mixtas constituidas en forma de sociedad mercantil, según dispone el art. 103, del RSCL, para la gestión.

Por último en lo que se refiere a la liquidación de la sociedad, el art. 8 del RD 1169/1978 realiza algunas precisiones. Conforme al mismo, la liquidación de las sociedades, en caso de extinción, se realizará en los términos previstos en los estatutos, o conforme a lo dispuesto en la Ley de Sociedades, en su caso, en el ordenamiento jurídico local. En este sentido, el art. 111.2 del RSCL, aunque referido a sociedades mixtas, establece que “expirado el período que se fijare, revertirá a la entidad local su activo y pasivo y en condiciones normales de uso todas las instalaciones, bienes y material integrante del servicio”¹⁴⁵. No obstante esta regulación general, se establece una especial para el supuesto de concesiones de obras y servicios, en las que se aplicarán las reglas sobre extinción contenidas en los respectivos títulos y en las normas que los regulen.

¹⁴⁵En relación a la disolución de la sociedad, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1987 (RA 3802), citada con anterioridad, declara la nulidad de los acuerdos municipales por los que un Ayuntamiento trató de poner fin a la “municipalización” de servicios de ordenación urbanística y disolver la empresa mixta...

CAPÍTULO 3.- LIMITES EN LA CONTRATACIÓN DE LAS SOCIEDADES MUNICIPALES URBANÍSTICAS; DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PODER ADJUDICADOR.

Queremos manifestar de entrada, que el título del capítulo III puede parecer al lector algo aislado y sin conexión al concepto principal del trabajo de investigación. Nada más lejos de la realidad, defensa de la competencia, poder adjudicador y los principios de contratación de los poderes adjudicadores que no son administración pública, van íntimamente conectados, en la medida en la que hemos evolucionado hacia un derecho europeo en materia de contratación pública. El estudio de la competencia en relación a las sociedades urbanísticas y los operadores privados inmobiliarios que actúan en el mercado es clave para entender porque las mismas pueden actuar sin vulnerar el principio de libertad de empresa, prestando una actividad económica en el ámbito local, como la urbanística, sin régimen de monopolio, y no vulnerando los principios de competencia desleal. Sí realmente pueden actuar en el mercado inmobiliario, con operadores del sector privado, está claro que la actividad urbanística, como puede ser abaratar los precios de suelo, agilizar la tramitación de proyectos de urbanización, y reparcelación, así como incluso realizar la actividad de fomento a través de la gestión del patrimonio municipal del suelo, promocionando viviendas de protección oficial, está totalmente justificada por motivos de interés general. Interés general que ha servido para justificar la existencia y la actividad de las empresas urbanísticas, así como ha sido el denominador común para delimitar las actividades que pueden realizar las sociedades urbanísticas y por lo tanto englobarlas, no en función de la forma mercantil en la que se constituyen sino en la actividad realizada, que no es otra que la urbanística por motivos de interés general. Ello ha servido para que el derecho europeo considere que las sociedades mercantiles no estaban reguladas en nuestro ordenamiento jurídico de manera detallada en el ámbito subjetivo, haciendo mención nuestra legislación a los principios de publicidad y concurrencia, sin embargo ahora las mismas tienen el concepto de poderes adjudicadores que no son ad-

ministración pública, porque recordemos que todas las administraciones públicas son poderes adjudicadores pero no todos los poderes adjudicadores son administración pública. La relación entre defensa de la competencia, amortiguada por el interés general, poder adjudicador y principios de contratación, son conceptos que deben estudiarse en este capítulo, conjuntamente.

La doctrina del Tribunal Constitucional, en relación al principio de igualdad, que se estudiará en profundidad en este capítulo en relación a las sociedades municipales urbanísticas, confirma que es necesario *analizar sector por sector, para comprobar la constitucionalidad o no de las especiales posiciones de las mismas. Así de nuevo, tendremos que acudir al listado de actividades que pueden llegar a desarrollar las mismas, para comprobar en cuáles de ellas es razonable, objetivo y proporcional las especialidades que el ordenamiento jurídico les reconoce en función de los objetivos constitucionales a cumplir.*

La reconducción de la actividad de las sociedades municipales urbanísticas, en relación a los principios constitucionales es consecuencia de un principio básico y fundamental, que desde nuestro punto de vista debe experimentar toda la actuación en el mercado, que no es otro que el *principio de especialidad*. Conforme al mismo el ordenamiento jurídico reconoce a este tipo de sociedades una especial posición en el mercado inmobiliario, a condición del cumplimiento de unas funciones muy concretas que el poder público ha considerado merecedor de ellas. En estos ámbitos según señala Arana García de interés general, el derecho de la competencia pierde gas y debe relativizar su, por otro lado, creciente fuerza. Fuera de ellos, no cabe admitir privilegios ni desigualdades en la actividad económica, estén o no amparados en normas de carácter legal y provengan o no de actuaciones de los poderes públicos.

3.1. La defensa de la competencia como contenido esencial de la libertad de empresa.

El concepto de defensa de competencia, no aparece de forma clara y expresa en la Constitución Española de 1978. La única referencia, dentro del bloque de constitucionalidad se encuentra en diversos estatutos de autonomía, al establecer que las respectivas comunidades autónomas asumen competencia exclusiva en comercio interior y defensa de los consumidores, sin perjuicio de la defensa de la competencia¹⁴⁶. No obstante esta ausencia, es evidente que la institución de la libre competencia, está presente en nuestro sistema jurídico y su reconocimiento, debe buscarse, implícitamente en la constitución económica del mismo. Pertenece, además al llamado orden público económico, expresión jurídica que designa aquellos principios organizativos de la actividad económica de un país a los que su ordenamiento jurídico atribuye eficacia normativa. No se refiere a esa noción a todos los principios que configuran el sistema económico constitucionalizado, sino que alude, más bien, al conjunto de reglas mínimas que estiman esenciales para el desarrollo de la vida económica del país en un momento dado. Pensamos que la defensa de la competencia trasciende de la misma para convertirse en reflejo y materialización concreta en el ámbito económico de dos valores supremos del orden constitucional: Los de libertad e igualdad. Todo ello trasladado al problema, que se plantea, en sede de contrata-

¹⁴⁶Destacan el papel fundamental de la defensa de la competencia en la economía de mercado todos los autores que se han ocupado de la materia, incluso aquellos que parten de posiciones más favorables a la intervención pública económica. Vid., entre otros, LOPEZ GARRIDO, D., *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid, Tecnos, 1986, p.73. En parecidos términos, DE JUAN ASENIO, O., *La Constitución económica española. Iniciativa económica pública versus iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Madrid. Centro de estudios constitucionales, 1984, p.146. El propio consejo de estado ha indicado que la competencia es “conditio facti del mercado, indispensable para asegurar la concurrencia en libertad de los elementos personales implicados en él e indirectamente de los legítimos intereses perseguidos por éstos”. CONSEJO DE ESTADO, “Recopilación de doctrina legal 1988” p. 7. Desde un punto de vista jurídico, se ha llegado a señalar que las vis expansiva del derecho de la competencia en estos momentos puede convertir a este sector del ordenamiento en “el centro del nuevo derecho, ordenamiento capaz de superar la dicotomía entre los derechos público y privado”, “CALVO CARAVACA, A y FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., “Reflexiones en torno al concepto y funciones del derecho de la competencia”, *Gaceta jurídica de la CEE y de la competencia*, 1993, Boletín 85”.

ción pública en referencia a sociedades municipales urbanísticas, y analizado por la jurisprudencia de los Altos Tribunales, fue precisamente la Sentencia del Tribunal Supremo en 1998¹⁴⁷ que analizaba la posible vulneración del derecho

¹⁴⁷ Así, en relación con el objeto social de estas sociedades se pronuncia la STS (sala de lo contencioso-administrativo, sección 4.ª), de 17 de junio de 1998 (recurso de apelación núm. 6568/1992), que resulta fundamental y una referencia obligada y que conoce de la impugnación de los Estatutos de la “Sociedad Municipal de Actuaciones Urbanas” de Valencia. En esta sentencia, el Tribunal Supremo considera procedente esta ampliación. También califica de improcedente la alegación de limitar su actuación a viviendas de coste reducido, porque no considera que exista violación de las reglas de la libre competencia. Con más detalle, esta Sentencia se manifiesta en los siguientes términos:

“El art. 3.3. del Real Decreto Legislativo de 9 de abril de 1976 inserta dentro de las competencias urbanísticas la ejecución y fiscalización de las obras de urbanización, y el art. 3.4.f) considera incluida dentro de las competencias de fomento de la edificación y uso del suelo la intervención en la construcción y uso de las fincas, completando el panorama lo dispuesto en el art. 6 del RD Ley de 14 de marzo de 1989, dictado precisamente con la finalidad de agilizar la gestión urbanística, al determinar que no será precisa la previa acreditación de la inexistencia o insuficiencia de la actividad privada para la creación de sociedades urbanísticas, así como tampoco el expediente de municipalización o provincialización de servicios, siempre que se trate de entidades en las que participen las Corporaciones Locales. Todas estas circunstancias apuntan claramente en contra de la rigurosa precisión de que su creación y funcionamiento hayan de justificar a priori la inexistencia de una actividad privada suficiente en el campo de la gestión y promoción de viviendas, funcionamiento que tampoco en modo alguno tiene por qué verse circunscrito a un tipo de calidad determinada de las mismas, cuando el art.3 del RD de 2 de mayo de 1978 ofrece a esta clase de sociedades un amplio campo para la renovación y remodelación urbana sin limitaciones cuantitativas de ningún tipo. En ese último sentido, pretender que las normas estatutarias de las sociedades urbanísticas han de circunscribir el objeto de su actividad al campo de las Viviendas de Protección Oficial, o de cualquier otro tipo de viviendas de tipo reducido carece de toda justificación” (F.3º).

Continúa (F.4º) la Sentencia citada afirmando:

“Constituye asimismo la base del razonamiento parcialmente estimado de la sentencia apelada (la insistencia) en la violación de las reglas de la libre competencia que puede suponer el admitir la actuación en el campo de la edificación y rehabilitación urbanas de este tipo de asociaciones, ya que gozan de privilegios de tipo informativo, fiscal y de dotaciones económicas, aparte de que la finalidad constitucional de participación de la comunidad en las plusvalías engendradas por la actuación urbanística de los entes públicos queda totalmente en entredicho, al no constar ningún mecanismo fiable de reversión de las mismas a su legítimo destinatario final. Esta Sala no puede compartir el criterio de la sentencia apelada, porque ninguna de semejantes circunstancias, considerada en relación con la función encomendada a este tipo de asociaciones, tiene realidad, o virtualidad suficiente, para suponer el quebrantamiento de las reglas que rigen la libre competencia en el mercado según la Ley de 20 de julio de 1963, ni tampoco la posterior de 17 de julio de 1989. La demanda formulada contra el acuerdo objeto de recurso contencioso responde más a una posible actuación preventiva contra posibles desviaciones de la finalidad perseguida a través de las constitución de las sociedades de actuación urbanística (la supresión de las ayudas públicas o ventajas financieras, adoptables por el Tribunal de Defensa de la Competencia, que prevé el art. 19 de la última disposición, puede ser un mecanismo

de la competencia que se producía por parte de una sociedad municipal de gestión urbanística dada la amplitud y ambigüedad de su objeto social. Por tanto, lo que se solicitaba a la jurisdicción contencioso-administrativa era la anulación del acuerdo municipal por el que se aprobaba la ampliación del objeto social de dicha sociedad pública. Como era de prever, el Tribunal Supremo no establece una relación directa entre amplitud de objeto social y vulneración del derecho de la competencia. Bajo nuestro punto de vista, no le faltaba razón a la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Valencia y a la Confederación Valenciana, para entender que la posición en el mercado de la sociedad municipal era privilegiada respecto a las sociedades privadas con idéntico objeto social. Sin embargo, la vía jurisdiccional escogida entiendo que no fue la más adecuada. Difícilmente un Tribunal puede corregir la apreciación o la concreción del interés público que lleve a cabo el poder público. En este caso, como decíamos, se estaría muy cerca de vulnerar el principio de división de poderes constitucionalmente garantizado ya que se inmiscuiría el poder judicial en un ámbito propio del ejecutivo.

Todavía contamos con el pronunciamiento más reciente en el que también tiene el Tribunal Supremo ocasión para pronunciarse sobre los problemas que plantea la posición de las sociedades públicas urbanísticas en el mercado de la gestión urbanística. Me refiero a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2002 (Ar 2625) que dado su contenido y su fecha merece la pena realizar más detenidamente. Esta Sentencia resuelve un Recurso de Casación deducido por la Unión Provincial de Empresarios de la Construcción de Huelva, contra la sentencia dictada con fecha de 15 de enero de 1996 por la Sala de

de corrección en el caso de que esta desviación se produzca efectivamente) que a la improcedencia de introducir una modificación en el art. 3.b) de los Estatutos sociales de la Sociedad Anónima Municipal de Actuaciones Urbanas de Valencia. Las Leyes sobre prohibiciones de prácticas colusorias o abuso de posiciones de predominio, tienden a asegurar el orden constitucional en el sector de la economía del mercado, pero no se oponen al lícito desarrollo de la gestión pública en una actividad de tan hondo sentido social como es el urbanístico, ni pueden impedir que se desarrollen legítimamente las finalidades, previstas en el Texto Refundido de la Ley el Suelo, el RD de 2 de mayo de 1978, o la Ley de Bases 7/1985”.

lo Contencioso-administrativo del Tribunal superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, que desestimó el recurso interpuesto por la citada Unión frente a los Acuerdos plenarios del Ayuntamiento de Huelva, que decidieron la cesión de un solar de propiedad municipal a la empresa Municipal de la Vivienda de Huelva, S.A.. La cuestión principal que aborda esta sentencia es la de la compatibilidad de cesión gratuita de solares municipales a las sociedades mercantiles municipales para la promoción de la vivienda con el principio de la libertad de empresa y de libre competencia. En principio, la resolución del Tribunal Supremo tendría que limitarse a analizar si un determinado municipio cedió gratuitamente conforme a derecho un solar a una sociedad municipal de gestión urbanística. Sin embargo, en vez de analizar si se cumplía o no con los requisitos y el procedimiento administrativo específicamente previsto para este caso, el Tribunal se eleva del caso concreto y analiza, muchas veces en términos estrictamente económicos, la posición de este tipo de sociedades en el mercado para decidir si se vulnera o no la libre competencia con la cesión gratuita de solares.¹⁴⁸ Lo primero que llama la atención, es que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se pronuncie sobre la vulneración o no de las reglas de la competencia en el libre mercado¹⁴⁹, utilizando o, mejor, aludiendo a instituciones propias de este sector del Ordenamiento como ayudas de Estado o posición dominante. No es este el sistema de defensa de la competencia que diseña nuestro sistema jurídico y no es, además, el Tribunal Supremo

¹⁴⁸Sobre todas estas cuestiones, y especialmente, sobre las relaciones entre sociedades públicas de gestión urbanística y el Derecho de la competencia puede verse el trabajo del profesor ARANA GARCIA, E., *Las sociedades municipales de gestión urbanística*, Edit. Marcial Pons, Madrid 1997. Pág. 245-294.

¹⁴⁹ El Diccionario de la RAE contiene hasta ocho significados distintos del término “mercado”. Este se concibe, en primer lugar, como la contratación pública en lugar destinado al efecto y en días señalados. En segundo lugar, se trata del sitio público destinado permanentemente, o en días señalados, para vender, comprar o permutar bienes o servicios. En tercer lugar, el Diccionario menciona la “conurrencia de gente en un mercado”. En cuarto lugar, se trata del conjunto de actividades realizadas libremente por los agentes económicos sin intervención del poder público. En quinto lugar, el mercado es el conjunto de operaciones que afectan a un determinado sector de bienes. En sexto lugar, se trata de una plaza o país de especial importancia o significación en un orden comercial cualquiera. En séptimo lugar, es el conjunto de consumidores capaces de comprar un producto o servicio. Y, finalmente, en octavo lugar, el mercado es el estado y evolución de la oferta y la demanda en un sector económico dado.

un órgano jurisdiccional con conocimientos técnicos suficientes como para aplicar instituciones o las técnicas propias de la libre competencia que necesita para su correcta utilización de criterios y complejos estudios económicos fuera del alcance de esta instancia jurisdiccional. Aunque la decisión final sea la de dar o no validez a un acuerdo municipal, esta no se adopta atendiendo a si se trata de un acto valido en cuanto a la forma o contenido; en el fondo la decisión de validez del acto se realiza utilizando una lógica jurídico-económica diferente a la que tiene que utilizar un órgano jurisdiccional contencioso-administrativo. En esta, como veremos, confusa resolución judicial existen dos partes claramente diferenciadas. En primer lugar TS realiza una serie de genéricas consideraciones sobre el papel de la iniciativa pública en la economía y los límites de está centrándose, fundamentalmente, en la problemática que plantean las sociedades mercantiles en mano pública. Estas consideraciones, en general, no hacen sino recordar algunas de las afirmaciones ya clásicas en este ámbito. En esta línea, la sentencia parte de la afirmación de que la gestión mediante una sociedad mercantil de funciones de promoción de la vivienda no puede considerarse, por sí misma, vulneradora del principio de libertad de empresa. Afirmación que tiene su fundamento en la interpretación sistemática de los artículos 38 y 128 de la CE¹⁵⁰

No cabe duda para el Tribunal Supremo de que, como regla general, la gestión mediante una sociedad mercantil municipal de funciones de promoción de la vivienda no sustrae a está de las exigencias del libre mercado. Sin embargo,

¹⁵⁰A partir de este momento el TS realiza una serie de afirmaciones algo más discutibles. Así, en primer lugar, basándose en el art. 6 del Real Decreto Ley de 14 de marzo de 1980, afirma que la participación de las Administraciones Urbanísticas en sociedades mercantiles no requiere expediente de municipalización o provincialización de servicios. Bajo mi punto de vista, el expediente de municipalización sí que sería exigible por cuanto tanto la LBRL y TRRL son dos normas posteriores que expresamente recogen y se refieren a este procedimiento administrativo sin establecer distinciones en función de la actividad a desarrollar. Tampoco parece acertada la calificación de la actividad de promoción y gestión de viviendas como servicio público, recordando la STS de 29 de septiembre de 1992, ya que se parte de un concepto de servicio público excesivamente amplio que jurídicamente tiene poca o ninguna trascendencia.

13. Ar 6988.

14. Ar 8853.

la libertad¹⁵¹ de empresa no es absoluta pudiéndose justificar desde su dimensión objetiva e institucional la existencia de reglas que limiten el ejercicio de dicha libertad limitaciones que tendrán que estar justificadas por razones de interés general. Es decir, en casos bien motivados por el interés público, la regulación del orden económico puede habilitar la creación y existencia de desigualdades jurídicas con claras y evidentes consecuencias económicas. Tradicionalmente no se ha puesto limitación alguna a la promoción de viviendas por parte de los promotores públicos, así los distintos patronatos y sociedades municipales han promovido todo tipo de vivienda. No obstante ello, se ha impugnado judicialmente por algunas asociaciones de promotores privados el hecho de que en los estatutos de estas sociedades puedan realizarse promociones no amparadas en la protección oficial, ya que estarían en contradicción con el principio del libre mercado y libertad de concurrencia en igualdad de condiciones.

3.2. El concepto de libre competencia, como limitación de las sociedades urbanísticas de suelo y vivienda.

Las Leyes sobre prohibiciones de prácticas colusorias o abuso de posiciones de predominio, tienen a asegurar el orden constitucional en el sector de la economía del mercado, pero no se oponen al lícito desarrollo de la gestión pública en una actividad de tan hondo sentido social como es el urbanismo, ni pueden impedir que se desarrollen legítimamente las finalidades previstas en el Texto Refundido de la Ley del Suelo, el R.D. de 2 de mayo de 1978, o la Ley de Bases 7/85. La simple circunstancia de añadir la edificación y rehabilitación urba-

¹⁵¹ VÁZQUEZ PITA, J.M; *La actividad urbanizadora como servicio de interés económico general*; INAP, Madrid, 2014, pág.34-35; Los derechos de libertad de empresa y de propiedad comparten un espacio instrumental común. De ahí la existencia de un halo de incertidumbre en la delimitación entre uno y otro derecho. En el ámbito urbanístico esta incertidumbre se convirtió paulatinamente en confusión, dado que la imposición a los propietarios de la obligación de costear y ejecutar la urbanización terminó siendo percibida como una facultad exclusiva del derecho de propiedad del suelo.

na” a las finalidades previstas específicamente en el art. 3ª del RD de 1978, entre las que ya figura, por precepto expreso legal, “la preparación de suelo y renovación o remodelación urbana”, no supone una indebida e imprecisa autorización de la actividad de la sociedad urbanística en el sentido preconizado por la sentencia de este Tribunal, de 10 de octubre de 1989), sino una concreción de las facultades, siempre con sujeción al R.D. que le pueden corresponder en orden a la fase final de promoción y gestión de viviendas, tal como la Memoria sobre modificación de los Estatutos defendió.

Ha de tenerse en cuenta que las limitaciones derivadas de la aplicación de las normas sobre libre competencia¹⁵² parten del presupuesto de una actividad que rompe el equilibrio económico derivado de la misma, y no son de aplicación al legítimo ejercicio de la intervención pública en el mercado. Por otra parte, la tesis mantenida en la sentencia de instancia de que la nueva redacción del artículo 3ºb) de los Estatutos de la Sociedad Anónima Municipal que son objeto de examen, ha de suponer una alteración de los límites fijados a su actuación en relación con el cumplimiento del apartado 5º del mismo artículo,

¹⁵² Preferimos contemplar la protección de la competencia como el contenido objetivo del derecho recogido en el art. 38 CE, antes que como una garantía institucional, por los problemas que esta última plantea y que se han señalado ya *supra*, en el cap. 1, apdo.3. Esta opinión es también mantenida por CIDONCHA, A., p. 152, 374Vid. En cualquier caso, las opiniones al respecto de . SCHLIESKY, U., *Öffentliches Wettbewerbsrecht*. P. 192 “Über Notwendigkeit”, en el que se inspira la argumentación recogida arriba en el texto. Este autor rechaza no obstante que la competencia efectiva o practicable sea el bien jurídico que protege el contenido objetivo de la libertad para competir. La protección de la institución sigue a la protección individual, afirma SCHOLZ. R, El Derecho (objetivo) de la competencia es un desarrollo del art. 38 CE, opina VICENT CHULIÁ, F. *Introducción*. La competencia es expresión de la autonomía privada, señala W.LÓWER “Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber”, VVDStRL, núm 60,2001. Su fundamento se encuentra en la libertad de la actividad económica de todos los participantes en el mercado, afirma K.H. FEZER, “Verantwortete Marktwirtschaft”, *JZ*. Para MASSAGUER, J., la CE establece un sistema económico organizado y ordenado por la competencia económica a través del reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. La libre competencia va ínsita en la libertad de empresa, señala la STS de 22 de abril de 1996 (RJ 1996/3264), FJ 6ª. A la dimensión institucional de la libre competencia como principio constitucional garantizado por el art. 38 CE, alude GÓMEZ-REINO, E., y CARNOTA, “El arbitraje administrativo en el Derecho de la Competencia”, *RAP*, núm. 162, 2003. Una opinión distinta a la sostenida en el texto puede encontrarse no obstante en BAÑO LEON, J.M., *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGRAW-HILL, Madrid, 1996. Pág. 31-32

carece de fundamento, porque cualesquiera que sean las actividades desempeñadas por dicha sociedad al amparo de sus Estatutos, quedarán siempre condicionadas al cumplimiento de lo que impone dicho precepto, siendo necesario que la adjudicación de las obras a realizar se verifique por el sistema de libre concurrencia, sin que en ningún caso puedan ser ejecutadas directamente por la sociedad urbanística. Y de igual modo han de considerarse los supuestos privilegios de poder ser beneficiario¹⁵³ del acuerdo de expropiación o de gozar de información privilegiada, ya que beneficiario de la facultad de expropiación puede serlo cualquier persona, natural o jurídica, que reúna los requisitos legales para ello (artículo 2º.3 de la Ley de 16 de diciembre de 1954), debiendo recordarse, igualmente, que el artículo 55 de la llamada Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 determina la total publicidad de los Planes Urbanísticos y demás instrumentos de planificación, con sus obras, catálogos, ordenanzas y proyectos, de suerte que cualquier ciudadano puede tener acceso a los mismos. Por último, la mayor facilidad para obtener recursos procedentes del Ente Local que forma parte de la sociedad anónima municipal, no supone sino una natural consecuencia del origen del capital de dicha sociedad y que no constituye sino una de las posibles formas de gestión directa de un servicio público (concretamente, el previsto en el artículo 85.3. c de la Ley 7/85)”.

También la Sentencia de la Sala 3ª, Secc. Del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 2002, en su Fundamento de Derecho 5º, establece que: “Como consecuencia de lo anterior, la gestión mediante una sociedad mercantil municipal

¹⁵³ La sentencia del TS de 16 de diciembre de 1974 considera como características de las expropiaciones con beneficiario: “1.º Referirse a un tipo en que la causa no es la tradicional del interés público, sino la más moderna del interés social colocado al lado de aquella en el art. 1ª de la Ley de 16-xii-1954; 2ª Actuación de la Administración como simple “titular de trámite”, esto es, ejercitando la potestad expropiatoria para la satisfacción de los objetos preferentes fijados en el Ordenamiento, pero en posición desligada de los directamente implicados en la operación expropiatoria, al parecer, frente al propietario desposeído, la del beneficiario o nuevo propietario investido a través de la interposición de la autoridad de la Administración”.

de funciones de promoción de la vivienda no sustrae a esta a las normas que desarrollan el principio de libre competencia¹⁵⁴.”

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

¹⁵⁴MASSAGUER, J., pág 249., BREUER “*Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung*”, *Cit. Rdn. Pág.977* En la doctrina alemana se ha planteado la cuestión acerca de cuál es la finalidad de protección de la GWB, a saber, la protección de la competencia, la protección individual de los competidores, o ambas. Esta discusión se ha centrado básicamente en los párrafos 1 GWB (Están prohibidos los acuerdos entre empresas en competencia, las decisiones sobre asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan por finalidad o produzcan un impedimento, restricción o falseamiento de la competencia”, en traducción nuestra). En la discusión acerca del objeto de protección de la GWB se han sostenido tres puntos de vista diferentes, como ha expuesto J. SCHMIDT, op. Cit y también W.FIKENTSCHER, *Wirtschaftsrecht*, cit. pág. 152 En primer lugar, H. WURDINGER ha señalado, durante la elaboración de la GWB, que esta ley sólo tiene por objeto finalidades u objetivos de política económica. La competencia es únicamente un instrumento dirigido a la maximización del bienestar, en el sentido de que su objeto es el de cumplir determinadas funciones económicas, en contraposición con el Derecho de los Estados Unidos, en el que prima la idea de la protección de la libertad individual. Esta protección individual, comprendida como libertades económicas, en contraposición con el Derecho Por el contrario, otros autores, como FRANZ JURGEN SACKER, y basándose en BIEDENKOPE, BOHM, FIKENTSCHER, GUNTER, HOPPMANN, KRONSTEIN, LUKES, MERZ Y MESTMACKER, han defendido sin embargo que la GWB se dirige a la protección individual de la libertad de los participantes en el mercado. La fusión o conciliación de las posturas ha venido por asumir, de acuerdo con la opinión dominante en la actualidad, que la GWB protege tanto la competencia como instrumento de política económica como también la libertad de actuación de los participantes en el mercado, para lo cual establece una serie de obligaciones y prohibiciones que tanto los sujetos privados como las diversas formas de manifestación pública deben acatar.

3.3. La defensa de la competencia en relación al principio de igualdad en el ámbito económico.

Pudiera sostenerse en abstracto, como hemos reiterado en numerosas ocasiones en esta tesis, que la existencia de sociedades mercantiles de promoción de la vivienda y, en general, de promociones urbanísticas vinculadas a entidades locales supone que su actuación en el campo de la edificación y rehabilitación urbanas se desenvuelve con ventajas de tipo informativo, fiscal y de dotaciones económicas. Sin embargo, esta hipotética posición ventajosa de dichas empresas no tiene siempre virtualidad suficiente para suponer el quebrantamiento de las reglas que rigen la libre competencia¹⁵⁵ en el mercado. Así resulta del hecho de que pueden resultar inevitables e incluso justificadas por razón de la titularidad económica de la empresa, que pertenece en definitiva al ente local cuyos órganos de dirección y gestión de la empresa municipal. Asimismo, las hipotéticas ventajas existentes pueden resultar compensadas mediante las contrapartidas que el carácter público del fin perseguido, garantizadas por la vinculación económica al municipio y el consiguiente control del cumplimiento de fines de interés local por parte de éste, dentro de sus estrictas competencias, impone a dichas sociedades.

Es cierto que pueden existir desviaciones de la finalidad perseguida mediante la constitución de las sociedades de esta naturaleza. Si estas desviaciones alcanzan suficiente importancia como para poder considerarse incluidas en el art. 1 de la LDC, serán sancionadas con nulidad de pleno derecho. En esta línea recuerda la sentencia otras del mismo Tribunal, concretamente las de 29 de septiembre de 1992 y de la de 2 de octubre del 2000, que afirman que la natural

¹⁵⁵El Tribunal de Defensa de la Competencia (art.20 de la Ley) es un órgano administrativo que ejerce funciones de dicha índole susceptibles de revisión judicial en vía judicial contencioso-administrativa /art.49 de la LDC). Sus funciones básicamente son: declaración de la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, imposición de sanciones, autorización de determinadas conductas, emisión de informes. El Servicio de Defensa de la Competencia es el órgano administrativo propiamente dicho y sin facultad resolutoria alguna. Su regulación se contiene en los arts. 30 s.s. de la Ley y sus funciones son, esencialmente, introducción de los procedimientos que decidirá el Tribunal y llevar el Registro de Defensa de la Competencia.

facilidad de las sociedades municipales para obtener recursos procedentes del ente Local no supone, en sí misma, una vulneración de la libre competencia. Tampoco vulnera la libre competencia¹⁵⁶ las ventajas de tipo fiscal, informativo y de dotaciones económicas con que de partida cuentan este tipo de sujetos pri-

¹⁵⁶ GARCÍA ALCORTA, J; *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*, Ed. Atelier, 2008, pág. 71-72; El pensamiento de la escuela de Harvard; En la actualidad, dominan tres diferentes líneas de pensamiento o concepciones acerca de la competencia. En primer lugar, la denominada escuela de Harvard (SCHERER, KANTZENBACH, entre otros) considera que la competencia debe desempeñar cinco funciones: garantizar una justa y adecuada, distribución de los ingresos, asegurar la soberanía de los consumidores mediante la atención de sus preferencias, garantizar una óptima localización de los recursos, posibilitar una adaptación flexible de la producción a la estructura de la demanda y a las técnicas de producción y, finalmente, acelerar el progreso técnico. En el desarrollo de este pensamiento, Kantzenbach utiliza el concepto de intensidad de la competencia, que se define como la velocidad con la que las ganancias comparativas de cualquier clase son nuevamente asimiladas o absorbidas por la competencia. Esta intensidad de la competencia está determinada por dos elementos pertenecientes a la estructura del mercado, a saber, el número de oferentes y el grado de imperfecciones del mercado (heterogeneidad de los productos, falta de transparencia). La intensidad de la competencia es, a juicio de esta concepción, tanto mayor cuanto menores sean estos dos elementos. La conclusión que se deriva de esta reflexión es por tanto la siguiente por un lado, la intensidad de la competencia es óptima y así la competencia puede cumplir sus objetivos de la mejor forma posible cuando, existen amplios oligopolios con una moderada heterogeneidad de sus productos y una transparencia limitada, ya que con esta forma de mercado las posibilidades de financiación se combinan de forma óptima. El pensamiento de la escuela de Chicago; En segundo lugar, la escuela de Chicago (BORK, DEMSETZ, STIGLER, POSNER, etc), fundada sobre las ideas de la mínima intervención del Estado en la economía y en el respeto de la libertad del desarrollo empresarial privado, considera que el objetivo de la competencia es el bienestar de los consumidores, en el sentido de que éstos puedan conseguir la mejor relación calidad-precio. Las prácticas en la competencia deberían ser examinadas de acuerdo con su eficiencia, tanto en la localización de los recursos como en su aplicación en el proceso productivo de las empresas. Los representantes de esta escuela parten de un mercado ideal como modelo de referencia para el análisis, que se caracteriza por las siguientes notas: en primer lugar, el principio de racionalidad, por el que los consumidores y empresas buscan una maximización de sus utilidades y beneficio. En segunda lugar, el mercado se caracteriza por su homogeneidad y completa transparencia. En tercer lugar, existe un elevado número de empresas, de manera que ninguna de ellas tiene en cuenta el comportamiento de las otras. En cuarto lugar, existe una competencia interindustrial (y por lo tanto una idea muy amplia del concepto de mercado relevante), así como una perfecta movilidad de los recursos. En quinto lugar, no existen límites de acceso al mercado. Y, finalmente, en sexto lugar, el mecanismo del mercado se caracteriza como un sistema de estímulos y fuerzas económicas que se ocupa de que las funciones de coordinación,, información y localización de la competencia sean realizadas. La política de la competencia defendida por esta escuela se fundamenta básicamente, no en la lucha contra la concentración del poder económico, sino en la confianza en el mecanismo del mercado y en su capacidad de autorregulación. Las intervenciones en el mismo deben ser consideradas por tanto excepcionales.

vados en manos públicas. Todo ello, bajo mi punto de vista, imprecisa justificación en que dichas ventajas «pueden resultar inevitables e incluso por razón de la titularidad económica de la empresa, que pertenece en definitiva al ente local, cuyos órganos de gobierno y administración son al propio tiempo órganos de dirección y gestión de la empresa municipal. Asimismo, las hipotéticas ventajas existentes pueden resultar compensadas mediante las contrapartidas que el carácter público del fin perseguido, garantizadas por la vinculación económica al municipio y el consiguiente control del cumplimiento de fines de interés local por parte de éste, dentro de sus estrictas competencias, impone a dichas sociedades». Evidentemente, no debe ser el carácter público del ente el que justifique la desigualdad jurídica y económica. Por el contrario tendrá que demostrarse con claridad que la actividad de interés, económico y social a realizar no podría llevarse a cabo en el caso de no contar con la desigualdad, la especialidad posicional o el simple privilegio de que se trate, tal y como se establece, por ejemplo en el art. 86.2 del Tratado de la Comunidad Europea. En este caso la aplicación del derecho de la competencia¹⁵⁷ tendrá necesariamente que ceder ante este otro bien jurídico de mayor protección. Tras estas consideraciones generales el Fundamento jurídico sexto centra ya el objeto del recurso refiriéndose, exactamente, a la viabilidad de la cesión gratuita de un solar a favor de una empresa municipal. En esta segunda parte de la Sentencia es donde, al menos aparentemente, se producen las mayores confusiones. Así, como ahora veremos más detenidamente, por un lado se confirma expresamente la base del recurso planteado por la asociación privada de constructores ya que entiende que se ha vulnerado con la cesión el derecho de la competencia, pero sorprendentemente, confirma gran parte del contenido de la Sentencia del Tribunal

¹⁵⁷ SORIANO GARCÍA, J.E; *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág.239; Que la legislación de defensa de la competencia es una legislación general que actúa como límite estructural y esencial de la propia libertad de empresa, a la que sitúa así en su vertiente dinámica y, por ende institucional, al componerse la institución “mercado” del conjunto completo de todas las empresas actuantes en el mismo, de la posibilidad de acceso al mismo y de la interrelación entre sí de las mismas. Debiendo concluir que el derecho de la competencia recaba su fuerza y razón de ser del propio texto constitucional y contribuye a la delimitación del núcleo esencial de esta libertad.

Superior de Justicia de Andalucía que desestimó el recurso planteado por dicha asociación confirmando, por tanto, la legalidad de la cesión del solar realizada por el ayuntamiento de Huelva. En el Fundamento jurídico séptimo es donde se encuentra la raíz de la confusión de la Sentencia ya que estima el primer motivo de casación consistente en la alegación de la Asociación de constructores privados de Huelva de que el Ayuntamiento ha desequilibrado la balanza de mercado a su favor, creando un grave problema al sector privado de la construcción y reduciendo el principio de libertad de empresa¹⁵⁸ a una mera forma-

¹⁵⁸GARCÍA ALCORTA, J; *La limitación de la Libertad de Empresa en la Competencia*, Ed. Atelier, 2008. Pág. 36-37. Una especial atención ha de merecer a nuestro juicio la consideración de la libertad de empresa como una garantía institucional. La importancia de ello resulta de la que el TC le ha dado a través de su jurisprudencia, si caracterizar al derecho reconocido en el art. 38 CE como tal garantía y al afirmar incluso que esta caracterización es la nota predominante de la libertad de empresa. El origen y desarrollo de la garantía institucional se sitúa en la doctrina jurídica alemana surgida en la época de Weimar y, particularmente, en el pensamiento de CARI SCHMITT. Sobre la base de que la Constitución de Weimar es una constitución liberal-burguesa, CARL SCHMITT entiende los derechos fundamentales exclusivamente como derechos de libertad individual de las personas. De aquí diferencia unas garantías que, sobre la base de la experiencia histórica, habrían encontrado recepción en la Constitución y cuyo objeto de protección debería estar asegurado en su núcleo histórico a priori frente a su vaciamiento o supresión por el legislador. SCHMITT traza a continuación la diferencia entre garantías jurídico-privadas (*“Rechtsinstitutsgarantien”*) y garantías de las instituciones jurídico-públicas (*“institutionelle Garantien”*). En su origen, por tanto, la garantía institucional aparece como una forma de vincular a la Ley al contenido nuclear de la institución recogida en la Constitución. ¿Qué significado tiene en la actualidad la garantía institucional? La doctrina alemana, de que surge la misma, la entiende como una forma de asegurar la existencia de una regulación normativa de la institución, otorgado de forma indirecta una protección frente a aquellas actuaciones del legislador que excedan de un mero desarrollo, adaptación o modificación particular de la institución y pretendan en cambio su abolición o modificación particular de la institución y pretendan en cambio su abolición o modificación sustancial. Mientras que los derechos fundamentales como derechos subjetivos representan básicamente para sus titulares derechos reaccionales frente a las injerencias del poder público, así como también derechos de prestación, las garantías institucionales aseguran por el contrario la continuidad histórica de determinados fundamentos del orden social, en particular determinadas estructuras estatales o sociales. Considerar a la libertad de empresa como una garantía institucional, tal y como ha sido identificada en su origen, es una idea que sin embargo no puede ser asumida. Y ello, en primer lugar, porque esta caracterización resulta hoy día, en nuestro sistema constitucional, innecesaria. El legislador ya se encuentra vinculado en la actualidad a este derecho fundamental, no sólo en su contenido nuclear (*“contenido esencial”*), sino en todo su ámbito de garantía (art. 9.1. CE). Falta por tanto aquella premisa sobre la que se apoya la garantía institucional y según la cual no existe una protección jurídico-subjetiva de ese derecho fundamental frente a su privación por el legislador. Considerar a la libertad de empresa como una garantía institucional es por consiguiente innecesario.

lidad, pues después de ofrecer el solar a precios astronómicos a la iniciativa privada, se cede gratuitamente a la empresa de capital íntegramente municipal. Sin embargo, a pesar de que, con claridad meridiana, el TS entiende que el motivo debe ser estimado, a continuación señala que *«la casación de la sentencia impugnada no impide, sin embargo, que el fallo que pronunciaremos al resolver las cuestiones debatidas en la instancia sea idéntico al de la sentencia impugnada»*. Es decir que aunque sea consciente el Tribunal de que con la cesión del solar a la sociedad municipal se estaba produciendo una situación de vulneración de la libre competencia, finalmente desestimaré el recurso de la asociación de constructores y, por tanto, confirmará la legalidad de la cesión.

Más confuso resulta, bajo mi punto de vista, el Fundamento Noveno en el que afirma en primer lugar, que *«la conclusión obtenida por la sentencia de instancia debe, en definitiva, estimarse correcta»*. Es decir, que se confirma la legalidad de la cesión del solar a la sociedad municipal. Sin embargo, en el mismo párrafo, se señala *«la doctrina recogida en los anteriores fundamentos de esta resolución –se refiere a las consideraciones previas ya mencionadas sobre la constitución económica- resulta vulnerada por dicha sentencia cuando se limita a considerar conforme con el ordenamiento jurídico la cesión gratuita del solar por haberse respetado las exigencias formales establecidas en la regulación de la cesión de bienes municipales contenida en el ordenamiento local, sin entrar a considerar si se trata de una decisión económica encaminada a favorecer¹⁵⁹ a una empresa privada de capital municipal de manera injustificable a*

¹⁵⁹Sentencia de 23 de febrero de 1961, Asunto 30/59 (Gezamenlijke Steénkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridad). El TJCE centró parte de su definición a partir de su diferenciación con el concepto o noción de subvención. Expresamente declaró lo siguiente “no obstante, el concepto de ayuda es más general que la noción de subvención ya que comprende no sólo las prestaciones positivas como las propias subvenciones, sino también intervenciones que, bajo diversas formas, alivian las cargas que normalmente pesan sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin tratarse de subvenciones en el sentido estricto de la palabra, tienen la misma naturaleza e idénticos efectos”. En una sentencia posterior, de 27 de marzo de 1980, Asunto 61/79 (Denkavit Italiana), fundamento 31, el TJCE, insistiendo en este amplio concepto expresamente se refirió a la justificación de las ayudas de Estado, declarando que este concepto expresamente se refirió a la justificación de las ayudas de Estado, declarando que este concepto expresamente se refirió los Estados miembros por las que estos últimos, para alcanzar objetivos

tenor de las circunstancias del mercado o insoslayable a tenor de las exigencias del ejercicio de las competencias municipales».

Es decir, para el Tribunal Supremo, lo que el TSJ de Andalucía debería haber hecho era analizar en términos económicos y de mercado el alcance de la discutida medida municipal de cesión del inmueble. De hecho, en el Fundamento Jurídico decimotercero el TS critica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia afirmado que «la sentencia recurrida no examina la existencia de una posible desviación en contra de la libre competencia, conforme a la doctrina recogida en los primeros fundamentos de esta resolución, sino que se limita a considerar que la consecución de los fines de interés público inherentes a la construcción de viviendas de protección oficial justifica la cesión gratuita del solar municipal a una empresa privada municipal. Afirma, en efecto, que el cumplimiento de los requisitos para la cesión gratuita del solar a la sociedad municipal, el fin de interés social perseguido y la ausencia de cualquier otro interés que ponga en duda la legalidad de la actuación municipal permite afirmar la conformidad con el ordenamiento jurídico de la cesión gratuita. Estimamos que, razonado así, incurre en la vulneración de los preceptos legales citados como infringidos»

Por tanto, para el TS el argumento de que con la cesión a un sujeto público aunque en forma privada se está cumpliendo con un fin de interés público, no le parece acertado, siendo necesario su análisis desde el punto de vista que ofrece el derecho de la competencia.

Entrando en el análisis del cumplimiento o no de los requisitos legales para la cesión gratuita de bienes de las entidades locales, lógicamente hay que partir del art. 79.2 del TRRL que dispone que «los bienes inmuebles patrimoniales no podrán cederse gratuitamente salvo a Entidades o Instituciones Públicas y para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, así

económicos y sociales que les son propios, ponen, mediante decisiones unilaterales y autónomas a disposición de las empresas, o de otros sujetos de Derecho, recursos, procurándoles ventajas destinadas a favorecer la realización de los objetos económicos o sociales perseguidos.

como a las instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro». Idea corroborada por el art. 109.2 del Reglamento de Bienes de 1986.

Pues bien, el TS entiende en esta Sentencia que dentro del término “entidades públicas” a que se refieren los preceptos anteriormente mencionados «*no cabe incluir a las empresas privadas de capital municipal por muy loables que sean los fines a que se refiera su objeto social. El carácter público de una entidad solo deriva de su sometimiento a un régimen de Derecho público*».

No obstante, esta doctrina puede flexibilizarse tal y como hizo la STS de 29 de septiembre de 1992, que conduce al art. 166 del TRLS que permite, como medida excepcional de fomento a la edificación, la cesión de los terrenos a título gratuito para atender necesidades de carácter social, sin limitación alguna en orden a la naturaleza o finalidad de los beneficiarios y que por su carácter especial debe primar sobre la norma general, cuando concurra su concreto supuesto de hecho.

La remisión que se hace a esta sentencia y el propio contenido de la misma no me parece acertada. Así, el supuesto excepcional que se contempla en el precepto de la ley del Suelo a que remite no tendría cabida en el caso que nos ocupa por cuanto quedaba claramente demostrado que la finalidad social de construir este tipo de viviendas¹⁶⁰ quedaría suficientemente o incluso, mejor cubierta si se hubiera cedido este solar a las empresas privadas que en su día lo solicitaron.

Finalmente, a pesar de que con su argumentación anterior todo parecía indicar que el TS iba a casar la sentencia estimando la argumentación de la aso-

¹⁶⁰ Sobre la aplicabilidad, en general del Derecho de la competencia comunitario a la actividad desplegada por sociedades municipales, incluso gestoras de servicios públicos, Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑÑEZ, S., *Tratado Derecho administrativo*, Tomo VI, Ed. Civitas, 2012, pág. 29-43, 46-55..Ha sido imposible hacernos de datos o estadísticas fiables que pongan de manifiesto la repercusión exacta que en el mercado ha tenido la actuación de este tipo de sociedades. El propio MOPU (actual Ministro de Fomento) ya puso de manifiesto la dificultad para la obtención de estadísticas en materia de vivienda, vid. Una publicación de la Dirección General para la vivienda y la Arquitectura de 1988, titulada *La financiación de la vivienda en la CEF*

ciación privada de constructores a la que continuamente iba dando la razón, en última instancia entiende que la recurrente no ha probado suficientemente la vulneración de la libre competencia y por tanto confirma en cuanto el resultado final de la decisión la Sentencia del TSJ de Andalucía. Valga como ejemplo la referencia al Fundamento jurídico vigésimo segundo en que se afirma «que no aparece probado que la cesión gratuita del solar a favor de la empresa municipal incurra en desviaciones por no hallarse justificada por las circunstancias del mercado o vulnere las reglas de la libre competencia; no aparece acreditado que la cesión gratuita del solar a que se refiere la demanda tenga suficiente entidad como para ser considerada como susceptible de entrañar un reparto de mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. Para ello, hubiera sido necesario no solo demostrar la trascendencia de dicha medida en el conjunto del mercado, sino también que la misma no se justifica suficientemente en función de las características de la empresa concesionaria frente al resto de los empresarios o no viene acompañada de las adecuadas contrapartidas para garantizar la eficacia de la gestión desarrollada en orden a la mejor consecución del fin público perseguido.

En definitiva, el TS casa la Sentencia apelada pero por no compartir su interpretación de los preceptos aplicables no en cuanto a su decisión final que confirma. Decisión, por tanto llamativa por cuanto el Tribunal Supremo está estimando el motivo de la casación pero, finalmente, desestima el recurso a la asociación de constructores privados.

Pero no solo es discutible la sentencia por este motivo. Como señalaba al principio de este comentario, aunque personalmente comparto con el Tribunal que se está produciendo una vulneración al principio de igualdad¹⁶¹ en el ámbi-

¹⁶¹En la jurisprudencia del TS, puede citarse la sentencia de 11 de octubre de 1991 (RJ 1991/7784), que en su FJ 5.ª aborda este tema en el concreto supuesto de las prohibiciones de publicidad impuestas a la venta de determinadas bebidas alcohólicas (en particular, las que tienen una determinada graduación), a diferencia de otras bebidas que no tienen esa graduación. El TS afirma que “(T)al proceder no puede considerarse atentatorio al principio de libre competencia en el marco de la economía de mercado, toda vez que aquélla ha de entenderse referida a productos de las mismas naturalezas y características, de forma que su vulneración

to económico, esto es, a la libre competencia, no creo que se la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo el ámbito más adecuado para el enjuiciamiento en primera instancia de este tipo de situaciones¹⁶². Así, si la norma vulnerada es la Ley de Defensa de la Competencia por ejemplo, por entender que la cesión del solar es una ayuda del Estado, tendrá que ser el Tribunal de Defensa de la competencia quien adopte las medidas que el art. 19 de la Ley de Defensa de la Competencia establece¹⁶³. Por otro lado, si la Ley de la Competencia Desleal la que se podía vulnerar tendría que ser la Jurisdicción civil la encargada de su revisión. Confusión que puede justificarse en la precaria y poco desarrollada en

sólo se produciría en el caso de que a igualdad de productos (brandys, por ejemplo) se restringiría la publicidad, de unos y no de otros”. Merece a su vez una mención, en este contexto, la sentencia del BVerfG de fecha 27 de enero de 1965 (BVerfGE 18, 315). En esta sentencia se aborda la constitucionalidad de una Ley federal de 1951 sobre el comercio de leche y productos relacionados con ella. El Tribunal llega a la conclusión de que la imposición de una medida tributaria dirigida a los productores de leche esterilizada con una finalidad de política económica, sin que a su vez los productores de leche condensada también se vean afectados por aquélla, no representa una actuación del poder público contraria a la igualdad. Existen diferencias entre ambos productos que hacen que la primera (leche esterilizada) sea para su consumo inmediato, en tanto que la segunda (leche condensada) sea un complemento a otras bebidas. La medida del poder público no es por tanto arbitrariamente discriminatoria para los productores, puesto que trata de forma desigual a supuestos desiguales. En un supuesto más cercano en el tiempo, la sentencia del BVerfG de fecha 15 de junio de 1983 (BVerfGE 18). Aprecia por el contrario una vulneración de la igualdad en la regulación por la que se privilegia a las entidades de crédito públicas en el examen del Registro de la Propiedad frente a las entidades de crédito privadas. El Tribunal argumenta que el principio de igualdad exige que todos los particulares sean tratados de la misma forma ante la ley, de manera que ese principio resulta vulnerado cuando una parte de los destinatarios de la norma es tratado de forma distinta en relación con otra parte, siempre que entre ambos no existan diferencias que justifiquen ese tratamiento desigual. En el supuesto concreto, el Tribunal constata que los bancos privados han asumido funciones de las cajas de ahorro y las cajas de ahorro realizan de forma cada vez más intensa operaciones bancarias que antes eran atendidas en consecuencia una fuerte competencia. Por tanto, el Tribunal no encuentra motivos que justifiquen la regulación privilegiada objeto de enjuiciamiento para las cajas de ahorro en perjuicio de los bancos privados.

¹⁶²la intervención del orden contencioso-administrativo tendría lugar una vez se pronuncie el Tribunal de Defensa de la Competencia para revisar la resolución de éste como órgano administrativo que, en definitiva es.

¹⁶³ Sobre esta posibilidad y refiriéndose expresamente a sociedades públicas de gestión urbanística, véase la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de julio de 1998 (puede consultarse en la revista Justicia Administrativa nº3 – abril 1999- pags. 238 y 239). Otro caso de resoluciones del tribunal de Defensa de la Competencia sobre sociedades públicas de gestión urbanística es la de 6 de abril de 2000 (puede consultarse en la revista Justicia Administrativa nº 10 –enero 2001-, pags. 227 y 228).

nuestro país institución de la Defensa de la Competencia y que obliga a que órganos “incompetentes” para su enjuiciamiento se aventuren en su aplicación sin que se protejan debidamente los derechos de los ciudadanos.

El más adecuado control que ofrece el derecho de la competencia aplicado por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Ahora, en el presente trabajo de investigación, debemos estudiar el alcance del problema de la financiación de las actividades de interés económico general, así como el mismo, como criterio de legitimación de las especiales posiciones de las Sociedades Urbanísticas en el mercado.

No querría culminar el estudio de la defensa de la competencia, para medir las posibles ventajas de las empresas¹⁶⁴ urbanísticas, sin abordar de manera

¹⁶⁴ MUÑOZ MACHADO, S., *La noción de empresa pública, la libre competencia, y los límites al principio de neutralidad*, en Administración Instrumental Tomo II) pág. 1251 y ss, señala que los principios de neutralidad (en cuanto al régimen de la propiedad pública o privada, art. 295 CE) y de solidaridad comunitaria se ven postergados por el principio de igualdad. Este importe la aplicación de las mismas reglas de mercado a las empresas públicas y privadas, y tiene dos manifestaciones: la prohibición de discriminación de las empresas por razón de la nacionalidad, y la aplicación de las normas sobre competencia tanto a empresas públicas como privadas. La aplicación estricta del principio de igualdad podría suponer su prevalencia sobre el principio de neutralidad. En efecto, afirma, no se alteran las formas de propiedad de los Estados miembros ni el tamaño que éstos quieran dar a su sector público; pero se obliga a sus empresas a acoger las reglas y los comportamientos propios de la empresa privada. Las funciones de la empresa pública al margen de las puramente comerciales (fomentar el empleo, estimular el desarrollo de ciertas regiones, intervenir en sectores deprimidos, etc), parecen desarticularse. Sólo si se trata de empresas que sostengan servicios de interés económico general, lo que ha de valorarse caso por caso, pueden excluirse de las reglas generales sobre libre competencia. Ello implica someter a las empresas públicas a condicionamientos que desmienten el principio de neutralidad tal como fue concebido originariamente. Todo ello, concluye este autor, se encamina en la dirección de beneficiar las tendencias privatizadoras. En parecidos términos, WOUTERS, J y VAN HEES, B (*“Les entreprises publiques et les règles européennes en matière d’aides d’Etat”*, RMUE nº2, 1999) destacan que las empresas públicas, en relación con las reglas comunitarias sobre ayudas de Estado, están en una de las zonas de tensión más delicadas del derecho comunitario material: la relación entre los artículos 87 CE, sobre ayudas, y 295 CE (ex.222) según el cual el Tratado no prejuzga el régimen de propiedad pública o privada de los Estados miembros. El criterio del inversor privado en una economía de mercado, aplicado por la Comisión y el TJCE para valorar la aportación de capital a las empresas públicas, no tiene en cuenta que el interés del inversor privado es la rentabilidad, ajeno frecuentemente en cambio al inversor público, pág 61 y ss. Ello, unido a la postura de la Comisión, que tiene a exigir al Estado accionista un comportamiento análogo al de cualquier socio privado, les lleva a preguntar-

más profunda el problema de la causa que legitima a las empresas Urbanísticas actuar el mercado inmobiliario. Me estoy refiriendo al concepto de interés general o interés general económico concepto indeterminado pero lo suficientemente determinable para alcanzar el por qué y para qué dichas sociedades entran en concurrencia con la iniciativa privada en el mercado inmobiliario.

Y quizás para ello, deberíamos plantearnos aspectos importantes de lo que es el interés general, o mejor dicho interés económico general, para extenderlo como limitación a las actividades que pueden realizar las sociedades urbanísticas según su objeto social, de ahí el paralelismo entre la figura de la encomienda de gestión, el objeto social, y el régimen jurídico de contratación.

De entrada al principio del trabajo de investigación, ya estudiamos la relación entre la encomienda y el objeto. Ahora vamos a analizar la relación entre las encomiendas y el sistema de contratación, en aras a después de determinar con precisión dicho sistema. Todo ello es importante a los efectos de determinar la causa de legitimación de las especiales posiciones de las empresas urbanísticas en la actividad inmobiliaria. Claro que todo ello, como ya explica Arana García, radica en el problema de la financiación de las actividades de interés general, asociadas a las sociedades municipales urbanísticas. Sabemos que las actividades de interés económico general se caracteriza por un alto coste de prestación en la que se requiere enormes inversiones y que ello ha servido tradicionalmente para justificar la gestión de un servicio público a través de monopolios. Y es que en el ámbito español, la actividad urbanística reúne tradicionalmente los caracteres propios de servicios de interés económico general, concurriendo en sus características la universalidad, generalmente predicada respecto del derecho a una vivienda digna, a lo que ha de añadirse las exigencias de accesibilidad universal recogidas en el TRLS/2008, tanto respecto a las

se si realmente rige el principio de neutralidad en materia de propiedad privada o pública instaurado por el Tratado pág. 68. Tras la redacción del art 16 por el Tratado de Amsterdam, y aunque existen otras referencias más ambiguas que podrían llevar a cualquier interpretación, admiten que puede hacerse prevalecer una interpretación más favorable al sector público: particularmente en orden a la excepción del art. 86.2 CE.

infraestructuras y equipamientos urbanísticos públicos, así como la imposición de obligaciones de servicio público, concretadas en los deberes de los propietarios de suelo y de los titulares de la iniciativa urbanística, sean o no propietarios de suelo y encaminados a garantizar la correcta prestación del servicio y su adecuada financiación. Hoy en día existe una homologación expresa de la actividad urbanística como servicio de interés económico general, contenida en la exposición de motivos de TRLS/08 en la que se afirma “el régimen de la iniciativa privada para la actividad urbanística, que en los términos en que la configure la legislación urbanística en el marco de esta ley *es una actividad económica de interés general*, que afecta tanto al derecho de propiedad como a la libertad de empresa ya que *la urbanización es un servicio público* cuya gestión puede reservarse a la administración, o encomendarse a sociedades municipales urbanísticas.

3.4. Límites a la competencia con especial referencia a las subvenciones cruzadas justificativas de interés general.

Las empresas encargadas de desarrollar un servicio de interés económico general disfrutan en ocasiones de la reserva de una parte del mercado (u otros derechos exclusivos, o de ayudas públicas), o de ambas cosas, al tiempo que operan en sectores no reservados bajo un régimen normal de competencia. En estas situaciones, existe la posibilidad de que la empresa matriz titular del derecho exclusivo y sus filiales aprovechen la fuerza que el grupo tiene en el mercado cautivo para competir en el mercado no reservado. Además, las ventajas de todo tipo que aquella entidad puede percibir para compensar la parte no competitiva de su actividad podrían beneficiar las actividades competitivas del grupo, en perjuicio de otros empresarios. Estos fenómenos, desde el punto de vista económico, se conocen como subvenciones cruzadas¹⁶⁵.

¹⁶⁵ABRAMONTE, G B, *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo*, La Ley, 2004, pág. 273-274; Un primer criterio de determinación de la subvención cruzada se base en los

Las subvenciones cruzadas tienen especial importancia desde la óptica de las ayudas de Estado. En efecto, aun la empresa titular del derecho exclusivo directamente asignado no estuviera en manos de la Administración (lo normal es que si lo esté), el solo hecho de disfrutar del derecho exclusivo le confiere una ventaja atribuible al poder público. En tanto dicha ventaja supere el montante de la carga que conlleva el desarrollo de la misión de interés general encomendada, habrá ayuda de Estado (artículo 87 CE).

Aunque los problemas que plantean las subvenciones cruzadas en el derecho de la competencia no son objeto de este trabajo, conviene detenerse en ellos brevemente. La utilidad que he de extraer de estas cuestiones se apreciará más adelante¹⁶⁶, especialmente cuando haya de pronunciarse sobre si la filial de un “organismo de Derecho público” es o no instrumental de éste.

costes (*cost-based methods*). Persigue la equidad: asegurar la leal competencia y evitar que un grupo de consumidores se favorezca a expensas de otro. Tiene en cuenta para ello el *incremental cost* y el *stand alone cost*. El primero es el aumento de coste que requiere obtener un segundo producto, o realizar una segunda actividad: el segundo producto no será beneficiario de una subvención cruzada (s.c.) si el precio que se le aplica cubre al menos el *incremental cost*. Otro método basado en el coste, distinto del anterior, es el *fully distributed cost method*. Según esté, todos los costes, incluso los comunes, se asignan a todos los productos. Bajo esta fórmula, un producto al que se asigna una parte importante de costes comunes puede ser acusado de subsidiar otros productos. Dependiendo de que se siga uno u otro criterio se apreciará o no que existe una subvención cruzada. El autor ofrece el siguiente ejemplo: una empresa que conecta por tren Londres y Bruselas decide prestar el servicio de ferrocarril a una ciudad situada de camino entre ambas. Si los precios exigidos por este último servicio superan o igualan el incremento de coste que genera, no hay s.c. según el sistema, aunque los costes comunes se asignen sólo al servicio principal inicial; pero si la hay según el segundo, que exigiría asignar al coste del nuevo servicio la parte que le corresponde de los costes comunes. Al margen de estos sistemas basados en el coste, existe también la llamada *efficient pricing approach*, que depende tanto de los costes como de las condiciones de la demanda y aplica reglas de precios óptimos. Esta fórmula equipara la optimización de los precios con el coste marginal (coste adicional que exige producir una unidad más) y condena la s.c. como una forma de precio ineficiente. No importa aquí la distribución de costes comunes; al contrario, se admite que puede ser útil esa distribución para entrar eficientemente en un mercado competitivo y ofrecer precios más bajos que los competidores. No puede alegarse que los precios en el mercado competitivo sean objeto de s.c. derivada de los precios en el mercado reservado en tanto aquellos cubran el coste marginal generado.

¹⁶⁶ Infra., apartado 2.1. C.b. 4

Abramonte¹⁶⁷ ofrece una aproximación a las subvenciones cruzadas desde la perspectiva económica. Conceptúa la subvención cruzada en un sentido muy amplio, señalando que tiene lugar cuando una empresa (sociedad o grupo de sociedades) otorga apoyo financiero de cualquier forma a una de sus actividades o segmentos de actividad a partir de recursos internos generados penetrar en nuevos mercados o financiar el desarrollo de un nuevo producto. Surge particularmente en conexión con las *utilities* o servicios esenciales como el agua o la electricidad, comunicaciones y, en general, en sectores donde una empresa tenga poder de mercado e ingrese beneficios monopolísticos (por razones económicas o legales). En cualquier caso, la identificación de las subvenciones cruzadas es difícil en la práctica, pues depende del método económico empleado¹⁶⁸.

L. Hancer y J.L. Buendia Sierra¹⁶⁹ ofrecen una perspectiva jurídica del problema al definir la subvención cruzada como la distribución arbitraria “*misa-*

¹⁶⁷ ABRAMONTE, G.B; “Cross-subsidisation and Community competition rules: efficient pricing versus equity”, *European Law Review* n.º35, 1998

¹⁶⁸ El citado autor anteriormente, nos recuerda en la pág 274, en el libro *El levantamiento de velo en el Derecho Administrativo*, subraya que no han de confundirse con la “distribución de costes comunes o conjuntos”. Los costes conjuntos (*joint costs*) surgen cuando dos productos son necesariamente obtenidos conjuntamente, como la carne y la piel; los costes comunes surgen cuando la misma inversión es empleada en la obtención de varios productos: una vez hecho el primer gasto, no es preciso hacer otro igual para obtener el segundo producto. Un primer criterio de determinación de la subvención cruzada se basa en los costes (cost.based methods). Persigue la equidad: asegurar la leal competencia y evitar que un grupo de consumidores se favorezca a expensas de otro. Tiene en cuenta para ello el incremental *cost* y el *stand alone cost*. El primero es el aumento de coste que requiere obtener un segundo producto, o realizar una segunda actividad: el segundo producto no será beneficiario de una subvención cruzada (s.c.), si el precio que se le aplica cubre el menos el incremental cost. El stand alone cost es el coste hipotético que requeriría obtener cada producto de forma independiente del otro producto. Existe s.c. si el precio aplicado es superior al stand alone cost. Otro método basado en el coste, distinto del anterior, es el fully distributed cost method. Según éste, todos los costes, incluso los comunes, se asignan a todos los productos. Bajo esta fórmula, un producto al que se asigna una parte importante de costes, El autor ofrece el siguiente ejemplo: una empresa que conecta por tren Londres y Bruselas decide prestar el servicio de ferrocarril a una ciudad situada de camino entre ambos. Si los precios exigidos por este último servicio superan o igualan el incremento de coste que genera, no hay s.c. según el primer sistema, aunque los costes comunes se asignen sólo al servicio principal inicial; pero sí la hay según el segundo, que exigiría asignar al coste del nuevo servicio la parte que le corresponde de los costes comunes.

¹⁶⁹ “Cross-subsidisation and EC Law”, *Common Market Law Review* n.º35, 1998.

llocation” de costes comunes entre diferentes productos o mercados geográficos. Estas prácticas aparecen cuando concurren tres circunstancias: - transferencia de recursos dentro de una empresa o grupo de empresas (lo que se opone al caso de subsidio externo o ayuda); la empresa cuenta con el monopolio de al menos uno de los mercados en que actúa, coexistiendo así un mercado reservado (posición de dominio, derechos exclusivos), con un mercado competitivo; - existen costes comunes a los mercados o productos afectados (así, cuando la empresa es dueña de infraestructuras o redes que se emplean tanto para el mercado reservado como para el competitivo). Razonan estos autores que las transferencias de recursos dentro de un mercado reservado, o desde un mercado competitivo a uno reservado, no tienen por qué ser consideradas contrarias al Derecho comunitario de la competencia. Los problemas pueden surgir cuando se transfieren recursos de un mercado reservado a uno competitivo. El Derecho comunitario permite analizar esta situación bajo el artículo 87 CE, sobre ayudas de Estado o bajo el artículo 82 CE, sobre abuso de posición de dominio. Una análisis de este problema desde el punto de vista del abuso de posición dominante¹⁷⁰ se contiene en la STPI de 20 de marzo de 2002, UPS Europe c.

¹⁷⁰Recuerdan HANCHER, L. y BUENDÍA SIERRA, J.L. que es comúnmente aceptado que el art. 82 puede aplicarse cuando, existiendo una posición de dominio en un mercado, el abuso se comete en otro distinto y relacionado (asunto 333/94P, Tetra Park II, Rec. año 1996, pág. 6007, artículos 24 a 31 y conclusiones del Abogado general D. Ruiz Jarabo, artículos 34 y ss.). Lo esencial es dilucidar en qué medida una s.c. puede ser considerada abuso de una posición de dominio. Ante, todo, afirman que la s.c. no es en sí misma un abuso. El art. 82 CE, no impide a una compañía, incluso dominante, competir por sus méritos o penetrar en otro mercado: el eventual uso de medios comunes puede ser la consecuencia ineludible de esa acción. La transferencia de recursos en sí misma no es contraria al art. 82 (ob. Pág.912). El abuso puede derivarse de los precios excesivos aplicados en el mercado dominado o de los precios predatorios en el mercado competitivo. Precios excesivos en el mercado que la empresa domina: una s.c. implica a veces la obtención de elevados beneficios en un mercado (dominado) que se utilizan para subvencionar actividades en otro mercado. Teóricamente, esto sería contrario al art. 82 si los precios aplicados en el mercado monopolístico son abusivos, pero en la práctica, es difícil establecer una definición de precio abusivo bajo el art. 82. Por ello, la aplicación de dicho precepto para evitar precios excesivos en el mercado monopolístico no puede resolver plenamente el problema de la s.c. Precios predatorios en el mercado en que existe competencia: se dice predatorio el precio inferior al coste, y cuyo beneficio radica en el incremento de cuota de mercado resultante de la eliminación o intimidación de un competidor actual.

Comisión¹⁷¹, Deutsche Post notificó a la Comisión un proyecto de concentración por el que pretendía adquirir el control conjunto de DHL International Ltd, mediante la compra del 22,498% del capital de ésta. UPS denunció a Deutsche Post ante la Comisión por entender que dicha operación infringía los artículos 81 CE (acuerdos contrarios a la competencia), 82 CE (abuso de posición de dominio), y 87 CE (ayudas de Estado). Alegaba la misma que Deutsche Post adquiriría las acciones de DHL merced a los beneficios derivados del monopolio de que disfruta (tiene reservado el mercado de la correspondencia en compensación por la prestación del servicio universal) y no solicitada la incoación de un procedimiento por abuso de posición dominante. La Comisión autorizó la concentración y desestimó la denuncia, razonando que el origen de los fondos empleados para adquirir las acciones era irrelevante, pues aunque se tratara de fondos obtenidos en el mercado reservado no existiría abuso de posición de dominio. UPS recurrió esta última decisión ante el TPI con base en el artículo 82 CE. La Comisión demandada oponía que no es el artículo 82 CE, sino el 86 CE, el que atañe a las medidas estatales; y que no existe norma alguna que prohíba con carácter absoluto las subvenciones cruzadas, que no constituyen por sí mismas un abuso (apartado 46 de la sentencia). La sentencia del TPI firma en esencia lo siguiente: el hecho de que se conceda a una empresa un derecho exclusivo para garantizar que preste un servicio de interés económico general no se opone a que dicha empresa obtenga beneficios de las actividades reservadas y que extienda sus actividades a sectores no reservados. La adquisición de una participación como la cuestionada (control conjunto) “podría suscitar problemas a la luz de las normas comunitarias sobre la competencia en caso de que los fondos utilizados por la empresa titular del monopolio fueran resultado de precios excesivos o discriminatorios, o de otras prácticas abusivas, impuestos en el mercado reservado”. Es preciso pues analizar el origen de los fondos empleados en la adquisición para ver si ésta resulta de un abuso de posición dominante. La demandante no ha identificado nunca el más mínimo comportamiento de Deutsche Post en el mercado reservado que pueda consti-

¹⁷¹ As. T-175/99, Rec. 1915.

tuir una infracción del artículo 82 CE. No habiéndose probado que los fondos provinieran de prácticas abusivas del monopolista en el mercado reservado, el empleo de fondos procedentes de dicho mercado para adquirir el control conjunto de una empresa que opera en otro mercado conexo abierto a la competencia no puede constituir una infracción del artículo 82 CE. De la sentencia resulta que lo relevante a efectos de la aplicación del artículo 82 CE no es que los fondos empleados para competir en sectores no reservados procedan del sector reservado, sino que procedan de un abuso de posición de dominio en el mercado reservado; hecho que debe probarse. A mi juicio, es muy probable que la empresa demandante tuviera razón en su planteamiento, aunque tal vez debió invocar el artículo 87 CE. El origen ilícito de los fondos manejados por Deutsche Post se podría haber intentado probar demostrando que las cargas adicionales que soporta son menores que las ventajas que percibe como compensación. Ahora bien: seguramente no existían ayudas¹⁷² de Estado (compensaciones, subvenciones, ventajas fiscales), sino que el mero desempeño de la actividad reservada permitía a la empresa prestar el servicio universal y además obtener beneficios.

¹⁷² ORTIZ VAAMONDE, S., *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo*, LA LEY, Madrid 2004, pág. 296 y s.s; Manifiesta que no es seguro que la aplicación de las normas sobre ayudas de Estado garanticen siempre que la entidad interviene en el mercado sin ventajas sobre los competidores. Dicha entidad opera con una infraestructura y unos medios que se sostienen en buena parte gracias a los derechos exclusivos de que disfruta. Ciertamente el control de las ayudas de Estado debería tener en cuenta el aprovechamiento de esa infraestructura para las actividades comerciales de la entidad instrumental, pero no siempre puede hacerlo con la misma fiabilidad. Siendo rigurosos, el límite de lo que la entidad instrumental puede percibir por las actividades que realiza como medio debería reducirse en la medida en que el ejercicio del comercio permitiera mantener la estructura y medios con que cuenta la entidad. Recordemos que las subvenciones cruzadas pueden apreciarse o no según el criterio económico empleado para ello. Por otro lado, imaginemos que dos entidades en manos de la misma. Administración territorial, que operan como medio propio de ella, se prestan un servicio o suministro entre sí. Como entidades instrumentales de la misma Administración, son una sola persona en sentido material, luego puede la una considerarse medio propio de la otra. Ahora bien, si ambas entidades compiten en el mercado (no entre sí, sino cada una en su sector), la que presta el servicio no debería percibir por él más del precio de coste; y la que lo recibe debería en cambio pagar por él un precio de mercado. Parece lógico pensar que, en un caso así, el exceso que una debe pagar ha de integrarse en el patrimonio de la Administración matriz.

La respuesta que da el Tribunal es que nada impide que se obtengan esos beneficios y que se empleen para competir en otros mercados, salvo que se pruebe el abuso de la posición de dominio en el mercado reservado. El competidor que opera en el mercado abierto, se encuentra así con que tiene cerrado el acceso al mercado reservado, mientras el monopolista compite con él utilizando los beneficios que le genera el monopolio. Esta solución hace pensar que el problema estriba entonces en que carece de justificación, desde el punto de vista del derecho de la competencia¹⁷³, la reserva de ese mercado, no es necesario el monopolio para prestar el servicio universal pues la actividad es sobradamente rentable, hasta el punto de que podría abrirse el mercado, sin perjuicio de asignar al encargado de prestar el servicio universal lo estrictamente necesario para compensar la carga que soporta. Es importante destacar que el concepto de interés general en el objeto de las sociedades municipales urbanísticas, ya que el mismo será el elemento que legitime activamente a las mismas actuar en el mercado inmobiliario, sin perjuicio de que en algún momento puedan tener ciertos privilegios, o ayudas de estado que se justifican por la función de instrumentalidad de las mismas en relación a la actividad urbanística que prestan a la ciudadanía. Por último debemos señalar que el tema de las subvenciones cruzadas está ligado directamente con el problema de financiación de las sociedades municipales urbanísticas ya que esos “nuevos ejecutivos inmobiliarios públicos” alegan la necesidad que, para la “rentabilidad económica” de su actividad tienen que realizar “alguna que otra promoción de viviendas en régimen libre” por lo que obtendrían unos sustanciosos beneficios económicos con que compensar su actividad normalmente deficitaria. Se trata en definitiva de aplicar a este sector la técnica explicada en este apartado de las subvenciones cruzadas. Con los ingresos obtenidos a través de la intervención en un sector del mercado eminentemente privado, se podría financiar las actividades que verdaderamente están impregnadas de interés público como son la vivienda social, la rehabilitación y la urbanización de terrenos ¿es correcta la utilización de las

¹⁷³ MEILÁN GIL, J.L.; “El servicio público en el contexto constitucional y comunitario”; Anuario da Facultade de dereito de universidade da Coruña, núm. 9, 2005, pág.527-542. 537.

subvenciones cruzadas en este caso? Siguiendo la doctrina del TJCE, el sector de la vivienda libre es una parcela de la actividad económica “urbanística” totalmente diferente y desgajada de lo que reconocemos como interés general. Por tanto una limitación a la competencia en este sector, con la actual posición de mercado de las sociedades municipales urbanísticas, no sería legítima aun en el caso de que con ello se pusiera en peligro la satisfacción de la parcela de actividad calificable de interés económico general. Y es que tal y como hemos comentado la actividad urbanística contribuye a mantener la tremenda y horrible especulación que pesa sobre el urbanismo actual, todo ello en conexión con el art. 47 de nuestra Carta Magna.

3.5. Influencia del derecho comunitario en el sistema de defensa de la competencia en el ordenamiento jurídico español. Ayudas de Estado.

Pese a las dificultades para acreditar desde el punto de vista económico que existen subvenciones cruzadas y, en su caso, ayudas Públicas¹⁷⁴, la jurisprudencia comunitaria parece resolver el problema a la luz de un criterio relativamente simple: para excluir la existencia de una ayuda de Estado basta con que el montante global de las ventajas obtenidas como compensación por la parte no competitiva de la actividad (servicio de interés económico general) no exceda del montante global de las cargas adicionales que soporta la entidad por razón del servicio que desarrolla. Especialmente ilustrativa es la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de febrero de 2001, *Fédération française*

¹⁷⁴ Las ayudas públicas no están prohibidas por la LDC ni en principio tampoco por el TCE, salvo que resulten incompatibles con el Mercado Común en los términos del artículo 92 TCE, en cuyo caso serían contrarias a éste, pero correspondería su calificación a la Comisión Europea y no a los órganos nacionales de defensa de la competencia (resolución del TDC de 20 de julio de 1998, expediente R 311/98 (AC 1998, 1416). En este sentido, las cesiones municipales de suelo gratis (en el presente caso, para la construcción de viviendas de protección oficial en régimen especial para su venta a una sociedad pública) son consideradas por el TDC como ayudas públicas (resolución del TDC de 20 de julio de 1998, expediente R 311/98 (AC 1998, 1416).

des sociétés d'assurances c. Comisión¹⁷⁵, recaída sobre las ayudas percibidas por el Servicio francés de Correos como compensación por el desempeño de ciertas actividades calificadas de servicio de interés económico general. Se trataba de un ente público que combinaba ciertos privilegios y derechos exclusivos con el desarrollo de actividades en competencia con otros empresarios, concretamente en el mercado de los servicios de seguros. El problema planteado ante el Tribunal se centraba en el montante de las ayudas públicas previstas para el ente gestor del servicio y en la posible utilización de esas ayudas económicas en beneficio de la parte competitiva de su actividad.

¹⁷⁵ Sentencia ilustrativa es la de 17-5-2001, TNT Traco c. Poste Italiano (as. C-340/99, Rec 4142), que hace aplicación del mismo criterio: la sociedad anónima Poste Italiane, cien por cien en manos del Estado, es la encargada de prestar el servicio postal universal; tiene el derecho exclusivo de recogida, transporte y distribución de la correspondencia. Lleva cuentas separadas para sus actividades reservadas y no reservadas, de modo que pueda controlarse si existen subvenciones cruzadas entre unas y otras. Es posible la presentación por terceros de servicios postales no universales o de valor añadido (correo urgente) siempre que abonen al operador encargado del servicio universal la tasa postal que corresponde por el servicio básico, aunque el titular del derecho exclusivo no lo haya prestado. Estos ingresos de la Poste no cuentan con un mecanismo de control para evitar las subvenciones cruzadas en favor de las actividades no incluidas en el servicio universal. El órgano jurisdiccional remitente preguntaba si este sistema es confortable con los artículos 82 y 86 CE. La sentencia advierte que la obligación de entregar una tasa al titular del derecho exclusivo sin que ésta preste servicio alguno crea una situación que lleva a esa empresa a abusar de su posición de dominio (apartado 48). Ello sería contrario a los actuales artículos 82 y 86.1 CE si puede afectar al comercio entre Estados miembros, como ocurrirá especialmente si la obligación de pagar la tasa incluye a operadores que prestan servicios de correo urgente entre Italia y otro Estado miembro; el Juez nacional ha de comprobar ese extremo (artículos 49 y 50). Habiéndose invocado la excepción del art. 86.2 CE por el Gobierno italiano y la Poste Italiane, el Tribunal admite que ésta está encargada de un servicio de interés económico general (apartado 53). Recuerda que, conforme a la STJCE Albany (de 21-9-1999, as. 67/96, Rec..5751, apartado 107), el art. 86.2 CE no requiere que el equilibrio financiero o la viabilidad económica de la empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general estén amenazados. Basta con que, de no existir los derechos controvertidos, no puedan cumplirse las misiones asignadas a la empresa tal como están precisadas mediante las obligaciones que recaen sobre ella. No existiendo normativa comunitaria, la STJCE GT-Link (de 17/07/1997, as 242/95. Rec 4449, artículos 23 y ss) señaló que la prueba de que se infringe el art. 86 CE se puede aportar conforme a las normas del ordenamiento del Estado afectado, siempre que éstas no sean menos favorables que las referentes a recursos semejantes de naturaleza interna ni hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por esa disposición. Esos principios son aplicables respecto de la prueba que el Estado o la empresa han de adoptar cuando invocan la excepción del art. 86.2. (alegando que es necesaria la concesión de derechos especiales o exclusivos,, apartado 61).

Los hechos concretos del caso son éstos. Ciertas asociaciones de seguros francesas denunciaron ante la Comisión la reforma del Servicio de Correos y Telecomunicaciones, por otorgar a esta entidad de Derecho público ayudas de Estado en forma de desgravaciones fiscales contrarias a lo dispuesto en los artículos 85, 6 y 92 del TCE (hoy artículos 81,12 y 87 CE). La Comisión decidió no considerar ayuda de Estado la reducción del 85% de la base imponible en los impuestos locales que gravan el Servicio de Correos. La Ley francesa de 1990 justificaba ese trato “en razón de la obligación que se impone a esta entidad de ofrecer sus servicios en todo el territorio nacional y de participar en la ordenación del territorio”. Entendió que se producía transferencia de fondos estatales hacia las actividades competitivas de Correos, tras comprobar que la ventaja fiscal era inferior al peso económico de las obligaciones de servicio público. Para ello, afirmaba haber tenido en cuenta la ventaja que suponía para el ente gestor aprovechar en sus actividades competitivas la infraestructura de que disponía para la presentación del servicio público¹⁷⁶. Impugnada la decisión, el Tribunal de Primera Instancia razona de la siguiente manera:

- La función encomendada responsable a la descripción del “servicio público de correos” hecha en el asunto “*Courbeau*”¹⁷⁷, la ley francesa especifica las misiones de interés económico general encomendadas al organismo: prestar el servicio de correos en todo el territorio nacional, teniendo en cuenta las orien-

¹⁷⁶ORTIZ VAAMONDE, S, *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo*, LA LEY, pág. 278 Del total alegado por Francia como costes adicionales del servicio, la Comisión deduce el porcentaje correspondiente a la incidencia de los servicios competitivos en el volumen de negocios de Correos (el 34,7%). Ello obedece a que la falta de una contabilidad analítica impidió distinguir las cargas y gastos imputables a la actividad de servicios público y las imputables a actividades competitivas, por lo que los costes adicionales del servicio fueron calculados sobre el conjunto de las actividades del Servicio de Correos. Con la reducción indicada pretendía la Comisión tener en cuenta las ventajas de que se benefician los servicios competitivos de correos debido a la existencia de la red postal en el medio rural. La cifra resultante de la reducción representa las cargas impropias (la sentencia habla siempre de “costes adicionales”) impuestas al organismo en cuestión y era inferior a la cifra en que se concretaban las ventajas fiscales concedidas. Es de destacar que las ventajas fiscales seguían siendo inferiores a los costes adicionales tanto si se tenían en cuenta los calculados por el Servicio de Correos como si se empleaban las cifras dadas por los asesores externos.

¹⁷⁷De 19-5-93,320/91, Rec. 2533, apartado 15.

taciones generales de la política gubernamental, especialmente en materia de ordenación del territorio, con obligación de mantener sus estafetas y servicios en zona rural. Estas obligaciones, concretamente la última en cuanto se refiere a servicios no rentables, deben considerarse como misiones específicas en el sentido del apartado 2 del artículo 90”.

- En segundo término las referencias hechas por los demandantes a “costes de oportunidad”, “costes mínimos” o “margen de referencia”, por debajo de los cuales resultaría preferible para el servicio cerrar una oficina, son rechazadas “al no existir normativa comunitaria en la materia, la Comisión no está facultada para pronunciarse sobre la amplitud de la misión de servicio público que incumbe a la entidad explotadora pública, a saber, el nivel de los costes vinculados a dicho servicio ni sobre la oportunidad de las opciones políticas que las autoridades nacionales asuman al respecto, ni sobre la eficacia económica del Servicio de Correos en el sector que le está reservado. En cuanto a la alegación de que la ayuda alcanza a todas las actividades del Servicio de Correos y no sólo a las de servicio público, se afirma, si la ayuda es necesaria para el desarrollo del servicio público encomendado en condiciones de equilibrio económico, el artículo 92 del Tratado CE (sobre ayudas de Estado) encuentra una excepción a su aplicación en el artículo 90.2 del TCE¹⁷⁸. Ello siempre que la ayu-

¹⁷⁸La sentencia parte de que existe en tal caso ayuda de Estado, amparada en el art. 86.3 CE. Cuando el Estado establece ayudas a favor de una o varias empresas o sectores con el fin de compensar las obligaciones de servicio público que les afectan, en cuantía no superior a la carga a compensar, se plantea la duda siguiente: ¿estamos ante ayudas de Estado en el sentido del art. 87 CE, compatibles con el Tratado CE en virtud del art. 86 CE, o estamos ante medidas que simplemente no entran en el concepto de ayuda del art. 87 CE? Las consecuencias de optar por una u otra solución son importantes: si se trata de ayudas, deben notificarse a la Comisión antes de ejecutarse (art. 88.3 CE); de no notificarse, constituyen ayudas ilegales, que el juez nacional puede obligar a devolver (*vid. S. ORTIZ VAAMONDE*, “Competencias del juez nacional en materia de ayudas de Estado”, Noticias de la UE nº196,2001). Si no estamos ante ayudas de Estado en el sentido del art. 87 CE, se pueden ejecutar sin notificar a la Comisión. El TPI se inclinó por la primera solución en esta sentencia 27-2-1997 (Rec. 229) y en la de 10-5-2000, as, SIC (T-46/97, Rec 2125), relativa a la financiación de la televisión pública portuguesa. Pero la sentencia del TJCE de 22-11-2001 (Ferring c. ACOSS, as, 53/00, Rec. 9098) sentó que no hay en tal caso ayudas de Estado. Estos son los hechos del caso; en Francia, los medicamentos se distribuyen bien por mayoristas distribuidores, bien por ventas directas de los laboratorios; sólo los mayoristas distribuidores están sujetos a obligaciones de servicios públicos (garantizar

da no tenga otro fin que el de compensar los costes adicionales, como se ha demostrado en este caso. Incumbe al Tribunal valorar si éste hubiera llevado una contabilidad analítica, la apreciación de la Comisión hubiera sido más segura. Pero las normas comunitarias no obligan a ello. Aunque es cierta la posibilidad de transferir recursos en favor de otras actividades ajenas al servicio público, en la medida en que la ayuda sea inferior a los costes adicionales por el servicio y se trate de una empresa encargada de un servicio de interés económico general, queda excluida la posibilidad de subvención cruzada (artículo 188)¹⁷⁹. En relación al asunto Courbeau de 19 de mayo de 1993, antes citada,

permanentemente una provisión de medicamentos para atender a las necesidades de ciertos territorios). Para compensar la diferencia competitiva que ello implica, se impuso un gravamen sobre las ventas directas. Sigue esta sentencia el criterio mantenido por el Abogado general A. Tizaano, según el cual (apartado 56 de las conclusiones) la Comisión había mantenido durante mucho tiempo que estas medidas no eran ayudas, criterio luego corregido por el TPI. Pero cita sólo la postura de la Comisión en relación con los reembolsos que los Estados entregan a empresas concesionarias de servicios públicos en virtud de un contrato adjudicado tras un procedimiento abierto y transparente. El ejemplo es poco ilustrativo de la postura de la Comisión. Si no veía ahí ayuda es porque la licitación garantiza que las compensaciones no excederán de las cargas, es un supuesto sin duda muy distinto del asunto *Ferring El abofado general P.. Leger*, en sus conclusiones de 19-3-2002 al asunto *Altmark Trans c. Nahverkehrsgesellschaft Almark*, C-280700, mantuvo que el Tribunal de Justicia debería corregir el criterio de la sentencia *Ferring* y volver al del TPI; entiende que en estos si hay ayuda de Estado, sin perjuicio de vque sea compatible con el tratado a la luz del art 86.2 CE. El Tribunal reabrió la fase oral en este procedimiento para dar a los Estados miembros la oportunidad de exponer su opinión (huelga decir que los Estados tenderán siempre a defender que no hay ayuda de Estado). A mi juicio, los dos razonamientos tuenen su lógica, no hay ventaja (ayuda), pues antes había una desventaja que compensar, pero también cabe afirmar que si hay ventaja (ayuda), siquiera vaya destinada a compensar una previa desventaja, Por ello, la solución estriba en la interpretación finalista de las normas sobre ayudas de Estado. Estas persiguen proteger la competencia evitando ventajas a favor de determinadas empresas o producciones. Ese fin se alcanza mejor si se entiende que en estos casos si hay ayuda, permitiendo así a la Comisión su análisis anticipado que permita a confirmar si en verdad se trata de un simple compensación de previas cargas adicionales. Cosa distinta es que la propia Comisión declare que no existe obligación de notificar medidas que evidentemente no constituyen una ayuda, por tratarse de meras contraprestaciones en el marco de contratos de concesión adjudicados con base en un procedimiento abierto, transparente y no discriminatorio.

¹⁷⁹WOUTERS, J y VAN HEES, B, no comparten e criterio de la sentencia en cuanto a la desaparición del riesgo de subvención cruzada si el montante de la ayuda es inferior a los gastos generados por el desarrollo de la misión de interés general encomendada. Advierten que la disminución de la carga fiscal de que disfrutaba La Poste se extendía también a las actividades en competencia (“Les entreprises publiques et les règles européennes en matière d’aides d’Etat”, R. MUE nº2, 1999) pág. 43

asunto C-320/91 (TJCE 1993, comenta el Catedrático de Derecho Administrativo D. Santiago González-Varas Ibáñez, que la resolución respondió a una cuestión prejudicial de un órgano jurisdiccional penal belga (se enfrentaba el Sr. Courbeau con una acusación de delito por atentar contra los monopolios públicos del Estado belga) en el sentido de si la reserva de actividades que hacía para si el Estado belga de distintas líneas del servicio postal (estaba en cuestión la línea rentable entre Lieja y Bruselas) era compatible con el Derecho europeo y su régimen de competencia y liberalización, lo que dicha sentencia entendió de forma afirmativa, porque con el beneficio de prestación que obtenía el Estado en la gestión de esta línea (cuyo coste, en efecto, era superior al posible coste de mercado) aquél podía sufragar el déficit de prestación de otras zonas o actividades no rentables. Se daba así, con esta sentencia, en la clave del servicio público, institución ésta que surge y se desarrolla para resolver problemas financieros y por tanto humanos de prestación asequible del servicio. No obstante, el Tribunal de Luxemburgo nos decía también en esta sentencia Courbeau (TJCE 1993) que, conforme al estado actual de la liberación europea del sector postal, se imponía esta solución no pudiendo un particular realizar actividades en las partes rentables del servicio. Pero a los pocos años comenzó la liberación del servicio postal. Y por eso el valor de esta sentencia es testimonial o histórico al servir para explicar la lógica del servicio público en su quid financiero esencial, pero no sirve más allá de esta circunstancia, tal como el Tribunal reconoció en su sentencia, ya que una vez liberalizado el servicio postal el contenido de este fallo no tiene más valor jurídico. La lógica es entonces otra, en este nuevo escenario lo define el “legislador”, no los tribunales. Junto a esta vía de financiación, inherente al servicio público, se impone aquella otra del presupuesto público, que puede llevar a asumir (conforme esta lógica del servicio público) el déficit público, si ello es necesario, con tal de lograr resolver el problema apuntado. De la doctrina sentada por el tribunal, en el caso del Sr. Courbeau, concluimos que existen soluciones que pueden aplicarse directamente a las sociedades municipales urbanísticas y es que del mismo asunto cabe admitir restricciones a la aplicación del derecho de la competencia para

actividades conexas al de interés económico general y que sean rentables. Ahora bien sí esas actividades conexas no responden a la misma naturaleza que la actividad de interés general principal, sino que añaden algo más y ese algo más reduce la intensidad o el grado de interés general, esa restricción a la competencia no estará justificada, salvo que con esta medida se ponga en peligro el equilibrio económico del servicio de interés general. ¿Qué ocurre si se pone en peligro la rentabilidad económica de servicio de interés general? El tribunal parece legitimar que la empresa encargada de la gestión de la actividad de interés económico general, a la que el ordenamiento jurídico otorga una especial posición en el mercado, legitimada por la actividad que desempeña la utilice para adentrarse en actividades económicamente más rentables pero que no responden a las mismas razones de interés general, con la única justificación de financiar actividades económicamente deficitarias, caso por desgracia bastante habitual en las sociedades municipales urbanísticas en nuestro país.

La sentencia del TJCE de 24 de julio de 2003 (as. *Altmark*,¹⁸⁰ C-280/00) introduce la duda sobre si la exclusión de la ayuda de Estado requiere que la

¹⁸⁰ El abogado general P. Leger, en sus conclusiones de 19-3-2002 al asunto *Altmark Trans. C Nahverkehrsgesellschaft Altmarj C-280/00*, mantuvo que el Tribunal de Justicia debería corregir el criterio de la sentencia *Ferring* y volver al del TPI, entiende que en estos casos si hay ayuda de Estado, sin perjuicio de que sea compatible con el Tratado a la luz del art. 86.2 CE. El Tribunal reabrió la fase oral en este procedimiento para dar a los Estados miembros la oportunidad de exponer su opinión (huelga decir que los Estados tenderán siempre a defender que no hay ayuda de Estado). El abogado general argumenta que: 1º, la sentencia *Ferring* confunde la calificación de la medida con su justificación (apartado 76 de las conclusiones); la calificación como ayuda sólo depende de si confiere una ventaja a una o varias empresas; poco importa el objetivo perseguido; 2º la sentencia *Ferring* priva al art. 86.2 CE de gran parte de su utilidad (apartado 79); no entraría en juego en materia de ayudas de Estado. En sus segundas conclusiones a ese asunto 280/00, de 14-1-2013, el abogado general confirma su criterio. En cambio, la sentencia del Tribunal de 24-7-2003, ratifica la postura de la sentencia *Ferring* no hay en tal caso ayuda de Estado al no existir ventaja, siempre que se cumplan varios requisitos. A mi juicio, los dos razonamientos tienen su lógica: no hay ventaja (ayuda), pues antes había una desventaja que compensar; pero también cabe afirmar que si hay ventaja (ayuda), siquiera vaya destinada a compensar una previa desventaja. Por ello la solución estriba en la interpretación finalista de las normas sobre ayuda de Estado. Estas persiguen proteger la competencia evitando ventajas a favor de determinadas empresas o producciones. Ese fin se alcanza mejor si se entiende que en estos casos si hay ayuda, permitiendo así a la Comisión su análisis anticipado que permite confirmar si en verdad se trata de una simple compensación de previas cargas adicionales. Cosa distinta es que la propia Comisión declare que no existe obligación de notificar

compensación no exceda de los costes adicionales, o que no exceda de esos costes más un beneficio razonable. Afirma el Tribunal que las compensaciones a favor de empresas encargadas de desarrollar servicios de interés económico general no constituyen ayuda de Estado, al no existir ventaja y que la empresa beneficiaria esté efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y *un beneficio razonable* por la ejecución de estas obligaciones. Todo ello si la elección de la empresa no se ha realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, el nivel de compensación necesaria debe basarse en los costes que habría supuesto satisfacer esas obligaciones a una empresa media bien gestionada. A nuestro entender, la sentencia *Altmark* debió matizar que el “beneficio razonable” sólo es admisible en el marco de servicios públicos cuya gestión se adjudicó en virtud de procedimientos competitivos. Pero no entra en juego cuando se trata de valorar si percibe ayudas de Estado la empresa que compite en el mercado al tiempo que disfruta de compensaciones por desarrollar un servicio de interés general directamente asignado, en este caso, la compensación debería limitarse a cubrir las cargas adicionales o impropias, suponiendo el exceso una ayuda¹⁸¹ de Estado.

A modo de conclusión y después de intentar limitar con cierta claridad el concepto de interés general, en relación a las actividades que pueden desempeñar las sociedades municipales urbanísticas, debemos destacar que la delimitación de interés económico general para justificar, la intervención de dichas empresas en el mercado inmobiliario, no siempre ha sido aceptada por los tribunales. Desde nuestro punto de vista es totalmente criticable, analizar las activida-

medidas que evidentemente no constituyen una ayuda, por tratarse de meras contraprestaciones en el marco de contratos de concesión adjudicados con base en un procedimiento abierto, transparente y no discriminatorio.

¹⁸¹ Un resumen de la doctrina y jurisprudencia existentes a finales de los 80 puede verse en RODRIGUEZ CURIEL, J.W.; *Ayudas de Estado a empresas públicas*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Industria y Energía, Madrid 1989. Un estudio de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la aplicación del art. 90.2 del Tratado CE puede verse en. MORENO TRAPIELLA, P.C., *Servicios de interés general y derecho a la competencia: análisis desde el derecho comunitario europeo y desde el derecho español*, *Actualidad Administrativa* n°14, LA LEY, abril 1998.

des de interés¹⁸² general susceptibles de ser prestadas por dichas empresas, con una cuestión exclusivamente económica, en términos de rentabilidad ya que dicha intervención, a través de empresas públicas urbanísticas, se debe justificar por un interés económico-social-jurídico, ya que dichas empresas no tienen como principal objetivo principal la rentabilidad económica, sino actuar en el mercado inmobiliario con las prerrogativas propias de la administración pública, a los efectos de prestar un servicio público de calidad para la ciudadanía, como es el urbanismo. Quizá ello, no solamente debe traducirse en una cuestión de privilegios formales en la actuación cotidiana de las empresas, sino más bien legitimar dichas actuaciones y cubrir la actividad deficitaria de las mismas, vía presupuestaria, que debería ser la forma más normal de financiación de las prestaciones colectivas, todo ello bajo los principios de la LRSAL, aprobada en diciembre 2013, ya que el sistema de autofinanciación de las sociedades urbanísticas no ha tenido el resultado esperado por la crisis del sector inmobiliario, y muchas de ellas para subsistir han necesitado una reestructuración de las administraciones instrumentales que con menos recursos económicos pretenden prestar la misma eficiencia y eficacia que en la época de esplendor económico.

Todo ello, debe traducirse en determinar en términos puramente económicos los costes y la conveniencia de intervenir en el mercado inmobiliario a través de las empresas urbanísticas. Y es que estos nuevos ejecutivos e inmobiliarios públicos, a veces alegan la necesidad que para cumplir con el objeto social de

¹⁸² ARANA GARCÍA,E; *las sociedades municipales de gestión urbanística*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág.341; El concepto de interés general cumple, grosso modo, tres funciones fundamentales. a) Parámetro interpretativo del ordenamiento jurídico. En primer lugar la noción de interés general tiene la virtualidad de inspirar todo el mecanismo de interpretación y aplicación de las normas. Se parte de la concepción de preeminencia de lo público, con las limitaciones enunciadas, sobre lo privado, como dice Sáinz Moreno, no por ser diferente, sino por ser general. Es en este aspecto donde la noción de interés general tiene un mayor grado de indeterminación, lo que no deja de otorgarle la importancia propia de todo criterio teleológico. b) Elemento legitimador de toda intervención pública: el cuándo y el cuánto. El interés general ha cumplido y cumple una función de legitimación de la intervención del poder, en este caso estatal. El art. 103 de la Constitución española impone a la administración el deber de que toda su actuación tenga como último referente el servicio a los intereses generales.

la encomienda realizada y para dar cobertura al concepto de rentabilidad económica deben dar cobertura a la promoción de viviendas en régimen libre, en las que se obtendrían unos importes beneficios económicos con que compensar los escasos ingresos obtenidos a través de dichas empresas. Muchas veces hemos de reflexionar y priorizar que actividades concretas queremos destinar a las sociedades municipales urbanísticas, porque muchas de ellas pueden estar impregnadas de un interés económico pero hay también muchas que simplemente el interés público consiste en reactivar vivienda social, rehabilitar viviendas y urbanizar terrenos, cumpliendo perfectamente con la causa del interés público, que justifica la intervención de las mismas en el mercado inmobiliario. Además según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el sector de la vivienda libre, es una parcela de la actividad, económica urbanística, diferente y quizás poco encajable en el concepto de interés económico general. Por tanto, una limitación de una competencia en este sector, con la actual posición de mercado de las sociedades urbanísticas no sería legítima, aun con el caso que con ello se pusiera en peligro, la satisfacción de la parcela, de actividad calificable de interés general. No nos podemos olvidar que los poderes públicos están obligados precisamente, según el art. 47 de la Constitución Española, a evitar la especulación inmobiliaria, y creo que no se ha conseguido nuestro país el objetivo primordial que ha servido de título legítimo, para que dichas empresas intervengan en el mercado inmobiliario, ya que el termino especulación implica también tener ciertos privilegios o beneficios que conduzcan irreversiblemente a una mayor rentabilidad económica de la que se podría conseguir un ciudadano de a pie. De esta manera nos atrevemos a decir que en materia de vivienda e incluso rehabilitación de ciertas edificaciones se ha intentado tomar decisiones amparadas por el interés general, no estrictamente económico sino social, sí que es verdad que muchas veces han contribuido a seguir alimentando la especulación inmobiliaria, con ciertas garantías de “bendición de sus actuaciones”. Por eso creemos que ha sido importante desde el derecho europeo de limitar el interés general, como causa primera de intervención de las sociedades en el mercado inmobiliario y estructura un nuevo concepto de

poder adjudicador con una finalidad de acortar las actividades realmente prestadas por tan peculiaridades empresas, me estoy refiriendo al poder adjudicador al que analizaremos.

3.6. Las especiales posiciones de las sociedades urbanísticas como ayudas del Estado y su vinculación con el principio de igualdad constitucional del art. 14 CE.

El concepto de ayuda de Estado es muy amplio, conforme a la interpretación que del mismo ha realizado el TJCE puede considerarse como tal el otorgamiento de una *“ventaja” económico-financiera que reduce los costes de producción de estas empresas con respecto al resto y que se encuentran materializadas en normas legales, reglamentarias, en actos administrativos o, simplemente, en una práctica administrativa de las autoridades públicas*¹⁸³. Sin embargo, a pesar de la claridad con que apreciamos el supuesto, nuestro Derecho nacional de defensa, de la competencia es excesivamente inmaduro y no ofrece demasiadas soluciones. Así, el TDC que sería el órgano encargado de aplicar esta normativa de las ayudas de Estado (además del TJCE cuando se considere que estamos ante una ayuda de Estado que incida en el ámbito comunitario) solo tiene la posibilidad de solicitar la reforma de la legislación que reconozca estas ayudas de Estado. En los casos en que el Tribunal de Defensa

¹⁸³La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de enero de 1998, asunto T-67/94, *Ladbroke Racing Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas* dice: «de ello se deduce que el concepto de ayuda es un concepto objetivo que está en función únicamente de si una medida estatal confiere o no una ventaja a una o varias empresas. En consecuencia, la decisión de un Estado miembro de autorizar el organismo encargado de la gestión de las apuestas mutuas en dicho Estado a aplazar el pago de la parte de las cantidades recaudadas sobre los ingresos de las apuestas recogidas sobre las carreras hípicas que le corresponde no puede eludir la calificación como ayuda de Estado, dicha medida concede ventajas financieras a una empresa y mejora su situación económica. En el derecho comunitario a la hora de enjuiciar la legalidad de determinadas ayudas de estado, rige el criterio del inversor privado; ello supone examinar las posibilidades de la empresa beneficiaria obtenga para la operación de referencia las sumas de que se trate en el mercado de capitales en las mismas condiciones. Aplicando este criterio, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de abril de 1998, asunto T-16/96, *Cityflyer Express Ltd contra comisión de las Comunidades Europeas* establece que: “el préstamo objeto de litigio queda fuera, por tanto, del ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 92 del Tratado si devenga intereses al referido tipo (del mercado de capitales)”.

de la Competencia se ha tenido que pronunciar sobre la posible vulneración del derecho de la competencia por parte de las sociedades públicas de gestión urbanística, las deficiencias y poco desarrollo de nuestro derecho nacional de defensa de la competencia saltan a la vista.

En primer lugar la resolución de 20 de julio de 1998 resuelve un asunto en el que se pretendía por parte de la Asociación de Empresarios de la Construcción de Las Palmas, calificar, como ayudas de Estado la cesión de suelo por parte del ayuntamiento a una sociedad mercantil cuyo capital social era íntegramente del Gobierno autónomo de Canarias. En este caso el propio Tribunal de Defensa de la Competencia califica esta cesión, lógicamente, como ayudas¹⁸⁴ públicas, sin embargo, dada su poca capacidad de actuación en casos de ayudas públicas el TDC no puede derivar ninguna consecuencia de dicha calificación. Merece también destacarse otro Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que se refiere a un caso de sociedades públicas de gestión urbanística, me refiero a la de 6 de abril del 2000, en la que se cuestiona la actuación de una empresa mercantil participada íntegramente por el ayuntamiento del Puerto de Santa María en la compraventa de determinados terrenos en la que se incorporaba una condición resolutoria en caso de que no se modificase el plan general de ordenación urbana para posibilitar la implantación de un campo de golf en desarrollo de un convenio urbanístico a suscribir con el ayuntamiento. Para el denunciante, la empresa pública vende los terrenos contando con el apoyo de la modificación del suelo urbanizable o del suelo destinable a la construcción de campos de golf. Pues bien, a pesar de que el Tribunal de Defensa de la competencia considera que en el mercado de los campos de golf la citada empresa pública tiene una posición de dominio por su especial vinculación con el ayuntamiento y por el carácter abusivo de su conducta, se decide el

¹⁸⁴ Resolución del TDC de 17 de diciembre de 1997 (expediente MC 24/97) (AC 1997, 2494; en este caso una asociación de ambulancias se quejaba de las condiciones más favorables que disfrutaba la Cruz Roja “al contar con diversos tipos de ayudas públicas de las que los miembros de la asociación denunciante carecen.

archivo de las actuaciones sobre la base de la cobertura legal que tendría la actuación desarrollada por la conexión entre a empresa y el ayuntamiento.

A pesar de que sea la vía de defensa de la competencia la vía más adecuada, dadas las dificultades mencionadas, la única posibilidad que quedaría para tratar de que los Tribunales de Justicia conocieran de esta situación, consistiría en la alegación de la vulneración que se produce del principio de igualdad. A pesar de tratarse de desigualdades con reconocimiento legal” en determinados casos podrían entenderse no suficientemente justificados ni proporcionados al fin que se persigue. Esta sería la primera de las situaciones a las que llegamos con este discurso. Si las sociedades municipales de gestión urbanística deciden actuar en el ámbito de la gestión urbanística en concurrencia con la iniciativa privada pero manteniendo todas las especialidades posicionales mencionadas, no deben considerarse como constitucional ni, por tanto, conforma con el ordenamiento jurídico. A sensu contrario, si se quiere seguir actuando en competencia y se consiguen eliminar todas estas especialidades posicionales¹⁸⁵, la situación será perfectamente legítima Segunda posibilidad, más correcta, es sostener el mantenimiento de esta situación jurídica de privilegio, consecuencia de la aplicación de un régimen de derecho de la competencia más relajado y propio de las actividades de interés general.

La efectividad del derecho de la competencia en un Estado Social y Democrático de derecho no debe ser absoluta e incondicional. Por el contrario, defendemos la necesidad de que existan «diferentes grados en la aplicación» de

¹⁸⁵Aceptan esta concepción la mayor parte de autores que tratan el tema. A título de ejemplo podemos señalar FONT GALAN, J.I.; *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid 1987, pág 127, *Derecho administrativo*. Parte especial dirigida por BERMEJO VERA, J; Madrid, Civitas 1994. Las ventajas que, para el entero sistema, se derivarán de esta concepción son: “una mejor asignación de los recursos económicos, precios más bajos, mayor calidad y mayor progreso social”; en este sentido, entre otros, CASES PALLARES, L.I.; *Derecho administrativo de defensa de la competencia*, HUERTA ARRIBAS, E., “*Sobre el papel de la política de la competencia en España*” en la obra colectiva *Regulación y competencia en la economía española*, dirigida por VELARDE, J, GARCIA DELGADO, J.L. y PEDREÑO, A. Madrid, Civitas, 1995, también ROSIGNOLI JUST, J.A. *Hacia una nueva aproximación al Derecho de la competencia en España*”, en octubre 1987

este sector del ordenamiento jurídico, dependiendo de la trascendencia de la actividad económica a analizar, no de la cualidad pública o privada del sujeto que le lleva a cabo. Se trata, por tanto, de una eficacia limitada o restringida pero basada en criterios exclusivamente objetivos, es decir, en razón de la materia, no en subjetivos como todavía ocurre en muchas ocasiones.

Siempre han existido y seguirán existiendo un grupo de actividades que por una especial presencia, tienen que ser desarrolladas por los poderes públicos y que el ordenamiento jurídico trata de facilitar su consecución, entre otros métodos, reservando una aplicación “especial”, menos rigurosa del derecho de la competencia.

En el derecho comunitario existe una institución que intenta dar respuesta a la problemática anunciada. El antiguo art. 90.2 del TCE, ahora 86.2, contiene la ambigua pero expresiva noción de «servicios de interés económico general». En este caso, cuando la aplicación del derecho de la competencia a este tipo de actividades impida materialmente su realización, aquella podrá ser contemplada parcial y limitadamente. Para la jurisprudencia comunitaria el pago de una ayuda estatal puede, en virtud del apartado 2 del art. 86 del Tratado eludir la prohibición del art. 87 (antiguo 92) de dicho Tratado, siempre que la ayuda de que se trate tenga como único fin compensar los costes adicionales generados por el cumplimiento de la misión específica que incumbe a una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general y que la concesión de la ayuda resulte necesaria para que dicha empresa pueda cumplir sus obligaciones de servicio público en condiciones de equilibrio económico¹⁸⁶».

¹⁸⁶ Analizando la reciente jurisprudencia del TJCE sobre el antiguo art. 90.2 (ahora 86.2), puede verse el trabajo de LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.B., “Alcance y aplicación del art. 90.2 (nuevo 86.2) del Tratado de la Comunidad Europea en la Jurisprudencia Comunitaria”, en REDA, nº 102 (1999), pág. 308 y ss. Igualmente, sobre esta cuestión JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ A., “Servicio público, interés general, monopolio. Recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)”, en REDA nº 84 (1994).

Al tratarse de una ventaja fiscal en beneficio de una empresa encargada de una misión de servicio público que también ejerce actividades en los sectores competitivos, no se incumplen los requisitos de apartado 2 del art. 86 del Tratado cuando se llega a la conclusión de que la posibilidad de una subvención cruzada queda excluida en la medida en que la cuantía de la ayuda controvertida sea inferior a los costes adicionales generales por el cumplimiento de la misión específica a que se refiere dicha disposición, es decir, cuando se ha puesto la condición de que la ventaja fiscal no sea superior a los costes adicionales del servicio público. Esta doctrina se ha reiterado ahora en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de febrero de 1997 recogida en el ATJCE (Sala cuarta) de 25 de marzo de 1998, asunto C-174/97: *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) y otros contra la comisión de las comunidades europeas* por el que se desestima el recurso de casación interpuesto contra la citada sentencia. En el Derecho español no existe una institución paralela a la comunitaria que tenga como finalidad exclusiva limitar la aplicación del derecho de la competencia. En este sentido, la noción de interés general podría cumplir esta función. Se trata de encontrar un ámbito material de actividad de las sociedades municipales de gestión urbanística, donde el interés general amortigüe la aplicación del derecho de la competencia. La labor de búsqueda de ese ámbito material total o parcialmente «inmune» al derecho de la competencia, tiene que realizarse atendiendo a una serie de criterios y principios. En este sentido, hay que tener en cuenta que la mayor parte de las especialidades posicionales de las sociedades municipales de gestión urbanística analizadas tienen reconocimiento y amparo legal. La ratio interna de estas normas legitima estos auténticos privilegios en razones de interés¹⁸⁷ general. Ante la vaguedad e

¹⁸⁷PALOMAR OJEDA, A. “*La organización instrumental pública*”, considera también que “*susceptibles de contraprestación*” pág.419-420, han de serlo todas las actividades de la Entidad, sin perjuicio de reconocer que no es elemento diferenciador suficiente entre estas Entidades y las sociedades mercantiles instrumentales. En igual sentido, BETANCOR RODRÍGUEZ, A. “Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa”, Documentación Administrativa nº 246-247, 1996-1997, pág 451. Sin embargo, este último parte de la base de que el requisito del “interés

imprecisión de este término, ha sido el Tribunal Constitucional el que sobre la base de la interpretación del principio de igualdad, ha fijado una serie de criterios ante cuya presencia las desigualdades legales, sobre todo en el ámbito de las relaciones económicas, pueden considerarse constitucionales y compatibles con el principio recogido en el art. 14 de la CE. Estos principios y criterios nos permitirán concretar en qué situaciones y circunstancias la aplicación del Derecho de la competencia a las especialidades posicionales de las sociedades municipales de gestión urbanística con reconocimiento legal puede entenderse limitado. Estos requisitos son:

- a) Ante supuestos de hecho idénticos no cabe otorgar consecuencias jurídicas distintas
- b) Las especialidades posicionales deben estar objetiva y razonablemente justificadas.
- c) Debe existir una adecuación entre los medios empleados¹⁸⁸ y los fines que se persiguen con la medida discriminatoria.
- d) Estas especialidades posicionales deben estar dirigidas al cumplimiento de algún fin constitucional.

público” sólo afecta a los bienes que pueden producir las Entidades, y no a los servicios que prestan. En cualquier caso, la determinación de funciones es imprecisa.

¹⁸⁸ La diferenciación entre la vulneración del principio de igualdad entre la aplicación de la Ley” y “en la Ley”, ha sido destacada por el Tribunal Constitucional desde sus primeros pronunciamientos sobre la cuestión. Así, en las SSTC de 10 de noviembre de 1981 y de 14 de julio de 1982, más recientemente, la 39/1989, de 16 de febrero. En ellas se destaca que el principio de igualdad vinculada a todos los Poderes del Estado, incluyendo, evidentemente, entre ellos al legislativo. A esta diferenciación también se ha referido la doctrina: entre otros, puede verse; SUAY RINCÓN, J. *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, IEAL, 1985; ALONSO GARCÍA, R. “El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución española”, en RAR n.º m. 100-102 (1983), vol I. p.p. 21-92; LOPEZ RODO, L., “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional² en Revista de Derecho Privado, Madrid 1983; JIMÉNEZ CAMPO, J.; “La igualdad como límite frente al legislador” en Revista Española de Derecho Constitucional, núm 9 (1983). Además, sobre este principio, puede verse: ENTRENA CUESTA, R., “El principio de igualdad ante la Ley y su aplicación en el Derecho administrativo” en RAP, núm 37 (1962); MARTÍNEZ LOPEZ MUÑOZ, J.L. “Subvenciones e igualdad” en REDA, núm. 65 (1990). ESCRIBANO COLLADO, P., “En torno a los principios de libertad e igualdad en el Derecho administrativo”, en *Documentación Administrativa*, núm 162 (1974).

En definitiva, de la aplicación de estos criterios a la actividad que llevan o pueden llevar a cabo las sociedades municipales de gestión urbanística, los ámbitos que, conforme al ciclo económico actual, encontrarían el respaldo de una aplicación del Derecho de la competencia más limitada, en el sector de la edificación, la promoción de viviendas para venta de protección oficial de promoción público; de promoción privada régimen especial; la rehabilitación de viviendas; la promoción de viviendas de alquiler para rentas bajas. En el sector de la urbanización de terrenos, la que tenga lugar para venta a precios más bajos que los que rigen en el mercado, ya que podrían convertirse estas sociedades en los agentes urbanizadores públicos que parece demandar con más fuerza el nuevo derecho urbanístico. Cualquier otro tipo de actividad diferente a las enunciadas, manteniéndose el cuadro de especialidades¹⁸⁹ comentadas, sería contraria al principio constitucional de libre competencia. Además de ser en este ámbito donde exclusivamente se permite una aplicación limitada del derecho de la competencia, es también en el mismo donde entendernos que el interés público en materia de gestión urbanística, reclama una decidida respuesta intervención de los poderes públicos. Por tanto, en definitiva, de acuerdo con Arana García consideramos que la presencia de sociedades municipales de gestión urbanística tal y como están configuradas actualmente por nuestro ordenamiento jurídico, es bastante útil si son empleadas, principalmente, para cubrir las deficiencias que en el ámbito de la gestión urbanística el mercado, por sí solo, no es capaz de satisfacer.

¹⁸⁹ Vid. STS 39/1988, de 16 de febrero; La parte apelante, una sociedad anónima (Alconza) interpone un recurso de amparo frente a la sentencia de la sala tercera del TS, de 28 de mayo de 1985, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra el acto denegatorio presunto del presidente del gobierno en relación con la solicitud de “concesión de las mismas ventajas, subvenciones, fraccionamientos, demoras y cualquiera otras condiciones y derechos que se hubieran otorgado a “General Eléctrica Española” u otra empresa competidora del sector. La criticable solución adoptada por el TC en este asunto es justificable, precisamente, por la ausencia de criterios económicos para enjuiciar este tipo de asuntos.

3.7. Régimen especial de contratación de las Sociedades Municipales Urbanísticas.

Para empezar a estudiar, el régimen específico de contratación de las sociedades municipales urbanísticas, debemos tener en cuenta, y realizar un análisis comparativo en relación al RD legislativo 2/2000 de 16 de junio, por el que se aprueba la Ley de contratos actualmente derogada, y la actual ley de contratación pública, ya que, el perfil del contratante en combinación con el criterio de la noción de interés general bajo los parámetros del poder adjudicador, establecerán el régimen actual de contratación de dichas sociedades. Así pues, la disposición adicional sexta del RD legislativo 2/2000 señalaba, *que las sociedades mercantiles, en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las administraciones públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustaran en su actividad contractual, a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios*. Dicho precepto en mi opinión, era un tanto desconcertante, ya que existen diferentes conceptos jurídicos indeterminados que necesitan de una posterior explicación por parte de la doctrina y la jurisprudencia ¿Qué significa realmente ajustar la contratación los principios de publicidad y concurrencia? ¿Significa ello aplicar toda la Ley contractual, o solamente los principios inspiradores de la misma bajo un régimen de flexibilidad contractual? Y la posterior coletilla, “*salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios*”. ¿Qué significa? Para comprenderlo en primer lugar creemos que debería dejarse claro cómo deben aplicarse, y en qué medida los principios de publicidad y concurrencia, porque una cosa es ajustar la actividad contractual y otra totalmente diferente es aplicar de manera taxativa todos los principios¹⁹⁰ contractuales que hacen

¹⁹⁰ Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha nº64/1999, de 21 de septiembre indica que: “Igualmente debe tenerse en cuenta que la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el artículo 1.3 y en la Disposición adicional sexta, ha excluido de su ámbito de aplicación a “las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos o entidades de derecho público”, cuya actividad contractual se sujeta tan sólo a los principios de publi-

referencia a la publicidad y a la concurrencia, y ¿Cuándo es incompatible la realización con estos principios?. Del contexto de la Ley se deduce que esa coletilla de la operación a realizar, es un cajón de sastre para eludir nuevamente la normativa contractual pública. Y hasta ahora, derivada de la praxis administrativa en régimen contractual de las sociedades municipales, podemos deducir que estos principios de publicidad y concurrencia, se aplican a la preparación de los pliegos de condiciones, que sirven de soporte al contrato, siguiendo las pautas y principios administrativos de la legislación contractual. En segundo lugar, que la publicidad aun no siendo necesaria publicarla en el Boletín Oficial del Estado, o el de la Comunidad Autónoma respectiva, se haga con una extensa difusión para facilitar la libre concurrencia. Todo ello, nos conducirá a tener que estudiar de manera pormenorizada, todos y cada uno de los principios contractuales, en relación al poder adjudicador y a los organismos públicos, en especial entidades mercantiles, al amparo de dicha normativa y a la actividad realmente prestada.

El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobaban el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, (en adelante, LCAP), contenía dos previsiones normativas en relación con las sociedades mercantiles creadas por las Administraciones Públicas, que resultarán aplicables en los términos que veremos para las entidades locales, ya que el art. 3.1., se enmarcaba en un precepto que lleva por título “adjudicación de determinados contratos de Derecho privado, que establecía¹⁹¹ que las “entidades

cidad y concurrencia, “salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”. En definitiva, se trata de una somera referencia a unos principios generales cuya articulación carece de regulación legal, dado que el legislador no se remite a las prescripciones de la LCAP, principios que incluso la norma permite que sean excepcionados siempre que la naturaleza de la operación a realizar incompatible con aquéllos.

¹⁹¹En la redacción dada a este artículo por la disposición final 4.1. de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre. Resulta criticable la gran volatilidad de este precepto que ha sido modificado en diversas ocasiones, sin que parezca que el legislador encuentre su redacción adecuada. La redacción originaria del apartado primero del artículo 2º de la LCAP era: “Las entidades de Derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, respecto de los contratos en los que concurren

de derecho público o de derecho privado con personalidad jurídica propia no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, cuando celebren contratos de obras de cuantía igual o superior a 5.278.00 euros, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior a 211.000 euros, con exclusión, igualmente, del referido impuesto, siempre que tales entidades hubiesen sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y concurra en ellas alguno de los requisitos referidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior”¹⁹². Cabe des-

los siguientes requisitos: a) Que se trate de contratos de obras y de contratos de consultoría y asistencia y de servicios relacionados con los primeros, siempre que su importe, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 891.521.645 pesetas (5.358.153 euros equivalentes a 5.000.000 de derechos especiales de giro), si se trata de contratos de obras, o a 35.660.846 pesetas (214.326 euros equivalentes a 200.000 derechos especiales de giro), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados; b) Que la principal fuente de financiación de los contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las Administraciones Públicas”. Esta redacción primigenia, además de la adaptación de las cuantías realizada por diversas órdenes ministeriales en virtud de lo previsto en la disposición adicional segunda de la LCAP, ha sido modificada por el art. 67.1 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, por el art. 34.1 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo y, finalmente, por la disposición final 4.1. de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre.

¹⁹²Esta redacción simplifica notablemente la redacción anterior dada por el art. 34.1 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, y que establecía que las entidades de derecho público no recogidas en el artículo primero de la LCAP, las sociedades mercantiles a que se refieren los párrafos c) y d) del apartado 1 del artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, “LPAP”), y otras sociedades mercantiles equivalentes de las demás Administraciones Públicas creadas “para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil” quedaban sujetas a las prescripciones de la LCAP relativas a capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obra, de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior a un valor determinado. La letra c) del artículo 166 de la LPAP entiende por sociedades mercantiles estatales aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1998, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50 por 100. En la letra d) del mismo artículo, se contempla a las sociedades que, al no cumplir las condiciones exigidas por la letra c) descrita, no puedan ser consideradas como sociedades mercantiles estatales, pero se encuentren en el supuesto previsto en el art. 4

tacar que, en el art. 2.1. LCAP, se descartaba la sujeción de la legislación de contratos de las Administraciones públicas para aquellas entidades de derecho público o de derecho privado, entre las que pueden incluirse sin dificultad las sociedades municipales de gestión urbanística, que tengan carácter industrial o mercantil y ello aunque pudieran cumplir genéricamente fines de interés general, puesto que si tienen carácter industrial o mercantil quedarán exceptuadas de la aplicación del supuesto de hecho de la norma con base en la dirección general del precepto (“necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”). Por su parte, la referencia a las entidades de derecho público o de derecho privado que satisfacen “específicamente” necesidades de “interés general” (que no tengan “carácter industrial o mercantil”) debe entenderse equivalente a la que se contiene en el art. 5.2. letra b) de la propia LCAP que se refiere a aquellos contratos que resultan vinculados “al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública”. Resulta claro que se pretende establecer un régimen de sujeción a la LCAP de aquellas entidades de derecho público o de derecho privado creadas por la Administración Pública que tienen por objeto la prestación de servicios públicos, entendido en un sentido amplio, o funciones públicas en lo que se refiere el art. 2.1 LCAP y para su configuración como contratos administrativos especiales en el supuesto del art. 5.2.b) LCAP.

La disposición adicional sexta, en la redacción dada por la disposición final 4.4 de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre¹⁹³, de presupuestos Generales del

de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos.

¹⁹³ También la disposición adicional sexta ha sufrido constantes cambios de redacción, hasta un total de cuatro redacciones diferentes en siete años de vigencia. La redacción originaria era la siguiente “Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las administraciones públicas o de sus organismos autónomos, o Entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”. Ha modificado su redacción sucesivamente: i) el artículo 67.2 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, ii) el artículo 34.2 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo y, finalmente, la disposición final 4.4 de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre. Estos cambios, al igual que los

Estado para el año 2007, titulada principios de contratación en el sector público, establecía dos supuestos de hecho distintos: a) las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de una Administración Pública, o de un Organismo autónomo o Entidad de derecho público dependiente de ella o vinculada a la misma, sea superior al 50 por 100, así como las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una de estas entidades, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las mismas, se ajustaran en su actividad contractual, cuando no estén sometidas a las previsiones del artículo 2.1, a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios; b) en segundo lugar, las sociedades sujetas el art. 2.1. de la LCAP. Para las sociedades incluidas en el supuesto de hecho de esta disposición adicional, se establece que su actividad contractual se ajustara a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios. Por cierto, la norma no aclara cómo ha de articularse el cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia, aunque ha de tenerse en cuenta que no se hace reenvío alguno al régimen jurídico específico de la LCAP. En este sentido, el Informe 24/1995, de 24 de octubre¹⁹⁴, de la Junta consultiva de contratación administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda afirma de forma expresa que “aparte de las salvedades de que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con los principios de publicidad y concurrencia la disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sujeta la actividad contractual a los reseñados principios e, insistiendo en que la misma regulación existía con anterioridad a su entrada en vigor. Por lo que cabe únicamente resaltar que la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia no supone en modo alguna la sujeción a las normas concretas so-

relativos el art. 2.1 de la LCAP, traen causa de diversas Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, en concreto las Sentencias de 19 de mayo de 2003 y de 13 de enero de 2005.

¹⁹⁴ El informe se titula “*Aplicación de la disposición adicional sexta de la ley de contratos de las Administraciones Públicas a las sociedades integradas en el grupo ENA*”.

bre publicidad y concurrencia de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, pues de haber querido el legislador este efecto lo hubiera consignado expresamente”. Vemos que la interpretación del legislador en relación a la aplicación de las normas concretas de contratación era mucho más flexible en la legislación anterior que en la actual, pero sembraba demasiadas dudas en relación a conceptos jurídicos indeterminados que distorsionaban el principio de transparencia que toda legislación contractual debe cumplir. El análisis de las dos normas que acabamos de reseñar relativas a la regulación por la LCAP de las entidades de derecho público o de derecho privado, incluidas las sociedades mercantiles que se distinguen por el especial régimen jurídico a que se sujeta su contratación. Las sociedades mercantiles, que cumplan el supuesto de hecho de aplicación del art. 2.1 LCAP, creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, la aplicación de la LCAP para estas sociedades dependerá del tipo de contrato ante el que nos encontramos. Si se trata de alguno de los contratos enunciados en el art. 2.1 LCAP obras, suministro, consultoría y asistencia y de servicios con cuantía igual o superior a la fijada en el propio artículo), quedarán sujetos a las prescripciones de la propia LCAP relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación art. 2.1 LCAP. El resto de contratos de estas sociedades mercantiles quedarán sujetos en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios (D.A. 6ª). El resto de sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa de las Administraciones Públicas no comprendidas en el apartado anterior, incluidas también las sociedades *que tengan* carácter industrial o mercantil, dado que no se excluyen expresamente de su amplia definición por la D.A. 6ª. La actividad contractual de estas sociedades mercantiles deberá ajustarse a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios. Ha de destacarse que los citados art. 2.1 y D.A 6ª eran los únicos preceptos que regulaban el régimen de contratación de las sociedades mercantiles creadas por las

Administraciones públicas y que expresamente el art. 1.2 LCAP no incluye a estas sociedades dentro del concepto de “Administración Pública” a efectos de la LCAP. Esta exclusión ha sido recogida por varios autores de forma crítica, siendo destacable la opinión de Ariño Ortiz¹⁹⁵ que afirma que:

“Las sociedades mercantiles con participación mayoritaria de capital público no han sido incluidas, como se ve, en el régimen de contratación propio del derecho público, ni en su preparación y adjudicación, ni en la regulación de su contenido. Quedan una vez más remitidas a la inoperante solución contenida en la disposición adicional sexta. Ya hemos dicho que, como acreditan 20 años de experiencia (1975 a 1995) ésta es una fórmula perfectamente inútil, por lo que resulta muy criticable la solución finalmente acordada es este aspecto por el Congreso”. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que el régimen jurídico de las sociedades mercantiles creadas por la Administración no pueden ser, por ejemplo, en materia de enajenación de inmuebles, el régimen previsto por la normativa local para las entidades locales o la Administración que corresponda, dado que la sociedad mercantil es una persona jurídica diferente del Ayuntamiento y no es Administración entendida en sentido orgánico. Finalmente, cabe hacer referencia a la figura del poder adjudicador (también entidad adjudicadora) que ha utilizado la normativa comunitaria para definir la aplicación del derecho europeo de contratación pública y que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha vinculado, entre otros caracteres, con la inexistencia en el poder adjudicador de un carácter industrial y mercantil (vid. Por todas la Sentencia de 13 de octubre de 2003, Asunto C-280/00, caso SIEP-SA). Dado que las sociedades municipales de gestión urbanística, lo adelantamos ya, se configuran como un supuesto nítido de sociedades de carácter industrial y mercantil, no cabría incluirlas en el concepto jurídico de poder adjudicador. En este sentido, se manifiesta Noguera de la Muela¹⁹⁶ al afirmar que

¹⁹⁵ARIÑO ORTIZ, G: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, Tomo I, Ed. Comares, Granada, 2002. Pág. 116

¹⁹⁶NOGUERA DE LA MUELA, B; *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de contratos de las Administraciones públicas*. Ed. Atelier, Barcelona, 2001.

del concepto de ente de Derecho público utilizado por la normativa estatal tan sólo es posible “excluir las empresas públicas con forma societaria que realizaran una actividad mercantil, en el sentido más estricto del término y en régimen de libre competencia”, requisitos que, en nuestra opinión, se cumplen en el caso de las sociedades municipales de gestión urbanística, que inmediatamente analizaremos, aunque personalmente difiero enormemente de la interpretación realizada por la autora citada en relación a que dichas sociedades no puedan ser poder adjudicador, por las razones que argumentaremos más adelante.

Ciertamente, la expresión salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios” (se refiere, como hemos dicho, a los de publicidad y concurrencia) utilizada por la Disposición Adicional 6ª LCAP resulta oscura y su interpretación no resulta especialmente sencilla. Desde luego, establece una regla cuya concreción ha de ser realizada por cada operador jurídico y caso por caso. Llama la atención la utilización del vocablo “operación” que no es utilizada en el resto del texto de la LCAP, pero que razonablemente debe ir más lejos del propio concepto de contrato, puesto de que de otra forma habría utilizado esta expresión, abarcando también, en nuestra opinión, actuaciones puramente materiales.

Una buena forma de determinar el verdadero sentido de la expresión que analizamos y de perfilar los supuestos en los que debe utilizarse, en los términos previstos en el art. 3.1 del Código Civil, reside en el análisis de la tramitación parlamentaria de la propia LCAP. Resulta especialmente significativa, a estos efectos, las intervenciones del representante del PSOE, Sr. Varela, en la Comisión del Congreso correspondiente en la defensa de una enmienda presentada al proyecto de Ley para adecuar la Ley a las exigencias de las Directivas Comunitarias¹⁹⁷ y que dio lugar a la redacción primigenia de la disposición

¹⁹⁷ Vid. La enmienda núm. 179 en BOCG-CD, V legislatura, A-56-11, del día 12 de septiembre de 1994.

adicional sexta de la LCAP y cuyos principios básicos se mantienen en la redacción actual. En concreto, el Sr. Varela afirma¹⁹⁸:

“Dicho esto, voy a analizar de qué forma las enmiendas socialistas tratan un tema tan importante que todos los Grupos han convenido que era el punto fundamental en el debate de esta Ley, como es el ámbito de aplicación subjetiva. Al decir esto, hay que tener en cuenta que todos los entes públicos y no públicos que reciben fondos de carácter público de manera mayoritaria tienen que someterse de alguna forma a las prescripciones o principios de esta Ley, pero lo hacen, evidentemente, como debe ser, con un grado muy diferente. No es lo mismo, desde luego, una Administración pública como puede ser un determinado Ministerio o una Dirección General que una sociedad anónima que se dedica a producir bienes, que tiene que poner en el mercado en un régimen de libre competencia con las sociedades privadas”.

“Por tanto, en estos tres niveles de sujeción podemos señalar, el primero, la sujeción total a la Ley de las Administraciones Públicas Administración del Estado, Comunidades Autónomas, Entidades locales, organismos autónomos en todo caso, entidades de Derecho público creadas con fines de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial financiadas mayoritariamente con fondos públicos, o controladas o dirigidas mayoritariamente por alguna Administración. En un segundo nivel, la sujeción a los preceptos más importantes que la Ley contiene sobre capacidad de las personas para contratar, publicidad, procedimiento de licitación y de formas de adjudicación, en donde estarían las entidades de Derecho público no comprendidas en el ámbito anterior, es decir las entidades que tienen carácter mercantil o industrial. En un tercer nivel, la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia de la Ley, salvo incompatibilidades de la naturaleza de la propia operación, en donde estarían incluidas las sociedades mercantiles con participación en su capi-

¹⁹⁸ Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones –Régimen de las Administraciones Públicas-, V legislatura, sesión de 16 de noviembre de 1994.

tal, exclusiva o mayoritariamente, de una administración, organismo autónomo o ente de Derecho público”.

El momento más relevante de la intervención es el que justifica qué ha de tenderse por entidades de Derecho público que no tienen carácter mercantil o industrial, sosteniendo el Sr. Varela en relación con los entes públicos del segundo nivel de sujeción que ha definido¹⁹⁹.

“¿a qué entes excluye? A los que producen bienes y servicios para su venta en el mercado y que concurren con éste, por tanto, con las empresas privadas, de forma tal que de sujetarlas a la Ley quedaría entorpecido su tráfico ordinario, situándolas en posición de desventaja. Un tema polémico, no cabe duda, es el de las sociedades mercantiles. La legislación que debe regir a estas sociedades, es evidente, es la de sociedades anónimas, por varias razones. La sujeción de estas sociedades a procedimientos de contratación más complejos y costosos que los usuales para otras sociedades supondría situarlas en una posición desventajosa, pero la no sujeción a la Ley que regula los contratos administrativos no significa que los gestores de estas sociedades puedan actuar de forma incorrecta en perjuicio de los intereses de sus socios. La Ley General Presupuestaria y la legislación del Tribunal de Cuentas establecen los mecanismos de información y control a que están sujetas estas sociedades”.

La referencia expresa a las sociedades mercantiles no puede ser más tajante y clarificadora de las verdaderas intenciones del legislador. De forma directa, se asume que las sociedades mercantiles que producen bienes y servicios y que concurren en el mercado no pueden estar sujetas a las limitaciones que rigen la contratación pública, puesto que, de otra forma, se encontrarían en una posición de desventaja. De esta forma, cabe identificar las operaciones incompatibles con los principios de publicidad y concurrencia con aquellas que tienen por objeto la venta directa en el mercado en concurrencia con empresas privadas de forma que, continuando con el razonamiento que realizaba el defensor

¹⁹⁹ Vid. Diario de sesiones, cit.

de la enmienda citada, si se exige a la sociedad mercantil en mano pública, en sectores en los que concurre en competencia con las privadas, mayores requisitos procedimentales que los exigidos por el derecho privado, quedaría entorpecido “su tráfico ordinario” quedando las sociedades mercantiles creadas²⁰⁰ por las

²⁰⁰La STS de 30 de enero 2008, rec. de casación núm. 548/2002, FFDD 3.º y 4.º, en aplicación de esta Sentencia del Tribunal de Justicia, del Asunto TRAGSA, que se acaba de mencionar, analizó si los contratos públicos que celebre la Administración con la sociedad TRAGSA deben estar sometidos o no a licitación obligatoria. La sentencia afirma –después de la decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en resolución de la cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo- que la sociedad TRAGSA se configura como un medio propio de la Administración, sin autonomía para rechazar la ejecución de las obras que se encomiendan o para decidir los precios de las mismas. Dado que su régimen jurídico está determinado por norma con rango de ley (art.88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre) y queda comprendida en el supuesto previsto por el art. 153 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo); y, en definitiva, que dicho régimen jurídico excluye a TRAGSA del sometimiento a la regulación ordinaria sobre contratación pública establecida por la citada Ley 13/1995. Y además, al respecto aclara el Tribunal Supremo que “desde el punto de vista del derecho interno, el hecho de que el régimen jurídico de TRAGSA esté configurado por la referida Ley 66/1997 y expresamente contemplado por la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 153) –ratione temporis no es aplicable la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (vid. Su Disposición final duodécima sobre entrada en vigor) cuya Disposición adicional trigésima establece el “Régimen jurídico de la “Empresa de transformación Agraria, Sociedad Anónima” (TRAGSA), y de sus filiales”- hace que debemos partir de la conformidad a derecho de la inaplicación a TRAGSA y sus filiales de la regulación ordinaria sobre contratación pública, salvo que entendiésemos que dicho régimen es contrario a la Constitución o al derecho comunitario”. El régimen expuesto finalmente se concretó en la Disposición Adicional 30 de la Ley de Contratos del Sector Público (vid. La vigente DA 25 TRLCSP), que regula la consideración de TRAGSA y sus filiales como medios propios instrumentales de la Administración del Estado y de las Administraciones autonómicas, - así como de sus respectivos organismos dependientes-, a efectos de su exclusión del régimen comunitario de la contratación pública, cuya dicción literal es la que sigue: “Disposición Adicional 25 TRLCSP, las sociedades del grupo TRAGSA también estarán obligadas a satisfacer las necesidades de los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales en la consecución de sus objetivos de interés público mediante la realización, por encargo de los mismos, de la planificación, organización, investigación, desarrollo, innovación, gestión, administración y supervisión de cualquier tipo de asistencias y servicios técnicos en los ámbitos de actuación señalados en el apartado anterior, o mediante la adaptación y aplicación de la experiencia y conocimientos desarrollados en dichos ámbitos a otros sectores de la actividad administrativa. Asimismo, las sociedades del grupo TRAGSA estarán obligadas a participar y actuar, por encargo de los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales, en tareas de emergencia y protección civil de todo tipo, en especial, la intervención en catástrofes medioambientales o en crisis o necesidades de carácter agrario, precuario o ambiental; a desarrollar tareas de prevención de riesgos y emergencias de todo tipo; y a realizar actividades de formación e información pública en supuestos de interés público y, en especial, para la prevención de riesgos, catástrofes o emergencias.

administraciones públicas en clara “posición de desventaja” con respecto a sus competidoras privadas. En el fondo, esta interpretación identifica el objeto mercantil o industrial de las sociedades mercantiles constituidas por las administraciones públicas con la exención de la necesidad de someter la actividad de estas sociedades a los principios de publicidad y concurrencia o a otros requisitos exigidos por la LCAP dado que, lógicamente, toda la actividad de estas sociedades será identificable con “operaciones” incompatibles con los principios de publicidad y concurrencia. Pero esta situación no pone en tela de juicio las conclusiones que hemos obtenido con anterioridad, sino que pone de manifiesto la deficiente redacción de la normativa aplicable que, al final, es el resultado de sucesivos cambios normativos llevados a cabo sin una reflexión de conjunto. Si aplicamos los argumentos anteriores a las actuaciones que, en su actividad ordinaria lleva a cabo una sociedad urbanística, cabe concluir de nuevo que sus actividades, en la medida que concurren en el mercado con sociedades de titularidad privada y no suponen el ejercicio de funciones públicas, resultan incompatibles con los principios de publicidad y concurrencia, puesto que, de otra forma, las sociedades municipales de gestión urbanística se encontrarían en peor condición que las sociedades privadas en su concurrencia en el mercado, resultando en una clara posición de desventaja con éstas. En concreto, si las sociedades municipales de gestión urbanística tuvieran que someterse a las reglas de publicidad y concurrencia para la elaboración de proyectos de urbanización o para enajenar las parcelas resultantes de la urbanización, reales ejemplos de las labores habituales de estas sociedades, su actuación quedaría en franca desventaja con respecto a la de los competidores²⁰¹ privados en el mercado.

²⁰¹ La Resolución del TDC de 30 de diciembre de 1993 abordó, igualmente, la problemática de una empresa pública (SEPIVA, dependiente de la Comunidad Autónoma Valenciana) que actuaba en el mercado de la ITV. La citada empresa fue denunciada por empresas privadas competidoras que alegaban que la citada empresa pública abusaba del ejercicio de una posición dominante. La situación de posición dominante, para los recurrentes, tenía lugar, entre otras cosas, por las especialidades posicionales que el carácter público otorgada a SEPIVA. En este caso, el TDC declaró que no había abuso de posición dominante de la empresa, ya que ésta actuaba legitimada por disposiciones legales y reglamentarias. A pesar de que éste fue el pro-

Es importante destacar que a raíz del Real Decreto legislativo 2/2000 de 16 de junio de contratos del sector público, fue una Ley que no satisfago a las instituciones Europeas, sobre todo en relación al ámbito o delimitación subjetiva, así como también por la inadecuada regulación de los procedimientos negociados y el deficiente sistema de garantías, que el ámbito español remitía a los recursos regulados en la Ley 30/1992 –bajo el aserto de que era un sistema de recursos rápido y efectivo-, y que fue objeto de diversas modificaciones de consideración²⁰², tras la disconformidad de la Comisión que denunció ante el TJUE al Reino de España, resultando condenado a lo largo de los últimos años, provocando finalmente la aprobación de una nueva Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, tampoco exenta, en su corto periodo de vida, de diversas reformas de calado, que han desembocado en la aprobación del ya citado Texto Refundido en noviembre de 2011²⁰³. La influencia del Derecho comunitario fue, como se ha puesto de manifiesto en otros momentos, el impulso definitivo –aunque no el único motivo- para la aprobación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en el año 2007, si bien debe recordarse que inicialmente el ámbito de los contratos no fue estrictamente un ámbito de interés para el derecho comunitario, cuyo principal objetivo era asegurar a través de la normativa comunitaria el libre mercado. Como decíamos la adecuación nacional era perentoria no sólo por las condenas que pesaban sobre el reino de España, sino también porque nuevas realidades hacían imperativa la remodelación del derecho nacional, como es l necesaria publicidad y transparencia de la contratación, la apertura a la libre competencia, la intervención de particulares en la realización de contratos públicos o la introducción de medios electrónicos en la con-

nunciamento principal, el TDC, en su fundamento jurídico 8º, se permite recomendar a la Conselleria de la Generalitat valenciana. Debería, por tanto, eliminar el sistema de ayudas públicas que pueden distorsionar la determinación de los precios en función de los costes reales de producción, alterando la posición competitiva de las empresas. Las empresas, en su actuación, deben fijarse como objetivo optimizar su gestión y dicho objetivo puede quedar mediatisado si cabe la posibilidad de acceder a transferencia.

²⁰²Más ampliamente, OLLER RUBERT, M.; *Saneamiento de aguas residuales y reforma del Derecho administrativo*, Atelier, Madrid, 2008, pág. 167 y ss.

²⁰³Sobre las múltiples y sucesivas reformas, vid. MORENO MOLINA, J.A.; en “Presentación del nuevo Texto Refundido”, pág. 5 y ss.

tratación pública²⁰⁴. De hecho la vigente legislación de contratos regula además de la contratación de los poderes adjudicadores por encima de los umbrales económicos, otras cuestiones determinantes como el régimen jurídico de contratos no sujetos a regulación armonizada, los contratos celebrados por sujetos no afectados por las directivas, así como otras fases del procedimiento de contratación no reguladas por el Derecho comunitario, como son los efectos y la extinción, aunque en ese caso solo en relación con las Administraciones Públicas²⁰⁵. Desde su aprobación numerosos trabajos han analizado la nueva Ley, a los que nos remitimos²⁰⁶, fruto de su carácter novedoso, pero también del tortuoso camino que ha seguido la misma, plagado de reformas; por ello, pasamos a destacar los aspectos novedosos que son necesarios para el entendimiento de nuestro estudio centrado en la sujeción de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública a ciertas normas en los procedimientos de contratación.

Una de las principales novedades, de la Ley 30/2007 fue la incorporación de terminología comunitaria y en este sentido la de los sujetos denominados “poderes adjudicadores”, un concepto elemental que ha planteado notables problemas jurídicos y que es esencial para el cumplimiento del principio de igualdad de trato en el procedimiento de contratación, principalmente en las fases de preparación y adjudicación²⁰⁷.

²⁰⁴Sobre el impulso que se ha dado a la contratación electrónica desde la Unión Europea y el ámbito nacional, vid ESCRIBUELA MORALES, F.J.; La contratación del sector público; También, Moreno Molina, J.A. “La utilización de medios electrónicos en la contratación pública”, en La Administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro, Fabra Valls, M./ BLASCO DÍAZ, J.L.; Universitat Jaume I, Castellón, 2007, pág. 123 a 159.

²⁰⁵ Así lo señala DÍEZ SASTRE, S.; evidenciándose con ello la complejidad de la normativa española sobre contratos del sector público “La contratación pública por debajo del umbral europeo en España y Alemania. El problema de las instrucciones internas”, en Revista CE-FLEGAL, también en “Las instrucciones internas de contratación vinculan” en REDA. Pág. 361 y ss

²⁰⁶ Entre otros, GIMENO FELIU, J.M^a *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público*, de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos, Civitas, 2010. pág. 240

²⁰⁷ Vid. El prólogo de GÓMEZ-FERRER MORANT, R. a la obra *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Los poderes adjudicadores, como decíamos, es el eje sobre el que pivota el derecho de la contratación pública europea, y, por ende, nacional. Es a ellos a los que se les aplica las exigencias establecidas en las directivas de contratos de 2004 y por eso, es al ámbito europeo al que debemos remitirnos para entender su significación, a la que también ha dedicado esfuerzos notables la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ante los numerosos incumplimientos e intensos de evasión de aplicación de la normativa por parte de los Estados miembros, de entre los cuales España lamentablemente se convirtió en un ejemplo a no seguir, a tenor de lo dispuesto en las STJUE de 15 de mayo de 2003, de 16 de octubre de 2003 y de 13 de enero de 2005²⁰⁸.

La explicación y entendimiento de los poderes adjudicadores se basa, como ha destacado la doctrina, en la adopción de un criterio funcional, en el que se pretende incluir de manera amplia a los poderes públicos, y también a determinados sujetos privados, prescindiendo, por tanto, de la forma de personificación de los mismos, ya que fundamental es la finalidad de su actuación, lo que determina la aplicación de las normas sobre contratación pública²⁰⁹.

Es en el artículo 1.9 de la Directiva en donde encontramos su definición²¹⁰.

“Son considerados poderes adjudicadores”: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

Es considerado “organismo de Derecho público” cualquier organismo:

²⁰⁸ GIMENO FELIU, J.M^a “ El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector público: luces sombras”, en RAP, 2008, núm. 76, pág.15 y ss.

²⁰⁹ GARCIA-ANDRADE GOMEZ, J., Derecho administrativo en la contratación., pág.21; BLAQUER CRIADO, D, Derecho Administrativo 1^a. El fin, los medios y el control, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág 566; GIMENO FELIU, J.M^a *La nueva contratación pública europea* y GIMENO FELIU, J.M^a *La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública*”, cit. VILLALBA PÉREZ, F; *La contratación de entidades y organismos*, pág.47.

²¹⁰ Un amplio estudio jurisprudencial puede verse en CARBONELL PORRAS, E., “Las sociedades mercantiles públicas y los contratos con terceros en las Directivas comunitarias y en el Derecho español”, en Noticias de la Unión Europea, núm 267, 2007, pág. 30-35. También en FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M^a, *Contratación Pública*, Tomo I. pág. 102 ss

Creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,

Dotado de personalidad jurídica y cuya actividad este mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público”.

De la definición anterior merece una mayor atención el desarrollo de lo que se entiende por “organismo de Derecho público”, pues tal calificación la merecen los organismos que cumplan de manera acumulativa las tres condiciones allí establecidas, como ha tratado el Tribunal en la Sentencia de 13 de abril de 2010 (Asunto C 91/98, FJ 4), de manera que “un Organismo que no cumpla alguno de los requisitos no podrá ser calificado como Organismo de Derecho público y, por tanto, como entidad adjudicadora en el sentido de la Directiva (también la Sentencia del TJUE de 22 de mayo de 2003, Korhoner y otros, asunto C-18/01, apartado 33). El primero de los requisitos es el que ofrece una mayor complejidad en cuanto a su aplicación, si bien el TJUE ha adoptado una interpretación amplia, con el fin de incluir en el ámbito de aplicación de las Directivas al mayor número posible de entes²¹¹. En este sentido ya la sentencia de 15 de enero de 1998 (Mannesmann) señaló que “el requisito exigido en el primer guión del párrafo segundo de la letra b del artículo 1 de la directiva, según el cual el organismo debe haber sido creado para satisfacer “específicamente” necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, no implica que esté únicamente encargado de satisfacer dichas necesidades” (apartado 26,) y aún más, aclara el TJUE en la Sentencia de 10 de noviembre de 1998 (BFI Holding) en relación con este requisito que “debe destacarse, en

²¹¹Nos remitimos a la enumeración de jurisprudencia que trata sobre este asunto que S. Del Saz realiza y que pone de manifiesto la apreciación amplia que el TJUE hace del concepto “necesidades de interés general”, vid “La nueva Ley de Contratos” pág.360-361.

primer lugar, que el primer guión del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la directiva 92/50 solo se refiere a las necesidades que el organismo ha de satisfacer y no se refiere en modo alguno a la circunstancia de que dichas necesidades también puedan ser satisfechas o no por empresas privadas” (apartado 40), de manera que entiende el tribunal que la existencia en el mercado de otras empresas que realicen las mismas prestaciones, no excluye la cualidad de organismos de derecho público atribuida, en este caso, a BFI Holding,. En esa misma línea más recientemente las Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 2007 (Bayerischer) y la Sentencia de 10 de abril de 2008 (Asunto C-392/06), apartado 479. Para finalizar las reflexiones sobre este primer requisito es necesario reproducir, ante la indefinición de las Directivas de qué es una necesidad de carácter mercantil, los razonamientos del TJUE que consideran que el carácter industrial, se deduce si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro como objetivo principal y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad (Sentencias Adolf Truley, 2003, y Korhonen, 2002)²¹².

Sobre el requisito de la personalidad jurídica, el tenor literal del art. 1.9 de la directiva no deja duda sobre la intrascendencia de si se adopte una personalidad jurídico pública o privada, requisito que parece ser que ha costado a España aceptar, pues tradicionalmente se ha escudado en la personificación privada de determinados entes para excluirlos de la aplicación de la normativa comunitaria. Esta fue la cuestión abordada también por TJUE en la Sentencia de 1 de febrero de 2001 (Comisión/Francia) cuando considera a la sociedad anónima de viviendas de alquiler moderado francesa, como “organismo de derecho público” y también en la condena que el Tribunal de Justicia realizó de España en la Sentencia de 15 de mayo de 2003, como se ha dicho anteriormente. Y, finalmente en cuanto a la influencia determinante estableció la Sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, “Más concretamente, en cuanto al criterio

²¹²Así lo entienden, PLEITE GUADAMILLAS, F; *El ámbito de aplicación subjetiva*, y MESA VILA, M, *Manual de Contratación de las Entidades Instrumentales de la Administración, La ley, Madrid 2011*. Pág.41

relativo al control de la gestión, el Tribunal de Justicia ha declarado que dicho control debe originar una dependencia del organismo de que se trate frente a los poderes públicos, equivalente a la que existe cuando se cumplen dos criterios alternativos, a saber, que la financiación proceda mayoritariamente de los poderes públicos o que éstos nombren a la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de ese organismo, permitiendo así a los poderes públicos influir en las decisiones de dicho organismo en materia de contratos públicos (véase la sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartados 48 y 49)". Sin embargo, además del control en la gestión o toma de decisiones, la Directiva incluye dentro de "influencia dominante" otros supuestos como es el de la financiación mayoritaria, entendiendo por tal aquellas que supone "más de la mitad" según estableció el TJCE en la Sentencia de 3 de octubre de 2000. Asunto que también fue objeto de condena a España en los pronunciamientos de 15 de mayo de 2003, de 16 de octubre de 2003 y de 13 de enero de 2005.

Como se desprende de la definición de "poder adjudicador", en este tipo se puede incluir un amplio elenco de organismos, que va desde una Administración territorial, una Universidad pública a una fundación pública, entidad pública empresarial o una sociedad estatal, pero con la matización de que la sujeción a la Ley de Contratos de todos ellos difiere en intensidad según aquellos sean o no Administración pública, a efectos del TRLCSP. Por eso, es necesario dedicar unas líneas destinadas a aclarar la subcategoría de "poderes adjudicadores que no son Administración pública", porque ello supone una sujeción parcial de los mismos al TRLCSP²¹³ y es así sustancial delimitar cuáles son esos sujetos, pues podemos adelantar que se incluye entre los mismos a las entidades públicas empresariales, a las empresas públicas (en las que la participación del sector público sea superior al 50% del capital), las fundaciones (también cuando las aportaciones del sector público superen el 50% del capital), así

²¹³BLANQUER CRÍADO, D., Derecho Administrativo 1º, *Los sujetos la actividad y los principios: Los ciudadanos y las Administraciones Públicas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009. Pág.570 ss

como las sociedades de las anteriores²¹⁴, entes que tradicionalmente en el Derecho español han escapado de las reglas de contratación pública.

Además, otro rasgo propio del derecho interno que ha de tenerse en cuenta en el análisis de esta categoría, es que ésta abarca, a efectos de nuestro estudio, principalmente a dos entes que se consideran tradicionalmente en el Derecho administrativo español, como Administración instrumental²¹⁵, esto es la creación de personificaciones jurídicas con el fin de realizar competencias propias, pero con un régimen de control más flexible que el de las administraciones en sentido estricto. Una aproximación sobre el significado actual de la administración instrumental, que no ha cambiado mucho desde sus orígenes, la proporciona la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2005 que dice “La administración instrumental comprende una importante variedad de Entes, dotados de personalidad jurídica y cierta independencia²¹⁶ del ente matriz que desempeña funciones o servicios encomendados a éste”. Sin embargo y recogiendo el desarrollo desmesurado de estas instituciones advierte también el Al-

²¹⁴ Sobre este tema véase el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 74/2008, de 2 de diciembre

²¹⁵ En la Obra Saneamiento de aguas residuales, se parte y acepta la diferenciación que LÓPEZ MENUDO, F, realiza entre Administración Instrumental e institucional, de manera que la primera se considera una categoría general caracterizada por su instrumentalidad y en la que se incluyen también a las entidades con forma societaria, mientras que la segunda, la Administración institucional, se define como el conjunto complejo de entidades de Derecho Público que sirven funciones propias de las Administraciones Públicas territoriales. Régimen jurídico de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales, en Administración institucional, CGPJ, Madrid, 2004, pág.96 y ss.

²¹⁶ En la práctica y de la experiencia podemos señalar que esta independencia es más nominal que real. No obstante, señala ORTIZ MALLOL, J., dos notas que caracterizan precisamente las entidades instrumentales a las que nos referimos. Una es la personalidad jurídica propia, si bien matiza diciendo que se trata de una “personalidad rebajada” o “semipersonalidad”, ya que la misma es válida en las relaciones frente a terceros, pero no invocable frente al ente matriz, del que depende; y la otra es su carácter instrumental derivado del propio nombre que las define. De nuevo ajusta ORTIZ MALLOL, J., su tesis y acentúa la circunstancia de que la instrumentalidad implica que la finalidad perseguida por el ente instrumental no es un fin propio, sino que es una finalidad perseguida por el ente instrumental un es un fin propio, sino que es una finalidad de la Administración matriz, la cual, por ende mantiene su responsabilidad en cuanto la organización y el rendimiento del servicio público necesario. Más ampliamente puede consultarse el estudio exhaustivo, y con interesantes perspectivas, en “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de las Administración pública, algunas notas”, en RAP núm. 163, 2004, pág. 245 a 278.

to Tribunal que “la proliferación de dichos entes y la interrelación con el fenómeno conocido como huida del derecho administrativo ha contribuido, entre otros factores, a que permanezcan sin despejar importantes dudas en torno a dicha administración, hasta el punto que ni siquiera hay seguridad sobre su ámbito, sobre lo que, en realidad, constituye la administración instrumental”.

En definitiva, la importancia de la Administración instrumental no es otra que el haber introducido como normal en la gestión directa de la Administración, tanto estatal, autonómica, como local, formas más flexibles de actuar, regidas en algunos casos y en ocasiones en parte por el Derecho privado, pero que en cuanto han sufrido un crecimiento y abuso desmesurado están chocando con el propio Derecho europeo, pues suponen una evasión, principalmente, de las normas sobre contratación y de las garantías a los ciudadanos de que la Administración está, con esta administración institucional, optando por la forma de gestión más eficaz –dentro la autonomía de la Administración- a través de procedimientos transparentes y no discriminatorios²¹⁷.

La relación de instrumentalidad viene delimitada por la normativa comunitaria y así se ha traspuesto en el TRLCSP que entiende que aquella existe

²¹⁷Es reseñable en el tratamiento de estas figura polémicas transcribir la advertencia que el tribunal Constitucional reiteró ya en la ya conocida Sentencia de 24 de febrero de 1994 al señalar que “la instrumentalidad de los entes que se personifican o funcionan de acuerdo con el derecho Privado, remiten su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito intento de relaciones que conectan dichos entes con la Administración de la que dependen, en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho Privado como un medio práctico de ampliar su acción social y económica. Ahora bien, esa acción por parte de la Administración no puede desbordar en ningún caso los límites trazados por el orden constitucional de competencias. Admitir lo contrario sería aceptar que basta con convertir Direcciones Generales y otros centros directivos de los Departamentos que forman la Administración del Estado en sociedades anónimas y otros entes sometidos a Derecho Privado, para ignorar y burlar la distribución territorial de competencias establecida por el bloque de la constitucionalidad”. Este apunte del Tribunal Constitucional casa así perfectamente con la reflexión de ORTIZ VAAMONDE,S, quien se pregunta si no es incongruente que del uso, y abuso, de entes instrumentales por los poderes públicos se esté intentado una huida del Derecho Administrativo, cuando en sus orígenes la institución de la personalidad jurídica de la administración lo que pretendía precisamente en que a través de ella se sometiera al estado al derecho surgiendo de sus relaciones con los administrativos verdaderas relaciones jurídicas. *Vid. El levantamiento de velo en el Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2004, pág 55.

cuando su actividad está mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público²¹⁸, cuando su gestión esté sometida a control por parte de la entidad matriz de la que dependen²¹⁹, o cuando más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración Pública, o por la entidad de Derecho Público a la que instrumentalmente sirvan y de la que dependan (art. 3.b) TRLCSP). Pero no sólo la instrumentalidad es requisito para la calificación de una EPE o de una Sociedad mercantil como poder adjudicador que no es Administración pública, sino que el art. 3 b) TRLCSP dice que hayan sido “creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”. Sobre el significado de necesidades de interés general debe reseñarse que TJUE la entiende en un sentido no estricto pues aunque considera que “tal organismo no ejerce, con carácter principal, una actividad lucrativa en el mercado²²⁰”, tampoco prohíbe que desempeñe otras actividades, como ya puso de manifiesto expresamente en la Sentencia de 25 de enero de 1998, señalada anteriormente (asunto C-44/96. Mannesmann). Antes de finalizar estas breves referencias a los poderes adjudicadores que no son Administración Pública dejaremos apuntado que los contratos que éstos celebran son clasificados en el TRLCSP como contratos privados²²¹ en el art. 20 TRLCSP, con la consecuencia en cuanto a su régimen jurídico que: se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto

²¹⁸ En relación con la financiación mayoritaria, téngase en cuenta la STJUE de 3 de octubre de 2000 (asunto C-380-98, Universidad de Cambridge).

²¹⁹ Sobre el control de la gestión, véase la STJUE de 27 de febrero de 2003 (asunto C-373/00, Adolf Truley).

²²⁰ STJUE de 23 de diciembre de 2009 (asunto c-305/08, CoNISMa, FJ 38), vid. El comentario de OLLER RUBERT, M, “Las Universidades como contratista: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de diciembre de 2009. “*Caso Consorzio Nazionales Interuniversitario per le Scienza*” en REDA, NÚM. 147.

²²¹ SOSA WAGNER, F, y FUENTES LOPEZ, M (2007), ¿Pueden los contratos quedar en casa? “la contratación europea sobre la contratación in house”, Diario La Ley, 6715, 17 de mayo, 1677.

o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado”. Si bien, fruto de la modificación de la Ley 2/2011, se ha incluido a este precepto un párrafo según el cual: “No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos”, pues efectivamente el tema de las modificaciones puede atentar contra los principios generales de publicidad, igualdad y concurrencia. Así, en cuanto al control de las cuestiones litigiosas que surjan de los contratos celebrados por ellos, habrá que distinguir si éstos se sujetan o no a regulación armonizada, ya que en caso afirmativo la jurisdicción contencioso-administrativa será competente para conocer de la fase de preparación y adjudicación, mientras que la jurisdicción civil lo será para conocer de las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Además, este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos al TRLCSP que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada (art.21 TRLCSP). Precisamente sobre el control de los contratos privados, que son los celebrados por poderes adjudicadores que no son Administración pública, a raíz de la introducción del nuevo régimen de modificación de los contratos se planteó la posible alteración del art. 21 por el Consejo de Estado en su dictamen 215/2010, de 18 de marzo en los siguientes términos:

“En relación con esta misma materia, conviene asimismo llamar la atención sobre el hecho de que, en virtud del artículo 21, número 2, de la Ley de Contratos del Sector Público, reflejo de la doctrina de los actos separables, se encomienda al orden jurisdiccional civil el conocimiento de las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados, lo que, ha de entenderse, comprende la modificación contractual. Debe valorarse si conviene mantener invariado dicho precepto,

atribuyendo al orden civil las cuestiones vinculadas a la modificación de los contratos privados, aunque se rijan por la Ley de Contratos del Sector Público, o reformarlo”. Sin embargo, el art. 21 se ha mantenido invariable tras la Ley de economía sostenible, lo cual produce cierto asombro, al menos desde el punto de vista de la ubicación del nuevo Título, si bien ello va a significar, en la línea que ya implantó originariamente la LCSP al excluir a las entidades públicas empresariales del concepto de Administración Pública, que los jueces civiles van a tener que aplicar e interpretar normas de derecho público, como veremos a más adelante.

La creación de sociedades públicas con el fin de realizar actividades industriales y comerciales es una realidad que se produce desde mediados del siglo pasado. La cuestión que se plantea en relación con el tema que abordamos, es que se ha pervertido su creación al ser el motivo fundamental de su existencia, sobre todo en los últimos tiempos, la realización de actividades de interés general, que quedaban sometidas así a un régimen mucho más flexible que el exigido por el Derecho público, si bien aparentemente se sometían a una serie de principios como recogía la Disposición Adicional Sexta del TRLCAP²²².

Las sociedades mercantiles públicas, a priori, poseen una naturaleza jurídica diferente, privada, lo cual presupone una preferente aplicación del Derecho privado, sin embargo la DA 10ª de la LOFAGE, correctamente entendemos al nutrirse estas sociedades por fondos públicos²²³, matiza al señalar que aquel régimen jurídico-privado será excepcionado en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación.

Estas previsiones tiene como objeto amarrar al máximo los principios básicos de la contratación también de aplicación sin duda para las sociedades públicas, sin embargo como ha denunciado el Tribunal de Cuentas en el Informe de Fiscalización del Sector Público Local correspondiente al período 2006-

²²² PLEITE GUADAMILLAS, F.; El ámbito de aplicación, 75 y ss

²²³ BORRAJO INIESTA, J, “El intento de huir del Derecho administrativo”, en REDA

2008²²⁴ de manera radical, lo cierto es que en España, y sobre todo en el ámbito local, se producen “patologías organizativas” en las que “la creación de una sociedad dependiente por parte de una entidad local “no ha respondido, en ocasiones, a nuevas necesidades que deban atenderse o a la racionalización de la gestión municipal, sino a la deliberada huida, principalmente en el caso de las sociedades mercantiles, de los controles internos o del control político municipal”.

La Ley con la introducción del concepto de “organismo de derecho público” parece haber incluido satisfactoriamente a esta categoría en la regulación de la contratación pública. Sin embargo, algunos autores han advertido de la incorrecta definición que el art. 3.1 realiza del sector público, precisamente en relación con la letra d) del mismo, y que dejaría abierto un resquicio para que algunas sociedades mercantiles mixtas excusaran seguir la Ley. En efecto, la letra d) mencionada define únicamente en base al criterio de la participación económica- que debe ser superior al 50%- a las sociedades mercantiles, cuando lo cierto es que no sólo a través del capital puede controlarse una empresa pública, restringiéndose de esta forma en concepto comunitario de empresa pública²²⁵. De nuevo aquí, el principal escollo para la consideración o no de las so-

²²⁴Aprobado el 24 de marzo de 2011.

²²⁵Vid. ETXEZARRETA VILLALUENGA, J.C./;LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO,F.A, *Régimen jurídico de la actividad contractual de las sociedades mercantiles locales en llanuela Ley de contratos del Sector Público, en Contratación Administrativa Práctica, 2009. N°84, pág.37.*

Téngase en cuenta el concepto recogido en el art. 2 la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (DO L 195), en su versión modificada por la Directiva 2000/52/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000.

1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: “empresa pública”, cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen:

2. Se presumirá que hay influencia dominante cuando, en relación con una empresa, el Estado u otras administraciones territoriales, directa o indirectamente:

- a) posean la mayoría del capital suscrito de la empresa; o
- b) dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa
- c) puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa”.

ciudades mercantiles públicas como poderes adjudicadores radica en el elemento teleológico de la actividad que realizan, siendo de gran ayuda los criterios establecidos por la Instrucción número 172008, de la Abogacía General del Estado que son: el objeto de la sociedad, la razón de creación, la situación de competencia, la fijaron de precios y la compensación de pérdidas. Teniendo además en cuenta las vis atractiva que ejercen la realización de actividades que no tengan carácter industrial o mercantil, aun cuando concurren con otras que no lo sean.

¿Cuándo una sociedad mercantil es poder adjudicador? Para poderlo determinar cuándo una Sociedad Mercantil local es poder adjudicador o, por el contrario, no es “poder adjudicador”, y por lo tanto, forma parte del concepto “otros entes del sector público” es importante determinar en concepto de “Organismo público”, en el Derecho Comunitario.

Se ha de partir del hecho de que para el derecho europeo, la forma jurídica es irrelevante a la hora de determinar el régimen de contratación de las entidades creadas por la administración, dado que para el derecho de la Unión Europea, la finalidad de creación de estas entidades, con independencia de cuál sea su forma jurídica, es la única determinante para su calificación como “Organismo de derecho público”. Cuando las funciones o actividades atribuidas a las sociedades mercantiles publicas sean de interés general, aunque sólo constituyan una parte relativamente poco importante de las actividades realmente emprendidas por las mismas, el dato de su personificación privada no excluirá la aplicación de las normas comunitarias de contratación pública.

Además, habida cuenta del objetivo de las directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos de excluir en particular la posibilidad de que un organismo ²²⁶ financiado o controlado por el Estado, los entes territo-

²²⁶Representativa de la consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en esta materia, es la STJUE de 10 de abril de 2008, Sala Cuarta, As. C-393/2006, apartados 36 y 37, que define el concepto de “Organismo de Derecho Público”, en el sentido de la Directiva 2004/2017 y de la Directiva 2004/2018, en los siguientes términos: “*De estas disposiciones se*

riales u otros “organismos de Derecho público”, recibe una interpretación funcional. En efecto, la jurisprudencia de TJUE para determinar las entidades que tienen la consideración de “Organismos de Derecho Público”, en el ámbito contractual, de acuerdo con lo previsto en la Directiva 2004/2018, utiliza un doble criterio. Un primer criterio que se refiere a los rasgos característicos del perfil de los Organismos de Derecho Público”. Y un segundo criterio que se traduce en un listado, que no desglosa para el ámbito local, por lo que para las sociedades mercantiles locales sólo podemos utilizar el primer criterio.

Atendiendo al primero de los criterios, el perfil de los “*Organismos de Derecho Público*” establecido por la Directiva, se incardina a través de tres rasgos:

a) Primer rasgo: Naturaleza de actividad

Para definir el concepto de organismo de derecho público se debe atender a la naturaleza de la actividad del organismo: satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil. En este sentido, la sentencia del TJCE de 15 de enero de 1998 (asunto C-44/96 Mannesmann) indica que si hay una función de interés general- indudable cuando el ámbito de la actividad se designa habitualmente bajo la expresión de obligaciones de servicio público - , se produce una vis atractiva del primer elemento, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, y debe entenderse que este ente se somete a las reglas de contratación pública . En consecuencia los entes

deriva que se entiende por “organismo de Derecho público” cualquier organismo que, en primer lugar, hay sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; en segundo lugar, esté dotado de personalidad jurídica propia y, en tercer lugar, cuya actividad esté financiada mayoritariamente por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a un control por parte de estos últimos, o que cuenten con un órgano de administración, de dirección o de vigilancia, de cuyos miembros más de la mitad sean nombrados por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a un control por parte de estos últimos, o que cuenten con un órgano de administración, de dirección o de vigilancia, de cuyos miembros más de la mitad sean nombrados por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, estos tres requisitos tienen carácter acumulativo”.

instrumentales que prestan un servicio público o que deben cumplir obligaciones de servicio público se encuentran sometidos al régimen de la legislación de contratos públicos. La sentencia del TJCE de 10 de noviembre de 1998 (asunto C-360/96, BFI Holding BV, ARA) indica que estamos en presencia de un poder adjudicador cuando la función es de interés general, aunque la actividad se preste en régimen de competencia. Es decir, prevalece el dato teleológico del activado que desarrolla este ente adjudicador. Esta misma doctrina se recoge en las sentencias del TJCE de 17 de diciembre de 1998 (asunto Irish Forestry Board), de 27 de febrero de 2003 (asunto Adolf Truley) y de 22 de mayo de 2003 (asunto Kprhonen). La jurisprudencia distingue, pues, entre necesidades de interés general²²⁷ que tienen carácter industrial o mercantil y necesidades que no tienen este carácter. Este criterio no se ve afectado por el hecho de que empresas privadas satisfagan o puedan satisfacer las mismas necesidades que la entidad, ya que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir un organismo de derecho público. La apreciación de la característica de carácter mercantil, es difícil de determinar, y más en el caso de las sociedades urbanísticas, ya que las mismas actúan en el marco de la promoción pública de vivienda y suelo, pudiendo afirmar que están realizando una actividad económica de interés general y no de carácter mercantil o industrial, ya que se está dando cumplimiento a los mandatos constitucionales del art. 47, de derecho a la vivienda digna, utilización del suelo de acuerdo con el interés general, participación en las plusvalías, así como la gestión de un programa de política local para facilitar el acceso a la vivienda, a los sectores más desprotegidos y fomentando el suelo productivo para el desarrollo económico.

b) Segundo rasgo: La personalidad jurídica.

²²⁷ Los servicios de interés económico general se diferencian de los servicios ordinarios en que los poderes públicos consideran que deben prestarse incluso cuando el mercado puede no tener suficientes incentivos para hacerlo. (apartado 14). GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S; ha estudiado la sujeción de estos servicios al derecho de la competencia ("Derecho comunitario y actividad económica de los poderes públicos (en especial los servicios públicos). *Noticias de la UE* nº183, 2000). Pág. 57 a 63.

Para considerar que un ente es un poder adjudicador, debe tener personalidad jurídica propia, si bien para el derecho comunitario la forma jurídica adoptada pública o privada- no es por sí misma un criterio decisivo, porque hay que hacer una interpretación funcional, por lo que a estos efectos es indiferente la forma jurídica, pública o privada . La sentencia del TJCE de 15 de noviembre de 1998 (asunto BFI Holding²²⁸ BV), que se remite también a la sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 1988 (asunto Beentjes) , dispone que "hay recordar que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional. Esta necesidad se oponen a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones mediante las cuales se crea el organismo y especifican las necesidades que este debe satisfacer". Así pues, las empresas mercantiles no pueden entenderse excluidas del ámbito de aplicación, sino que primero se debe

²²⁸ ORTIZ VAAMONDE,S; *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo*, LA LEY, 2004, pág.309-310; Otra opción consiste en entender que no es de por sí incompatible la actuación como medio propio y la actividad de mercado, lo que hace innecesario acudir a la excepción del artículo 86.2 CE. Basta con controlar que no existen ayudas de Estado. Esta solución, flexible para las Administraciones públicas, es la que parece plasmarse en las conclusiones del Abogado general LA PÉRGOLA al asunto BFI Holding, y en la sentencia del Tribunal; y resulta también de la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de servicio de interés económico general sobre ayudas de Estado. Teniendo en cuenta que la salvaguardia de la libre competencia debe compaginarse con el interés público perseguido por las Administraciones públicas, esta postura es, en efecto, más razonable. Además, a mi modo de ver:

1º. La entidad configurada como medio propio de un poder adjudicador, que además ofrece sus servicios en el mercado, debería considerarse "organismo de Derecho público" a efectos de contratación con terceros. Un medio propio está, al menos en parte, al margen de la libre competencia.

2ºla contraprestación o compensación que perciba como medio propio esta entidad instrumental de un poder adjudicador no ha de superar el precio de coste de los servicios o suministros que presta, o el montante de las cargas derivadas del servicio de interés general que gestiona; cualquier ventaja añadida constituiría ayuda de Estado empleada en la parte competitiva de su actividad. La obligación de llevar cuentas separadas que la Directiva 80/723/CEE de la Comisión impone a toda entidad que disfrute de derechos exclusivos facilitará el control de las posibles ayudas.

3º. Debería entenderse contrario a las Directivas que la entidad dependiente de un poder adjudicador pero no configurada como medio propio reciba de éste encargos directos, sin perjuicio de que participe en las licitaciones abiertas por el poder adjudicador, como cualquier operador privado. Si se cumplen estas condiciones, la compatibilidad entre el ejercicio del comercio y la condición de medio propio podría beneficiar ampliamente al interés público perseguido por la Administración pública sin ir en detrimento de los operadores privados en el mercado.

determinar si su actividad se puede incluir en los parámetros funcionales explicados a fin de considerarla poder adjudicador. En esta sentido, la sentencia del TJCE de 15 de mayo de 2003 (asunto Comisión / España), señaló que "el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su cualificación como entidad adjudicadora".

c) Tercer rasgo: El Control del ente por parte de la Administración pública.

Que la actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho Público. A este respecto no existen dudas en cuanto a su aplicación a las sociedades mercantiles locales de capital íntegramente público. Sería, por el contrario, un requisito a valorar en el caso de las sociedades economía mixta (Vid. Apartado d) del art. 85. Ter. de la LRBR). En referencia a que la gestión esté sometida a control por parte de estos últimos, creo que sería necesario analizar los estatutos sociales o reglamentos, siendo lo usual que se cumpla este supuesto. Además del control, lógicamente existe el impulso y la garantía de la administración matriz, incomparables con las posibilidades de cualquier sociedad de capital privado.

Que el órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, las entidades territoriales, u otros Organismos de Derecho público. En el mismo sentido que en el requisito anterior, lo general es que este requisito se cumpla: más de la mitad de los miembros del órgano de administración sean los propios concejales de la corporación.

Para finalizar el tema de la contratación, quiero señalar una de las principales problemáticas, para determinar el contenido y el alcance del régimen jurídico de contratación de dichas sociedades, se encuentra regulado por la normativa estatal y por las instrucciones internas, que van aprobando dichas entidades, en materia de su competencia. Tanto la doctrina como la jurisprudencia actual, ha sido recientemente modificada y revisada, con diferentes resoluciones judi-

ciales que iremos analizando de forma pormenorizada. Analizar el iter administrativo, en las que se han visto inmensas, dichas sociedades, nos llevan a plantearnos él porque antes, su régimen de contratación, era mucho más flexible con los principios de publicidad y concurrencia como telón de fondo, sin embargo y eso ya se analizó cuando se determinó el objeto social, y la teoría del levantamiento de velo, para saber quién era realmente la persona jurídico-pública que ejercía la actividad contratante, las formas jurídico-privadas que adoptas esas entidades, nos deben llevar a analizar un concepto que ha estado presente en todo el trabajo de investigación que es precisamente el concepto o noción de interés general, el mismo es presupuesto factico, para aclarar, sí realmente la causa o el motivo, de la actividad realmente prestada debe estar sometida a los principios de publicidad o concurrencia, ó sin embargo el régimen de contratación debe ser como poder Adjudicador, que no revista el carácter de Administración Pública, todo ello bajo la influencia de las cuantías de los contratos, de sus especialidades, así como de las instrucciones internas, que bajo una cuantía asumible puedan servir, para la contratación de él día a día, y de las necesidades prioritarias de dichas sociedades. El escenario clásico de la huida del derecho administrativo, va a verse claramente delimitado por las novedades de la legislación de contratos y sobre todo por lo ya comentado referente al concepto de poder adjudicador. Por lo tanto las administraciones institucionales como son las sociedades objeto de este estudio se deben separar los poderes adjudicadores y otros sujetos del sector público.

CAPÍTULO 4.- LA GESTIÓN URBANÍSTICA POR LAS SOCIEDADES MUNICIPALES

4.1. Breve repaso a la legislación estatal urbanística que regulan las sociedades urbanísticas.

Como es sabido, y de ello se ha encargado de recordarlo el Tribunal Constitucional en su sentencia 61/1997, el urbanismo en sentido estricto y, en concreto, la gestión urbanística es competencia de las Comunidades Autónomas. No obstante ello, también ha destacado el Alto Tribunal que la normativa urbanística estatal anterior a la entrada en vigor de la Constitución con su nuevo reparto de competencias, se encuentra en vigor como derecho supletorio en la medida en que la normativa urbanística de las comunidades autónomas no las regulen, dejando en vigor la normativa urbanística preconstitucional al declarar inconstitucional en gran medida la Disposición Derogatoria TRLS/92. Por otra parte las CC.AA., han regulado muy parcialmente en su normativa de suelo la gestión mediante sociedades urbanísticas, puesto que, efectivamente, la regulación autonómica de las sociedades urbanísticas es, en ocasiones, bastante escasa y, en otras, sólo parcial, merece aquí la pena que se expongan, siquiera sea someramente, cuáles fueron esas primeras normas estatales que recogieron la posibilidad de constituir estas sociedades para llevar a cabo las funciones relativas al urbanismo. Así, el punto de partida de estos instrumentos de gestión lo encontramos en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1346/1976, que dispone en su art. 4, que la gestión urbanística podrá encomendarse a organismos de carácter público, a la iniciativa privada y a entidades mixtas. Y, con relación a estas últimas, el art. 115 (reproduciendo en lo esencial el contenido del art. 138 de la anterior Ley de Suelo de 1956²²⁹) expresamente afirmaba lo siguiente: “el Estado y las Entidades Lo-

²²⁹ Art. 138 Ley de Suelo de 1956: “1. El Estado y las Entidades locales podrán utilizar la forma de gestión privada para las obras que hubiera de ejecutar a sus expensas, mediante la constitución de sociedades anónimas, cuyas acciones les pertenezcan exclusivamente, o de empresas de economía mixta entre Entidades públicas y los particulares. 2. Si las obras hubieren de su-

cales podrán constituir sociedades anónimas o empresas de economía mixta, con arreglo a la legislación aplicable en cada caso para la ejecución de los planes de ordenación”. En desarrollo de este precepto, el Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre Constitución de Sociedades Urbanísticas por el Estado, Organismos Autónomos y Corporaciones Locales²³⁰, se fija como finalidad incorporar a la gestión de la política el suelo “las técnicas propias de la iniciativa privada” y, además, tiende “a facilitar la constitución de estas sociedades, concretar su objetivo sin excluir ninguno de los fines comprendidos en el ámbito urbanístico, así como fomentar la colaboración de la administración central, la institucional y la local, entre sí y con las Cajas de Ahorro, y facilitar la movilización de la asignación de urbanismo de los presupuestos de las corporaciones locales y el patrimonio municipal de suelo, a través de las sociedades o empresas de economía mixta, previstas en el tan citado art. 115 de la Ley del Suelo”. Esta previsión de la Exposición de Motivos del Real Decreto es concretada en el art. 1.1., en el que se establece “el Estado y las entidades locales podrán constituir sociedades anónimas o empresas de economía mixta, para la ejecución del planeamiento urbanístico. La misma facultad corresponde al Instituto Nacional de urbanización y a los demás organismos autónomos con funciones urbanísticas que estén facultados por su normativa para crear o participar en estas sociedades también podrán adquirir acciones de estas sociedades que se hallen constituidas”. En consecuencia, podemos destacar²³¹ tres características generales que se persiguen con esta regulación: la primera, que se trata, con estas sociedades de incorporar a la gestión urbanística pública las técnicas pro-

fragarse en parte por una Corporación pública y en parte por los propietarios, podrán constituirse también empresas de economía mixta entre ellos o conjuntamente con terceros”.

²³⁰El RD 1169/1978, conforme a la tabla de vigencias aprobada por el Real Decreto 305/1993, de 26 de febrero, y la Disposición derogatoria única del TRLS de 1992, sólo está derogado en lo que contraiga al TRLS de 1992. Este Real Decreto es consecuencia de los Pactos de la Moncloa, en los que se concluyó que la actividad urbanística necesitaba un cambio con respecto a la organización tradicional de las Administraciones locales. El cambio debería centrarse, sobre todo, en figuras gestoras que actuasen con mayores dosis de eficacia. ARANA GARCIA, E., *Las sociedades municipales de gestión urbanística*, cit. anteriormente.

²³¹ Como hacía, hace ya veinte años, BOCANEGRA SIERRA, R., “Las sociedades urbanísticas: problemas jurídicos”, *Revista Jurídica de Asturias*, núm 15, 1992.

pias de la iniciativa privada; la segunda, de los fines de estas empresas no se excluye ninguno “de los comprendidos en el ámbito urbanístico y, la tercera, se fomenta la colaboración de las diferentes administraciones públicas, posibilitando la creación de estas sociedades por varias entidades públicas. La vigencia de este Decreto de 1978 y su contenido han sido específicamente reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. En relación al alto Tribunal, se destacan las sentencias del TS (sala de lo contencioso-administrativo, sección 4.^a), de 17 de junio de 1998 (recurso de apelación núm. 6568/1992) y la STS (sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.^a), de 2 de octubre de 2000, recurso contencioso-administrativo núm. 1959/1990, sobre empresas públicas del ayuntamiento de Valencia (AUMSA) y la de la Generalitat Valenciana (Instituto Valenciano de Vivienda, S.A.), respectivamente. También se ocupa de las sociedades urbanísticas el Real Decreto 3288/1978, por el que se aprueba el reglamento de gestión urbanística (RGU, en adelante), ya en su exposición de motivos, establece que estas sociedades urbanísticas se pueden crear para todos los fines previstos en el ámbito autonómico. En el artículo del RGU, el art. 4 dispone que “para la ejecución de los planes, la administración del estado podrá constituir entidades urbanísticas especiales o crear órganos específicos, cumpliendo en cada caso los requisitos previstos por la legalidad en vigor. Podrá, igualmente, a los fines de cooperar en la ejecución a cargo de las Entidades locales, constituir con ella consorcios o sociedades”. De esta manera, el RGU parte de la premisa de que los ayuntamientos pueden asumir la gestión urbanística a través de sus órganos de gobierno ordinarios o constituir estructuras administrativas específicas con este objeto. Esto es, pueden gestionarse las funciones urbanísticas sin constituir ningún instrumento de gestión con personalidad jurídica diferenciada, aunque pudiendo constituir órganos específicos y diferenciados, como son las direcciones o departamentos urbanísticos, dependientes de la delegación o concejalía de urbanismo correspondiente (o como quiera que se denomine en cada caso). A continuación, habilita a los propios ayuntamientos, para el desarrollo de actuaciones establecidas en el planeamiento, para “crear órganos especiales de

gestión, fundaciones públicas de servicios, sociedades, o utilizar las demás modalidades gestoras previstas en el reglamento de servicios de las corporaciones locales”. Por tanto, en esta frase, el RGU contempla la posibilidad jurídica propia, citando, expresamente, a las fundaciones públicas y a las sociedades. Las opciones organizativas se cierran con la previsión de permitir que los ayuntamientos utilicen “las demás modalidades gestoras previstas en el reglamento de servicios de las corporaciones locales”. Por tanto en el ámbito urbanístico municipal se admiten todas las posibilidades organizativas previstas en la legislación local general. En lo que a los efectos de este trabajo afecta, resulta de interés la específica referencia que se hace a las sociedades como modalidad gestora²³². De igual forma, y con más detalle, el art. 21 del propio RGU establece que “las administraciones urbanísticas podrán crear, conjunta o separadamente, sociedades anónimas cuando así convenga a la promoción, gestión o ejecución de actividades urbanísticas”. El acuerdo de creación, así como, en su caso, el de participación en la sociedad ya creada, se registrará por la legislación que a cada entidad le sea aplicable. En definitiva, se puede llegar fácilmente a la conclusión de que la legislación urbanística estatal se ha ocupado, desde hace ya casi treinta y cinco años, de la posibilidad de constituir sociedades urbanísticas para cumplir con las funciones que la administración tiene encomendada en materia urbanística. Y, dando un paso más, no sólo es que prevea esta opción organizativa, sino que, además, se puede decir que el legislador estatal incentiva la constitución de las sociedades urbanísticas, al regularlas específicamente en un Real Decreto (el citado RD 1169/1978) y al recoger una regulación ciertamente

²³² Dejamos apuntado que según BALLESTEROS FERNANDEZ, A y otros, 2005, pág.143, podría sostenerse que la lista de los modos gestores previstos en la LBRL y en el TR de la LCAP “no es exhaustiva y que la potestad de auto-organización de los Entes locales les permite crear otros modos gestores que encuentren su regulación en normas distintas de la LBRL y del TRLACP (como es el caso de las fundaciones privadas de iniciativa pública”. Ello no obstante, a juicio de BALLESTER MASIA,F, 2004, pág. 26, de la tramitación parlamentaria de la Ley se deducen argumentos para entender que la figura del arrendamiento ha desaparecido. ROMERO HERNANDEZ, F, 2003, pág. 17, también entiende que la homogenización entre las normativas estatales y locales provocada por la reforma operada en la LBRL por la Ley 53/2003, comporta la exclusión de las formas arrendaticias contenidas en la redacción original del art. 85.4.d) de la LBRL. En la misma línea se pronuncian MOZO AMO, J, 2004, pág.50; así como GUTIERREZ COLOMINA,V y RUIZ GALDON, J.M., 2005, pág. 196.

detallada, más si se compara con la poca atención que ha merecido esta figura organizativa en la legislación administrativa general. Así, por ejemplo, se puede citar la LOFAGE, que tan sólo se ocupa de las sociedades mercantiles estatales en la disposición adicional duodécima. Igualmente, ya se han enumerado los preceptos que regulan a estas sociedades en la legislación local (LBRL y TRRL), ciertamente no muy detallados, sobre todo, si se compara con la atención que se presta a otras figuras, como los organismos públicos. La proliferación de entes instrumentales, en cadena que la LOFAGE²³³ permitía, ha sido tratado con bastante acierto en la Ley 27/2013, del sector público instrumental local, como ya comentamos en las sociedades de segundo escalón de la disposición adicional novena.

Para finalizar este apartado introductorio, sobre legislación estatal en materia urbanística, en el tema que nos ocupa, quiero destacar que son distintos los textos legales que regulan tanto el patrimonio municipal del suelo como la posible cesión de terrenos, para la aportación al capital, para constitución o ampliación del capital de sociedades urbanísticas o para su actividad. Las empresas públicas son entes instrumentales dependientes del ayuntamiento, constituidas para prestación directa de un servicio público, en este caso, actuaciones urbanísticas tanto de gestión como de planeamiento. Es lógico como analizaremos en profundidad en los puntos sucesivos que para el cumplimiento de sus fines la corporación pueda cederlos, tanto a título oneroso como a título gratuito.

²³³ GARCIA RUIZ, E; *La nueva sociedad anónima pública*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2006, pág. 147; La posibilidad de que una SAP pueda crear otras SAP (art. 60.1.f, LOFAGE) conduce a que una sociedad anónima controlada por la Administración general pueda constituir otra sociedad anónima que, indirectamente controlada por la Administración, no está sometida a la obligación de identificación como pública, ni siquiera en la escritura de constitución, pero que, sin embargo, está exenta del régimen general de publicidad previsto en garantía de transparencia y seguridad para los terceros (capítulo XI de la LSRL). En estos casos los terceros cuentan con el capital de la sociedad anónima constituyente, pero al no identificarse como pública, no saben que también cuentan con la garantía del ente público, ya que éstas son consideradas también empresas públicas, dado que en ellas concurre el control efectivo que ejercen los poderes públicos en el que se sitúa dicho concepto.

4.2. El patrimonio municipal del suelo. Antecedentes históricos y legislativos.

El patrimonio²³⁴ municipal del suelo (en adelante PMS), es un instrumento de intervención administrativa que tiene sus orígenes en la legislación desamortizadora del siglo XIX. En concreto, la primera referencia legislativa a esta institución se encuentra en el artículo 47 de la LEF de 1879 que habilitaba a los ayuntamientos a la expropiación forzosa pasando al Estatuto municipal de 1924 donde se fue perfilando la Institución con las características que conocemos. No obstante, los continuos cambios legislativos y las exageradas expectativas que se esperaban obtener fueron mermando credibilidad a la misma. En la actualidad, la Jurisprudencia y los autores de la doctrina han rescatado el PMS como un recurso o instrumento esencial de la gestión municipal en épocas de crisis, para conseguir los fines de la ordenación urbanística, el reequipamiento dotacional y garantizar un parque de vivienda social para los sectores de la población más desfavorecidos. No obstante, se ha puesto de manifiesto que este fondo patrimonial no está cumpliendo su finalidad debido a que se está utilizando por los ayuntamientos como una fuente de finalización habitual de los gastos e inversiones municipales por lo que es necesario reforzar los instrumentos de gestión y los mecanismos de control para que estos bienes y recursos

²³⁴ GUTIÉRREZ COLOMINA, V; *Régimen jurídico estatal y autonómico del patrimonio municipal de suelo*, Prólogo, ED. Bayer Hnos., Barcelona, 2010, pág. 45; Por otra parte, si bien es cierto que, en cualquier momento, se requiere de los Enes Municipales una gestión de los recursos públicos de máxima eficiencia para alcanzar una cobertura más satisfactoria en la prestación de servicios a los ciudadanos, no lo es menos que, con una recesión económica como la actual, es imprescindible, un esfuerzo adicional con el que se pueda obtener la máxima utilidad de cualquier bien público y, por su especial trascendencia, del Patrimonio Municipal del Suelo (PMS). Sin embargo, el PMS no ha tenido en los Ayuntamientos la relevancia económico-financiera esperada, seguramente, entre otras razones, por su dispersión competencial –Estado, Comunidades Autónomas y Municipios-, la complejidad de determinadas figuras jurídicas, la falta de claridad e interpretaciones de ciertas formas de gestión, así como la falta de transparencia representativa en los estados contables municipales por la dificultad de la valoración. De esta forma, se ha producido un escaso aprovechamiento del PMS, actualmente imprescindible dadas las dificultades económico-financieras por las que atraviesan los municipios.

cumplan su destino, se eviten los quebrantos patrimoniales que se han producido y se garantice la pervivencia del PMS como un fondo patrimonial de retroalimentación continúa. La Institución de PMS²³⁵ con las características sustanciales como “fondo patrimonial separado, constituido con carácter indefinido para destinarlo a la gestión urbanística”, se regula por primera vez en los artículos 13,14 y 15 del reglamento de bienes de las corporaciones locales de 27 de mayo de 1955, con la intención “de prevenir, encauzar y desarrollar la expansión urbana, tanto económica como técnicamente” en los ayuntamientos capitales de provincia, los de población superior a 50.000 y los que sin tener estos requisitos así dispusiera la comisión central de urbanismo, sin perjuicio de los que voluntariamente quisieran adherirse. Esta regulación se incorporó a la Ley del suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956 que estableció la obligación de constituir el PMS y consignar una cantidad equivalente a un 5% del presupuesto del ayuntamiento para destinarlo al patrimonio municipal de suelo. Desde entonces esta institución se regula en paralelo en la legislación patrimonial y en la legislación urbanística. El Texto refundido de la Ley del suelo de 1976 reforzó esta institución incorporando la cesión obligatoria del 10% del aprovechamiento urbanístico y, en su caso, los excesos de aprovechamiento resultantes y asignó al PMS unos fines genéricos para el desarrollo técnico y económico de los núcleos de población, en sus artículos 84, 89 y siguientes.

En diciembre de 1978 la CE establece el marco de desarrollo y el fundamento de esta Institución en su artículo 47, que consagra el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada y vincula a los poderes públicos para que promuevan las condiciones necesarias y establezcan las nor-

²³⁵ LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. “Los Patrimonios Municipales del Suelo. Su aptitud para regular el Mercado de Terrenos”, del libro *hacia un nuevo urbanismo*, Madrid, 2005, Fundación de Estudios Inmobiliarios. GARCIA DE ENTERRIA, E y PAREHO ALFONSO, L: obra citada ut supra, PEREZ MORENO, ALFONOS; obra citada ut supra, DIAZ LEMA, J M: “El Patrimonio Municipal del Suelo en el Texto refundido de 1992”, RvDU nº 136, FERRANDIS FONSECA, F: *El régimen jurídico de los Patrimonios Municipales del Suelo*. Instituto Pascual Madoz, BOE, Madrid. 1995. Pág. 36-50.

mas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, así como la participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos. Pero la ordenación del suelo es una competencia concurrente entre el Estado, las CCAA y los municipios ya que cada uno tiene su propia esfera competencial. Las CCAA en el artículo 148.1.3. CE. tienen competencia para el desarrollo normativo de la “ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”, los ayuntamientos tienen competencia también para ejercer la misma dentro de su ámbito territorial con sujeción a la legislación de las CCAA de acuerdo con el artículo 25.2d) LBRL y le corresponde al Estado establecer la legislación básica de la actividad económica 149.1.13 CE.

El Texto Refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana de 1992 (TRLR 92) en desarrollo del precepto anterior hizo obligatoria la constitución del patrimonio municipal del suelo en todos los municipios que tuviesen aprobados planeamiento general y estableció un riguroso régimen jurídico de constitución, enajenación y destino a la conservación y ampliación del patrimonio municipal de suelo²³⁶.

²³⁶GIFREU FONT, J; “Els reptes dels governs locals i la política local d’habitatge. Perspectives de futur dels patrimonis municipals de sòl i habitatge”, Governos locals i polítiques d’habitatge. Balanç i reptes, 2012. La gestió del patrimoni públic de sòl i d’habitatge s’ha de fer amb criteris de política pública urbanística (utilitat pública, interès social) però també cal atendre criteris de rendibilitat econòmica. En aquest sentit, es consideren legítimes les plusvàlues obtingudes per l’administració municipal amb la venda de terrenys que formessin part d’aquest patrimoni. La regla general és la transmissió onerosa dels béns que l’integren, per un preu igual o superior al que resulta de la seva valoració, és a dir, a preu de mercat (art. 166 TRLU). Malgrat això, també poden ser objecte de cessió gratuïta o alienació onerosa per preu inferior a favor de d’altres administracions i entitats públiques o bé d’entitats privades sense ànim de lucre, amb la finalitat d’atendre necessitats d’habitatge de caràcter social o d’equipament comunitari, de generar activitat econòmica en àrees deprimides o de formar reserves per a la protecció i tutela del sòl no urbanitzable. La forma habitual de transmissió és el concurs públic –que, a diferència de la subasta, abans permesa, habilita per prendre en consideració altres condicionants diferents del preu-, però també poden ser adjudicats directament a favor d’una altra administració pública o d’una entitat urbanística especial que gestioni el patrimoni públic de sòl i d’habitatge corresponent així com a favor dels propietaris de terrenys afectats pel planejament urbanístic a sistemes urbanístics públics o de béns que es vulguin incorporar al patrimoni públic de sòl i d’habitatge, per a obtenir-los mitjançant una permuta, o de qualsevol persona, si després

No obstante, a raíz de un recurso de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional consideró, en la Sentencia nº61/1997, de 20 de marzo, que el Estado se había extralimitado en la regulación y no respetaba las competencias de las CCAA, y declaró inconstitucional parte de la regulación contenida en esa norma, manteniendo vigentes el artículo 276, que no fue objeto de impugnación, y el artículo 280.1 que consideró precepto o norma básica por estar directamente vinculada a la planificación de la actividad económica general prevista en el artículo 149.1.13 CE. La Ley 6/1998 sobre régimen del suelo y valoraciones, en el apartado 1 de su disposición derogatoria única, siguiendo el mismo criterio, declaró vigentes los artículos 276 y 280.1 del TRLS de 1992, referidos a los fines²³⁷ del PMS, la utilización de los ingresos obtenidos de los mismos y el destino de los bienes del PMS, una vez urbanizados, como legislación básica estatal de obligado cumplimiento para todas las CCAA y cuyo contenido debían respetar en el ejercicio de sus competencias legislativas. Posteriormente las sentencias del T.S. 164/2001, de 11 de julio 7053/2002, de 7 de noviembre de 2005 y 466/2004, de 27 de junio de 2006, vuelven a plantear los límites de la legislación básica estatal y finalmente, para clarificar esta situación la Ley estatal 8/2007, recogió esta regulación en los artículos 33 “Noción y finalidad” y 34 “Destino” del suelo, cuyos contenidos actualmente están recogidos en los artículos 38 y 39 TRLS 2/2008 y supletoriamente se aplicarán los artículos 90,91,92 y 194.1 del Decreto 1346/1976, de 9 de abril. En definitiva, la constitución del PMS como instrumento público de intervención en el mercado del suelo es obligatoria para todas las CCAA, pero corresponde a estas desarrollar

d’haver efectuat una licitació pública, aquesta resta deserta o bé és fallida per l’incompliment de les obligacions dels adjudicataris, sempre que no hagi transcorregut més d’un any des de la licitació i que els adquirients assumeixin les mateixes obligacions”.

²³⁷La STS del 9 de abril de 2007 es un ejemplo de la interpretación restrictiva que hace la jurisprudencia de la destinación de ciertos ingresos del PMS, en declarar que la legislación “vincula el producto de la enajenación, de forma que solo se pueden enajenar tales bienes para cumplir ese fin, y en el caso de autos ello no se cumple, según muestran las actuaciones, en las que sólo aparece la referencia a que el producto de la enajenación se destinará a la atención de servicios municipales e incluso aparece denegada una propuesta relativa a que el importe se destinará a la construcción de viviendas de protección oficial”. Este argumento no tiene en cuenta la ampliación incorporada por la LS/2007 que supone, como se ha apuntado, la fallida del principio de retroalimentación del PMS.

o completar esta legislación sin desvirtuarla o anularla. Entre estas normas está determinar que bienes y derechos constituyen este PMS y los destinos adicionales a los que podrán aplicarse estos bienes y derechos. Conocer el contenido de la legislación básica es fundamental para determinar los aspectos esenciales de la institución de los PPS²³⁸ y diferenciar las particularidades de su regulación en cada CCAA. Esta prelación de fuentes jurídicas supone que Tribunal Supremo sienta jurisprudencia sobre la interpretación de los preceptos básicos de la legislación estatal mientras que los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA interpretan las normas autonómicas dentro de su ámbito competencial.

El Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, aprueba el texto refundido de la Ley de suelo y se deroga la Ley 6/1998. Su disposición Final Primera, estableció que los artículos 38 y 39, apartados 1 y 2, de esta norma tienen el carácter de bases de la planificación general de la actividad económica dictadas en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal en el artículo 149.1.13^a de la Constitución, sin perjuicio de las competencias exclusivas sobre suelo y urbanismo que tengan atribuidas las CCAA. El RD Legislativo 2/2008, de 20 junio, señala en su “artículo 38, que *con la finalidad de regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución de la ordenación territorial y urbanística, integran los patrimonios públicos de suelo los bienes, recursos y derechos que adquiera la administración en virtud del deber a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 16, sin perjuicio de los demás que determine la legislación sobre ordenación territorial y urbanística. Los bienes de los patrimonios*

²³⁸ PAREJO ALFONSO, L Y ROGER FERNÁNDEZ, G; *Comentarios al texto refundido de la ley de suelo*, IUSTEL, Madrid, 2008, referencia al cap. II; patrimonios públicos de suelo; El precepto se refiere a los “patrimonios públicos de suelo” y ya no al “patrimonio municipal del suelo” por partir de ser perfectamente posible la constitución de estos patrimonios separados por otras administraciones públicas, singularmente las autonómicas.

públicos de suelo constituyen un patrimonio separado y los ingresos²³⁹ obtenidos mediante la enajenación de los terrenos que los integran o la sustitución por dinero a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 16, se destinarán a la conservación, administración y ampliación del mismo, siempre que sólo se financien gastos de capital y no se infrinja la legislación que les sea aplicable, o a los usos propios de su destino”.

En el artículo 38.1. TRLS/08 se consagra la institución del PPS²⁴⁰ que en principio estará constituido por los bienes, derechos y recursos obtenidos de la cesión obligatoria del aprovechamiento urbanístico, sin perjuicio de que las CCAA puedan determinar otros bienes, derechos y recursos para ampliar este patrimonio. Además identifica las tres finalidades tradicionales de este instrumento de intervención administrativa en regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución de la ordenación territorial y urbanística. En el 38.2 TRLS se especifica su naturaleza de “patrimonio separado” del resto por su función destino a la “función urbanística” y consagra otra de sus peculiaridades “la retroalimentación de este fondo patrimonial” con los recursos e ingresos obtenidos de la enajenación de los bienes y derechos del mismo también explicada por la “subrogación real”, es decir el efectivo obtenido con estos bienes les sustituye en su destino, en un fondo patrimonial con vocación de permanencia y duración ilimitada en el tiempo. Ni la legislación urbanística ni la legislación patrimonial han concretado la naturaleza de estos bienes, derechos y recursos, lo que en un principio ha generado bastantes controversias en la doctrina, aunque actualmente existe unanimidad en que son bienes patrimoniales de naturaleza privada pero destinados a una función pública, lo que determina que los contratos por los que se enajenan deben observar las normas sobre preparación, adjudicación y licitación desarrolladas en la legislación administrativa específica y sus efectos y

²³⁹ Los ingresos obtenidos por la sustitución de la cesión urbanística que establece el art. 110.2 *in fine* de TRLU/2010 por su equivalente en metálico, se han de destinar obligatoriamente a la adquisición de espacios públicos libres de nueva creación.

²⁴⁰ MARTIN HERNANDEZ, P: *Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid, los Patrimonios Públicos del Suelo*. El Consultor, Madrid, 2002.

ejecución se rigen por el Código civil. Constituyen un “tertium genus” entre los bienes patrimoniales y los de dominio público ya que aunque están destinados a una función pública no están afectados al uso o servicio público, es decir no son de dominio público. Frente a estos, su destino es fundamentalmente el mercado y, por ello, se enajenan sin necesidad de desafectación. Tampoco son embargables, ni ejecutantes por estar destinados a la satisfacción de una función pública concreta aunque no hay unanimidad en la doctrina la mayor parte coincide con Menéndez Rexach e Iglesias González en este punto. No está claro en la legislación y hay discrepancia en los autores tras la sentencia del STS.166/1998, de 15 de julio, que declaró los bienes municipales privados embargables²⁴¹. Los rendimientos de estos bienes son de derecho privado, aunque quedan afectados a los fines de la Ley. El T.S. en la sentencia de 26 de junio de 2006 (Rec Casación 126/2003) considera en el fundamento de derecho tercero que el principio de unidad de caja que establece el artículo 177 se opone el artículo 146 de la LHL que prohíbe destinar los ingresos afectados a satisfacer el conjunto de las obligaciones municipales, y que se han de destinar a su finalidad. Sólo pueden destinarse a financiar gastos de “capital” concepto contable que ha importado el legislador de la contabilidad²⁴² y de los presupuestos para diferenciarlo de los “gastos corrientes” pero no se identifica con el precepto del

²⁴¹ PEREZ CARRIÓN, L; En este sentido, ARNAL SURÍA, S y GONZÁLEZ PUEYO, J.M, 2005, pág. 1051, se lamentan de que “desgraciadamente, son cada vez más frecuentes y graves los casos de impago continuado de cierta clase de gastos (suministro de energía eléctrica, revisión de precios de las obras contratadas con esta cláusula, etc), o la reiterada demora en el cumplimiento de sentencias condenatorias para la Administración, que se eternizan durante años, e incluso décadas”. Y es que, como explica RUIZ OJEDA, A, 1993, pág 40, resulta innegable la “desidia o resistencia contumaz” que puede oponer la Administración en el ejercicio constitucionalmente reconocido de la potestad que a jueces y tribunales corresponde de juzgar y hacer juzgar lo juzgado.

²⁴² DOMINGUEZ MARTIN, M; RODRIGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B: *El Régimen de constitución, organización y contratación de las Sociedades Mercantiles Locales* La Ley, Pág. 246-247. Madrid, 2013. En una gran mayoría de los municipios españoles no existe un verdadero sistema de control financiero, y menos aún de eficacia. Y, cuando se practican controles financieros, según ha denunciado el Tribunal de Cuentas, en la mayoría de los casos se detecta una inadecuada documentación del mismo. También se han suscitado dudas acerca de si dicho control financiero debe ser ejercicio por el interventor local referido a la propia Administración local y no sólo a los organismos autónomos y a las sociedades mercantiles, para la que, en principio, normativamente está previsto.

artículo 5 TR de la LRHL, aprobado 5 de marzo y crea distorsiones con su tratamiento contable.

Según el artículo 39. R.D.L. 2/2008, de 20 de junio señala que “Los bienes y recursos que integran necesariamente los patrimonios públicos de suelo en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo anterior, deberán ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. Podrán ser destinados también a fines urbanísticos, sólo cuando así lo prevea la legislación en la materia especificando los fines admisibles, que serán urbanísticos o de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural”. En su párrafo 2º señala que, los terrenos adquiridos por una administración en virtud del deber a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 16, que estén destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, no podrán ser adjudicados, ni en dicha transmisión ni en las sucesivas, por un precio superior al valor máximo de repercusión del suelo sobre el tipo de vivienda de que se trate, conforme a su legislación reguladora. En el expediente administrativo y en el acto o contrato de la enajenación se hará constar esta limitación.

Como puede apreciarse la legislación básica estatal ha descendido a acercarse a las demandas de las CCAA y adquirir junto a los destinos tradicionales, otros usos de “interés social” siempre que lo hayan previsto las CCAA en su legislación. No obstante, también se imponen límites a este destino ya que no pueden configurarse los bienes y recursos del PMS como una fuente de financiación²⁴³ ordinaria para cualesquiera finalidades por muy loables que sean. (T.S. de 26 de junio de 2006, Rec Casación 126/2003). La jurisprudencia del

²⁴³ ARNAU BERNIA, V.J., 1991, pág 231; ARNAL SURÍA,S y GONZÁLEZ PUEYO, J.M., 2005, pág 982. Estos dos últimos autores explican que “Dicho principio (el de no afectación) es consecuencia y medio a la vez del de unidad de caja, pues si todos los fondos entran en un mismo flujo, una vez entrados no cabe distinguir su origen, lo que permite que salgan indistintamente para atenciones de todo tipo. Esto obedece a la necesidad de que pagos de preferencia indiscutible no queden postergados por la falta de previo ingreso de sus teóricas fuentes de financiación, en beneficio de otros de menor urgencia”.

T.S. conecta el “interés social” (concepto jurídico indeterminado) con el Estado Social consagrado en el artículo 1 CE., de manera que no vale una mera declaración de interés social sino que serían aquellas actuaciones que tiendan a la libertad e igualdad del individuo y de los grupos que remuevan obstáculos que impidan o dificulten la participación del ciudadano en la vida política, económica, cultural y social. La legislación autonómica debe pronunciarse e identificar que usos considera de “interés social”, ya que ante el silencio de la legislación autonómica no podrá utilizarse este destino. Precisamente, una de las novedades más importantes de la nueva regulación básica del Estado, además de la limitación de los precios de enajenación o alquiler de las viviendas consiste en el acceso al Registro de la Propiedad de las limitaciones de los bienes del PMS. La regulación actual prevé que en los actos traslativos de dominio de estos bienes se vincule al adquirente de los mismos a cumplir los fines para los que están destinados, de manera que estas cargas o gravámenes actúan como una condición modal que se vuelve resolutoria en caso de incumplimiento, es decir, vicia de nulidad el negocio jurídico (T.S. Sentencia de 28 de marzo de 2006, Rec. Casación 2006). En consecuencia, parece razonable la solución arbitrada ahora en el TRLdS08 ya que integran en todo caso los patrimonios públicos de suelo los bienes y recursos obtenidos gratuitamente por la administración por imperio de la Ley en concepto de participación en las plusvalías²⁴⁴.

²⁴⁴GIFREU I FONT, J; *L'ordenació urbanística a Catalunya, capítol IV El dret de propietat en la legislació urbanística: la funció social de la propietat*, pág.153-158, Marcial Pons, 2012. “Este modelo de la función social de la propiedad urbanística que ha presentado muchas ventajas y a encontrar dos obstáculos o puntos débiles que nos cuestionan, a la práctica, la plena adhesión. El primero es el relativo a un alto grado de inestabilidad del planeamiento urbanístico determinado del contenido del derecho, acerca de las sucesivas modificaciones y revisiones de los planes y las reclasificaciones del suelo –la mayoría de los golpes con la única justificación del voluntarismo administrativo–, la cual cosa atenta a la seguridad jurídica y genera desequilibrios en el mercado inmobiliario que solo pueden corregirse con un ejercicio responsable de las administraciones públicas y un adecuado control social y judicial. El segundo de estos obstáculos, de casi más estructural y económico, deriva del resultado del mismo modelo de la función social de la propiedad, que aspira a conciliar el ejercicio del derecho individual con la satisfacción del interés público urbanístico, si bien este último, por la forma de desplegar en el territorio la disposición de las acciones urbanísticas e inmobiliarias de los agentes públicos o privados, genera plusvalías o incrementos patrimoniales no justificados que pueden anular o turbar la vertiente social del ejercicio del derecho”.

Los demás activos de estos patrimonios los determinarán las leyes urbanísticas con plena autonomía. De esta forma, la Ley establece una regla de conexión entre las tres instituciones básicas que contempla al servicio de la política de suelo para garantizar la oferta de vivienda asequible: la reserva del artículo 10 TRLdS08 (que establece un estándar objetivo de ordenación, con independencia de la titularidad pública o privada del suelo), la entrega del artículo 16 TRLdS08 (que asegura una oferta pública) y los patrimonios públicos del artículo 38 TRLdS08 (que garantiza el destino de esta oferta, evitando su desviación hacia otros fines). Que la participación de la comunidad en las plusvalías se articule mediante una prestación patrimonial, consistente en la entrega de parte del suelo con aprovechamiento lucrativo de las actuaciones de urbanización y no mediante un tributo, sólo tiene sentido si esa masa patrimonial se destina a fines propios de la política de suelo y vivienda de la administración, no a su financiación. Por eso, el TRLdS08 prescribe, que estos terrenos integran los patrimonios públicos de suelo, y por eso destina estos patrimonios a determinados fines de interés general, singular y preferentemente la promoción de vivienda protegida. Por eso también prescribe que los suelos a entregar sean de los reservados por el planeamiento a vivienda protegida, cuando los halla en el ámbito de la actuación, cerrando el círculo de la conexión a que nos referíamos. Una conexión de mínimos, que deja entera libertad en lo demás al legislador autonómico: ya sea para ampliar la reserva o modularla por circunstancias objetivas en el artículo 10 TRLdS08, para prever la sustitución de la entrega de terrenos por dinero en el artículo 16 TRLdS08, o para disponer que otros bienes o recursos integran los patrimonios públicos de suelo en el artículo 38 TRLdS08 ya que otros fines complementarios de la vivienda protegida pueden destinarse en el artículo 39 TRLdS08.

El segundo aspecto en el que el texto legal introduce matices de relieve es en el de la gestión patrimonial e estos patrimonios separados²⁴⁵. Y lo hace con

²⁴⁵ La Ley ha querido y quiere que el Patrimonio Municipal del Suelo funcione como un patrimonio separado, es decir, como un conjunto de bienes afectos al cumplimiento de un fin determinado, fin que aquí no es cualquiera de los que las Corporaciones han de perseguir según la

el doble objeto de aumentar la flexibilidad, donde adquieren especialmente importancia las sociedades municipales urbanísticas, debido a la aplicación al ordenamiento jurídico privado, en según que aspectos para gestionar el PMS. En consecuencia, a las posibilidades de utilización de los bienes y recursos de los patrimonios de que ahora se trata le añade su dedicación “a los usos propios de su destino”, es decir, a la construcción de viviendas protegidas, para evitar la paradoja –bastante habitual, por desgracia- de que se disponga de suelo y no de financiación para la vivienda protegida, porque sí pueden dedicarse a ella los terrenos pero no los recursos dinerarios de los propios patrimonios. Asimismo, se añade la administración a la conservación y ampliación de los patrimonios, pero a su vez se le pone un doble límite: que no se infrinja la legislación aplicable (la legislación patrimonial y/o la urbanística pueden y suelen establecer otras reglas o exigencias) y “que solo se financien gastos de capital”, esto es, que los fondos obtenidos en sustitución o por venta de los terrenos nunca pueden dedicarse a gastos corrientes de su administración titular, aunque mi experiencia como profesional pueda afirmar rotundamente que dicha premisa se cumple de manera muy escasa. Creo que es muy importante destacar brevemente que la LRSAL del sector público local aprobada el 27 de diciembre del 2013, en su disposición adicional 9ª, señala en relación a la transmisión de patrimonios o ampliaciones de capital al sector público. Desde el preámbulo de la

legislación de régimen local.. sino el específico y concreto de “prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones” (art. 89.2 del Texto Refundido de 9 de abril de 1976)... y ha querido y quiere expresamente, con una claridad elogiabile, que el producto de las enajenaciones de terrenos del Patrimonio se destinen no a cualquier fin, por loable y razonable que sea, sino al específico d2e la conservación y ampliación del propio Patrimonio Municipal del Suelo (art. 93, ya citado). Y continúa el Tribunal Supremo en ST de fecha 25 de noviembre de 2008, en su fundamento noveno que, por su importancia, transcribimos a continuación: “Esta es la caracterización que el legislador ha dado a los Patrimonios Municipales del Suelo, y se comprenderá que, ante tamaña claridad, sólo una expresa previsión legislativa en contrario puede hacer que los mismos, abandonando su origen, su caracterización y su finalidad, pasen a convertirse en fuente de financiación de otras y muy distintas necesidades presupuestarias municipales. Esto, desde luego, puede hacerlo el legislador (asumiendo el posible riesgo de desaparición de los Patrimonios Municipales del Suelo), pero no puede hacerse por la vía de la interpretación ha de respetar, en todo caso, el espíritu y la finalidad de las normas, muy otras, como hemos visto,, a la finalización general e indiscriminada de las necesidades municipales.”

ley, ya señala que autorizará con ciertas condiciones la enajenación del patrimonio público del suelo para amortizar deuda pública, en un claro ejemplo de que algo tan elemental como los elementos finalistas y específicos del PMS, regulados en la legislación urbanística, y que hasta la fecha su venta estaba estrictamente tasada. A partir de ahora en otro claro ejemplo de la obsesión de la Ley con acabar con la deuda pública, hace tambalear conceptos urbanísticos tan intocables como la naturaleza y el destino de los PMS. Desde nuestro punto de vista no queda claro que la Ley de 2013, pueda o no afectar directamente a las operaciones urbanísticas que se puedan realizarse entre administración matriz y ente instrumental, ya que el mismo art. 9º señala que las entidades locales y organismos autónomos, sociedades, consorcios, fundaciones, etc, durante el tiempo de vigencia de su plan económico financiero o de su plan de ajuste no podrán realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles que tengan necesidades de financiación²⁴⁶. Una vez más reitera dicha ley el redimensionamiento del sector local limitado únicamente a un plan económico-financiero, sin tener en cuenta aquellos principios de la relación instrumental y de la mayor facilitación de operaciones a realizar en relación a solares cedidos a empresas urbanísticas con criterios de interés económico general. Sigue diciendo la Ley que excepcionalmente podrán realizar las citadas aportaciones, sí en el ejercicio

²⁴⁶ PRIETO GONZÁLEZ, L.F.; 1996, pág. 213-214, entiende que la circunstancia de que la formulación de estos programas únicamente alcance a las sociedades total o mayoritariamente participadas por la entidad local, “supone de hecho, privar a la administración de un importante mecanismo de control en aquellas otras sociedades en que, pese a estar fuertemente comprometidos los intereses públicos, la entidad local no ostente, por la razón que sea, una posición de mayoría (por ejemplo, en una Sociedad Anónima Laboral)”. Sin embargo, también reconoce que no es lógico forzar la letra de la ley, para interpretar que cuando dice “partícipe mayoritario” también se está refiriendo a las sociedades en que la entidad local tenga mayoría relativa del capital social, pues ello “podría suponer que empresas con una estructura social fuertemente autorizada se vieran sometidas a este tipo de control como consecuencia de una participación pública muy reducida (incluso con fines patrimoniales y no de gestión)”. Ante esta situación, el autor, a nuestro juicio con buen criterio, propone que “en aquellos casos en que la medida del interés público y no la cifra absoluta de capital determine la conveniencia de controlar, a través de los PAIF (esto es, los Programas de Actuación, Inversiones y Financiación), las actividades de una sociedad de economía mixta local, sería necesario resolver, por vía Estatutaria, la obligatoriedad de su formación”.

presupuestario inmediato anterior, hubieran cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria. Por lo tanto la interpretación que hacemos del nuevo texto normativo es precisamente que el criterio de actividad económica realizado por las empresas urbanísticas, quedará solamente sujeto al principio de estabilidad presupuestaria, sí son aportaciones de capital externas a la propia relación de instrumentalidad, es decir sí provienen del ámbito externo del sistema de gestión directa del servicio público, con independencia que después se detalle en el apartado relativo a la contabilidad²⁴⁷ y el sistema financiero, en que partidas presupuestarias se computan dichas operaciones financieras. En lo que vamos a explicar a continuación con detalle son precisamente aportaciones tanto al sistema de cesión de bienes del patrimonio municipal como ampliaciones de capital, que desde nuestro punto de vista no se verán afectados por las limitaciones económicas disposición adicional 9º, aunque diferentes administrativistas han destacado que dicha disposición afecta directamente a las operaciones urbanísticas entre la administración matriz y los entes instrumentales. Siguiendo a Gifreu Font, nos situamos en la situación económica, que puede de alguna manera hacer incidir a los ayuntamientos a la inmovilización de los recursos integrantes del patrimonio municipal de suelo y vivienda, ya que nos recuerda dicha profesora, que las finalidades que el patrimonio municipal del suelo y vivienda no solo se limitan hacer efectivo el derecho de una vivienda digna y adecuada, sino que también deben poner en marcha técnica y económicamente la expansión de poblaciones así como la mejora de la calidad de vida, ya que todo ello reinvierte a medio o largo plazo, en el PMS a través de la entrada de nuevo suelo urbanizado, y en definitiva todo ello ayuda a reactivar el sector inmobiliario, en la época de crisis actual. Desde nuestra perspectiva, las sociedades urbanísticas, debido a su dulcificación de las trabas burocráticas,

²⁴⁷ La contabilidad de estas sociedades deberá de acomodarse al Plan General de Contabilidad vigente para las empresas en general, con las adaptaciones sectoriales en su caso. Ello implica que “no se aplican a su contabilidad la mayoría de las normas establecidas en la Instrucción de contabilidad para la Administración local (aprobada por Orden de 17 de julio de 1990”. Y así, a diferencia de lo que ocurre en la contabilidad presupuestaria de los entes locales, donde existe la división en capítulos, en el Plan de contabilidad para las empresas la distinción es entre Grupos de Cuentas.

han sido y siguen siendo, unas buenas gestoras de tal patrimonio municipal del suelo, mirando siempre con valentía, que las medidas adoptadas por el gobierno, en relación a la reestructuración del sector público local no mermen ni afecten, al buen hacer de estas entidades tanto respecto a la cesión de bienes patrimoniales, como a la cesión de PMS. Porque en definitiva, de lo que se trata, es precisamente que el suelo no salga de la estructura de la administración pública local por supuesto como señala Gifreu Font, el potencial del PPS, nos aproxima a llevar a término actuaciones “para hacer ciudad”, como activador de la retroalimentación del PPS y vivienda. Por ello nos parece criticable las autorizaciones que la LRSAL 27/2013 de 27 de diciembre, realiza sobre la venta del PMS por criterios estrictamente de rentabilidad económica.

4.3. Las sociedades municipales urbanísticas como gestoras del patrimonio municipal del suelo.

Es importante estudiar en este capítulo, la parte urbanística, gestionada por las sociedades urbanísticas, reguladas en la legislación urbanística, en especial en la Ley del Suelo del 90, TRLS/92 que tiene carácter de legislación básica²⁴⁸,

²⁴⁸ La STS del 27 de junio de 2006 examina la constitución del artículo 276.2 del TRLS/1992 a partir de la doctrina establecida por la STC 61/1997. El ayuntamiento demandado, de una parte, que este precepto no tiene carácter básico porque la obligación de destinar los ingresos derivados de la gestión del patrimonio municipal del Suelo en su conservación y ampliación excede de la mera previsión de su existencia y, de otro, que interpreta *ad pedem litterae* este precepto sería inconstitucional si se entiende que impide que las Comunidades Autónomas cumplan las previsiones sobre ingresos de las alineaciones del patrimonio municipal del suelo con otras inversiones en materia de urbanismo y vivienda. El Tribunal Supremo concluye que el precepto tiene carácter básico y que se tiene que aplicar en toda la suya literatura de acuerdo con las consideraciones siguientes: “las normas no son básicas por el mero hecho de estar contenidas en una Ley y ser en ellas calificadas como tales, sino que lo esencial del concepto de bases en su “contenido” (STC 28.1.1982),, que está constituido esencialmente por la regulación del “interés general” de la materia de que se trate, correspondiendo al legislador estatal la calificación de lo que en cada momento pueda entenderse de interés general a los efectos de su inclusión en una regulación del “interés general” de la materia que se trate, correspondiendo al legislador estatal la calificación de lo que en cada momento pueda entenderse de interés general a los efectos de su inclusión en una regulación básica, calificación que puede ser variable en función de las distintas coyunturas políticas, económicas y sociales que concurren. En el presente caso, el Tribunal Constitucional vincula la norma básica a la planificación económica en relación con

así como el RDLS 2/2008 de 20 de junio en especial en los art. 38 y 39, que se van a convertir en los principales preceptos que regulan la gestión del patrimonio municipal del suelo. Sí es ello así debemos destacar, la importancia, especi-

la vivienda (art.47), es decir, que el interés general que se pretende proteger, fijando un mínimo común denominador normativo, es el de que se realice una política de suelo mediante la institución del PMS orientada a hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada a través de la regulación del mercado de terrenos de acuerdo con el interés general para impedir la especulación y de forma que la comunidad participe de las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos, pero sin absorber toda la regulación de la materia, dejando a las Comunidades Autónomas un ámbito para desarrollar su propia normativa –fundamentalmente en el aspecto cuantitativo, no en el cualitativo del PMS- en función de sus propios intereses y peculiaridades. No se puede sostener con rigor que la norma que regula el destino de los bienes que integran una institución (art.280.1 trls/1992)es básica, pero que no lo es la propia institución a la que pertenecen o que sólo es básica la norma que regula su existencia (art. 276.1) pero no la que garantiza su subsistencia (art. 276.2) vinculando el producto de la enajenación de los bienes del PMS a su conservación y ampliación, pues dicha argumentación choca con la finalidad que persigue el constituyente al reservar al Estado la definición de las bases de una determinada materia, que no es otra que de asegurar un común denominador normativo para todas las Comunidades Autónomas, porque la naturaleza de la materia así lo exija, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y el Estatuto le hayan atribuido sobre aquella materia (STC 1/1982). Es obvio que si la regulación de la existencia de la figura del PMS no fuera básica, podría haber Comunidades Autónomas que no lo constituyeran, otras que si lo crearían pero sin establecer un sistema de reinversión, por lo que paulatinamente podría desaparecer, frente a otras que si lo harían, las cuales estarían sujetas a la norma básica que regula el destino de los bienes que integran dicha institución, faltando, en consecuencia, esa regulación uniforme y de vigencia en toda la Nación, con la cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativa. En conclusión, tras la sentencia del TC 61/1997, el legislador estatal podía haber suprimido la institución del PMS o haber modificado su regulación anterior, pero no lo hace y mantiene – en aquello que tiene competencia exclusiva según el TC- la regulación de esa institución tal y como la había efectuado el legislador en la reforma 1990-1992, lo que es coherente con el interés general- a efectos de su inclusión en una regulación básica- que, en relación con el PMS, identifica el TC con el derecho a la vivienda (art.47 ce), pues es en esa regulación –a diferencia de la anterior de 1976 en la que se admitía la enajenación de bienes del PMS para dotaciones públicas e infraestructuras- en la que se restringen los fines del PMS en los términos que antes hemos expuesto: política antiespeculativa y construcción de viviendas sujetas a régimen de protección pública. Responde, pues, la regulación actual al principio rector de la política social y económica consagrado en el repetido art. 47 CE. En definitiva, como se venía a decir en el Preámbulo del TRLS 1992 no es justo ni coherente con el contenido del art. 47 de la Constitución que las Entidades Locales utilicen sus terrenos para resolver sus problemas de financiación, ni para la realización de cualesquiera intereses urbanísticos, siendo de esencia de la institución –en cuanto vinculada al art. 47 ce y en el marco de un Estado Social (art. 1.1 CE) como el nuestro- que se utilice por la Administración para intervenir en el mercado de terrenos removiendo los obstáculos que impidan o dificulten que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas (art. 9.2 CE)”.

fica, que tiene el uso o destino de ese patrimonio, así como la cesión del mismo a dichas sociedades. Precisamente el elemento teleológico, es fundamental, en la esencia del destino de dicho patrimonio, ya que el mismo es estrictamente urbanístico, y no se contradice ni con el objeto social, ni tampoco con las finalidades urbanísticas contenidas en los expedientes de municipalización. Está claro, que el patrimonio municipal del suelo, es totalmente diferente a cualquier otro bien patrimonial que pueda tener dichas sociedades, ya que como más adelante analizaremos el papel de gestoras de patrimonio municipal del suelo, que les limitan la actividad a desarrollar en dos conceptos bastante claros, viviendas de Protección Oficial u otros fines de interés social, concepto bastante ambiguo e indeterminado, que ha sido hasta la actualidad un cajón de sastre, por los numerosos abusos que han dado lugar a la arbitrariedad administrativa y a la desviación de poder. La doctrina administrativista, ha discutido frecuentemente sobre la naturaleza de los bienes que integran los patrimonios públicos de suelo y vivienda. Creemos que no es el momento, ni objeto del presente trabajo de investigación, estudiar las diferenciaciones básicas entre bienes patrimoniales, bienes demaniales, lo que sí creemos importante es precisamente, estudiar el concepto de afectación de destino que va a caracterizar y equilibrar aquellas exorbitantes privilegios, que ab-initio parecen tener las empresas urbanísticas, solo por ser el mero hecho de ser entidades instrumentales y por su cercanía con la administración matriz. Es cierto que la nota del destino determina en el patrimonio municipal del suelo, su carácter meramente finalista²⁴⁹, sin embargo me atrevería a decir, que ese elemento finalista va a ser el que legitime activamente a dichas sociedades a participar en su gestión. Y digo esto porque en los últimos años, las sociedades municipales urbanísticas, han gestionado los pa-

²⁴⁹El elemento finalista es relevante no sólo en esta materia, sino. En general, en todo el Derecho administrativo. Como señalan los profesores GARCIA DE ENTERRIA, E y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R. *Curso de Derecho administrativo*, pág. 753, “Los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad, son poderes funcionales, otorgados por el Ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de legitimación”. El apartamiento de la finalidad para la que fue creada la potestad administrativa vicia al acto emanado en estas circunstancias de desviación de poder. Sobre la desviación de poder véase in totum CHINCHILLA MARIN, C: “La desviación de poder”, Madrid, Civitas, 1997.

rimonio municipales de suelo, con bastante eficacia., ya que los mismos constituyen un patrimonio separado del resto de bienes municipales, y que se gestionan de forma autónoma, con sometimiento aún régimen especial por razón de su vinculación a fines específicos “Urbanísticos”, que precisamente coinciden con el objeto de dichas sociedades. La STS de 9 de abril de 2007 es un ejemplo de la interpretación restrictiva que ha hecho de jurisprudencia de la destinación de ciertos ingresos del PMS, en declarar que la legislación “vincula el producto de la enajenación²⁵⁰ de los bienes del patrimonio municipal del suelo a su conservación y ampliación, de forma que sólo se pueden enajenar tales bienes para cumplir ese fin, y en el caso de autos ello no se cumple, según muestran las actuaciones, en las que sólo aparece la referencia a que el producto de la enajenación se destinará a la atención de servicios municipales e incluso aparece denegada una propuesta relativa a que el importe se destinará a la construcción de viviendas de protección oficial”. Este argumento no tiene en cuenta la ampliación incorporada por la LS/2007 que supone, como se apunta, la fallida del principio de retroalimentación de los PMS. Una de las circunstancias esenciales que ponen de manifiesto, las especiales posiciones en el mercado inmobiliario de las sociedades municipales urbanísticas, es precisamente la de constituirse en los principales órganos gestores del patrimonio municipal del suelo. Precisamente por ello, creo que la intervención de las sociedades en el

²⁵⁰ GUTIÉRREZ COLOMINA, V; *Régimen jurídico estatal y autonómico del patrimonio municipal de suelo*; Edit. Bayer Hnos, 2010, Barcelona, pág. 543; Entendemos que cuando se trata de transmitir un bien patrimonial que no sea compatible con los fines del PPS (por ejemplo de calificación industrial o comercial), la subasta debe ser el procedimiento de enajenación procedente. Las razones que justifican la aplicación de la subasta están en que si el bien que integra el PPS deja de cumplir la finalidad que justifica su régimen específico previsto en la legislación urbanística, habría que aplicar el régimen previsto en la legislación de bienes. Y sería de aplicación el art. 80 del TRRL que determina que las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta pública. Incluso si el bien incompatible con el destino del PPS fuera autonómico, también el procedimiento debería ser el de subasta. Esto sería así por aplicación de la LPAP que con carácter básico dice que la gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales se ajustarán a los principios de eficacia y rentabilidad en su explotación y en concordancia con lo dispuesto en el art. 137 de la LPAP de aplicación supletoria, que aunque establece como procedimiento ordinario el concurso, en el apartado 3 dice que se utilizará la subasta en todo caso cuando los bienes sean inadecuados para atender las directrices de las políticas públicas, en particular de vivienda.

patrimonio municipal de suelo, está justificado por la singularidad y finalidad por la que se constituyen dichos patrimonios, además hay que tener en cuenta que dichos patrimonios están vinculados a las cesiones obligatorias y gratuitas de suelo por parte de los operadores urbanísticos. Así hemos de destacar que incluso la sustituciones en metálico de las cesiones de aprovechamiento urbanístico, también deben cumplir un destino o afección específica, que es precisamente la de destinar dichos ingresos a la conservación, administración y ampliación del propio patrimonio. El TS ha destacado que las dotaciones económicas de los patrimonio públicos de suelo constituyen “un fondo rotatorio de realimentación continua, por aplicaciones sucesivas al mismo fin de dicho patrimonio, lo que constituye una técnica visible de potenciación financiera (STS 2 de noviembre de 1995. Evidentemente tanto el destino de los patrimonios municipales de suelo, derivados de las cesiones obligatorias y gratuitas como de los ingresos procedentes de la sustitución de dichas cesiones en metálico, deben destinarse una vez gestionadas por las sociedades públicas, a la misma finalidad, ya que la titularidad de los bienes en función de si es la administración matriz o la sociedad instrumental, no vulnera los principios de afección tasados en la legislación urbanística.

Lliset Borrell²⁵¹ se pregunta por qué existiendo una regulación de las formas de gestión en la legislación general del régimen local (estatal y autonómica), una legislación sectorial como es la del urbanismo ha de insistir en reproducir, en muchos aspectos, dicha legislación que, en definitiva, pocas novedades, aporta a aquella regulación general. La explicación según dicho autor, puede radicar en que el objeto de las empresas urbanísticas no es la gestión de un servicio público (para la que se había previsto un *numerus clausus* de modos gestores), sino la realización de una obra pública que sólo podrá realizarse por la propia Administración cuando ésta posea servicios técnicos o industriales propios, opinión que yo no comparto en absoluto, ya que la prestación que realizan las sociedades es la gestión directa de un servicio público, o como hemos co-

²⁵¹LLISET BORRELL, F: “La actividad empresarial de los entes locales”, El Consultor de los Ayuntamientos, 1990.

mentado en capítulos anteriores la administración matriz posee un control análogo sobre el ente instrumental, aun cuando tenga una personalidad jurídica independiente. El servicio público de gestión urbanística se sigue prestando ad intra, bajo los parámetros de actividades económicas de interés general, pero sin contradecir las leyes sectoriales urbanísticas, tanto las estatales como las de respectivas CCAA. Quizá nos deberíamos plantear llegados a este punto, si la cesión del PPS, a las sociedades municipales urbanísticas conlleva la pérdida de la finalidad urbanística de los bienes, ya que conviene destacar que con dicha cesión, según Arana García, se perdería el carácter teleológico del patrimonio municipal de suelo, ya que el mismo se cede o gestiona por una personalidad jurídica diferente a la propia administración, desvinculándose del elemento teleológico o finalista del propio bien y por supuesto de su destino, que no nos olvidemos que está legalmente tasado. Desde nuestro punto de vista no comparto dichas afirmaciones, respaldadas por una gran parte de la doctrina administrativista, ya sean bienes patrimoniales, ya sean bienes del PPS, estamos ante una gestión directa de un servicio público y que sigue encajando perfectamente en el concepto de servicio público que la administración presta aunque sea a través de un ente instrumental como son dichas sociedades. Es un reflejo más de la potestad de auto-organización y gestión de los servicios públicos de interés local. Sí la vinculación de los terrenos del patrimonio municipal del suelo al destino legalmente establecido, queda asegurada más fácilmente por la evidente relación que existe entre el ente instrumental y la administración matriz, más difícil es desde mi punto de vista asegurar el destino del patrimonio del suelo²⁵², cuando haya tenido lugar la cesión aún tercero, ya que las socieda-

²⁵²En este sentido PAREJO ALFONSO, L y BLANC CLAVERO, F: *en Derecho Urbanístico Valenciano* refiriéndose a la anterior Ley reguladora de la actividad urbanística señalan “La LRAU permite que la compensación de “excedentes de aprovechamiento” se concrete en la cesión de terrenos de destino dotacional público tanto como en terrenos susceptibles de aprovechamiento objeto privado. Desde este punto de vista teleológico no se que inconveniente hay en considerar comprendidos en el Patrimonio Municipal del Suelo los bienes de dominio público municipal”. El art. 543 del ROGTUV en desarrollo del art. 260 de la LUV recoge también como integrantes del PMS “el aprovechamiento que exceda del que corresponde a los propietarios del suelo urbano y urbanizable”. Por ello, el art. 260.2 LUV determina que “los bienes de los Patrimonios Públicos del suelo conforman un patrimonio independiente, separa-

des municipales siguen siendo un elemento garantista en la conservación y destino original de los bienes del PPS, donde con la cesión de bienes a terceros se pierde claramente el elemento finalista del interés social, actuando dichas empresas como intermediarios de una operación que sale de la estructura administrativa. Aquí sí que es mucho más difícil mantener la afección o destino de dichos patrimonios ya que entran en juego en el tráfico del mercado inmobiliario, en concurrencia con diferentes operadores privados.

Las Sociedades Urbanísticas van a encontrar un papel clave en su utilización como gestoras de los PPS. En la mayoría de los ordenamientos autonómicos se le asigna este papel de manera implícita. Por ejemplo en Andalucía además, el art. 71.2 lo señala de manera expresa: “Cada administración pública titular de un patrimonio público de suelo podrá gestionarlo por si misma o atribuir su gestión a entidades de ellas dependientes que podrán adoptar la forma de organismo o entidades de ellas dependientes que podrán adoptar la forma de organismo o entidad de derecho público o de sociedad mercantil cuyo capital social deberá ser íntegramente de titularidad pública. En este último caso la atribución de la gestión no podrá incluir funciones que requieran el ejercicio de autoridad”. Coadyuva a la utilización de estas sociedades para la gestión del PPS, lo dispuesto en el art. 39.3 del TRLdS08 de suelo que permite controlar registralmente el destino de los PPS²⁵³. La actividad urbanística es una función pública y las empresas urbanísticas tienen como objetivo ayudar a conseguir los objetivos de esta acción urbanística, en los que cabe destacar la urbanización, la construcción de VPO y la gestión y administración de los PPS, por ello entendemos que deben encuadrarse dentro de las sociedades que satisfacen ne-

do del resto de bienes y derechos patrimoniales o privados de titularidad de la Administración, con independencia del régimen jurídico propio de demanialidad o privacidad de los bienes integrantes de dicho patrimonio”.

²⁵³FONSECA FERRANDIS, F: en su monografía “El régimen jurídico de los patrimonios municipales del Suelo”, Instituto Pascual Madoz, BOE, Madrid, 1995, manifiesta que “*la afirmación del carácter patrimonial de los bienes del patrimonio Municipal del Suelo no significa que se les aplique sin más el régimen de propiedad previsto en el de derecho privado*”. Lo que supone según este autor, un menor grado de disponibilidad respecto de otros bienes patrimoniales de la propia Entidad al estar, al menos en principio, determinado legalmente su destino.

cesidades de interés general. Sin embargo, una vez entrada en vigor la LCSP, tampoco se ha resultado esta cuestión. Así por ejemplo, en el informe 54/07 de 24 de enero de 2008 de la JCCA, se concluye de manera indirecta que una sociedad mercantil capital municipal que se dedica a la promoción de viviendas y gestión de suelo no tiene carácter industrial o mercantil porque se realiza en concurrencia con entidades del sector privado. En cambio, en el informe 5/2008 de la JCCA de Canarias, que realiza un detallado y en nuestra opinión, un importante estudio, sobre cuando una sociedad mercantil ostenta la condición de poder adjudicador, otra es la conclusión. Así, en primer lugar, señala que la consideración de que una actividad de interés general tiene o no carácter mercantil²⁵⁴ o industrial, debe de apreciarse objetivamente mediante una interpretación funcional de la propia actividad, al margen del carácter público o privado, de las disposiciones jurídicas por las que se crea y se rige el ente u organismo que ha de desarrollar tal actividad (Sentencia de 10-11-1998, asunto C-360/96, “BFI Holdingg” apartados 62 y 63 con remisión a la sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 1988, recaída en el asunto 31/87, “Beentjes”).

En segundo lugar, tomando como base la sentencia del TJCE 1-2-2001, asunto C-237/99, “*Sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado*” que señala de manera expresa que es objetivo de la Directiva evitar la posibilidad de que la adjudicación de los contratos a realizar por un organismo financiado o controlado por un poder público se guíe por consideraciones que no

²⁵⁴La entidad local puede elegir entre la forma de sociedad anónima o la de responsabilidad limitada. Alonso Ureba (*La sociedad Mercantil de capital como forma de la Empresa Pública Local*, Universidad Complutense 1988) señala que también cabe admitir como empresa pública las de garantía recíproca y las de capital riesgo. Sosa Wagner (*La gestión de los servicios públicos locales, Cívitas*) no comparte esta tesis puesto que en su opinión las sociedades recíprocas, exigen “*la correspondencia mutua de una persona con otra*” que aquí no puede darse al ser de socio único y se constituyen para prestar garantías por aval o cualquier otro medio a favor de sus socios partícipes, que han de ser empresarios. No puede utilizarse la sociedad limitada “*nueva empresa*” regulada por la Ley 7/2003, de 1 de abril, porque deja reducida la posibilidad de ser socio a las personas físicas. Tampoco, las llamadas sociedades de capital riesgo de régimen de régimen simplificado pueden ser utilizadas en su modalidad de socio único, lo que se desprende del texto de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de este tipo de sociedades. E, igualmente, no procedería la sociedad comanditaria, puesto que exige al menos dos socios.

tengan carácter económico, y que reitera la necesidad de que, para dar adecuado cumplimiento a tal objetivo, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional, considerando que tales actividades satisfacen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y concluye que *“si bien las sociedades mercantiles, su actividad está, sin embargo, detalladamente regulada, ya que las características y los precios de coste serán determinados mediante decisión administrativa”*.

Por otra parte, el informe pone de relieve que estas actividades de interés general, aunque sean desarrolladas por un organismo público²⁵⁵, pueden también ser realizadas por empresas privadas en régimen de competencia y no por esta sola causa se convierten en industriales o mercantiles, postura que he defendido reiteradamente a lo largo del presente trabajo de investigación. A tal efecto la Sentencia de 10-11-1998, asunto C-360/96, *“BFI Holding”*, en los apartados 38 y siguientes sentó el siguiente criterio: “el hecho de que empresas privadas satisfagan, o puedan satisfacer, las mismas necesidades que un organismo público en régimen de competencia, tan sólo es un indico del posible carácter mercantil de tales actividades, pero no puede ser determinante de que deban ser necesariamente consideradas como mercantiles, pues aún existiendo oferta de tales actividades, pueden existir razones de interés general que motiven los poderes públicos, decidan satisfacerlas por sí mismos, o respecto de las cuales quieran conservar una influencia determinante, de tal forma que los entes u organismos públicos que las lleven a cabo la desarrollen siguiendo criterios no necesariamente económicos, a fin de conseguir los objetivos de una determinada política pública. En tales casos, tales actividades no pueden tener la

²⁵⁵ Según DOMINGUEZ MARTIN, M y RODRIGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B.; citados anteriormente, en el Consultor “El régimen de constitución, organización y contratación de las Sociedades Mercantiles Locales”; El concepto de “Organismo de Derecho Público”, pág. 419; que utilizan las Directivas Europeas para definir a los poderes adjudicadores de los contratos públicos incluye a las personificaciones privadas que realizan actividades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y además cuenten con financiación mayoritariamente pública o estén controladas por las Administraciones Públicas o por otra entidad de Derecho público. Será por tanto, “Organismo público” todas las entidades que aborden actividades objetivamente competenciales o actividades económicas de interés general si su Administración Matriz asume el riesgo de la propia actividad empresarial.

consideración de mercantiles, y, en consecuencia, el ente u organismo que las realice deberá tener la consideración de poder adjudicador, de acuerdo con el artículo 1.9ª) de la Directiva”. En nuestra opinión, lo anterior es plenamente aplicable a las empresas urbanísticas, que deben ser consideradas dentro de las de satisfacción de necesidades de interés general, y todavía más justificado, si acaban teniendo como hemos manifestado un papel relevante como gestoras del PPS, afectado a un destino ad hoc.

4.4. Las legislaciones autonómicas que regulen el patrimonio público del suelo, gestionados por sociedades urbanísticas. Los casos de Andalucía y Cataluña.

4.4.1. Legislación urbanística en Andalucía.

La Ley 7/2002²⁵⁶, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía, en su art. 90 establece que las administraciones públicas podrán utilizar, para el desarrollo de la actividad de ejecución en régimen de gestión pública, todas las formas o modificaciones de gestión directa o indirecta admitidas por la legislación de régimen jurídico y contratación de las administraciones públicas y de régimen local. En lo concerniente a la gestión del PPS, el art. 71 de la Ley 7/2002, dispone que las administraciones titulares podrán hacer uso, para la gestión de sus patrimonios públicos de suelo, de todas las formas previstas en esta Ley para la ejecución del planeamiento, y en concreto que “Cada administración pública titular de un patrimonio público de suelo podrá gestionarlo por sí misma o atribuir su gestión a entidades de ellas dependientes, que podrán adoptar la forma de organismo o entidad de derecho público o de sociedad

²⁵⁶ ORTEGA,F; *Actuaciones urbanísticas para el fomento de la edificación y la reducción del precio de los solares*, Comares/Urbanismo, Granada, 2008, pág.70; En Andalucía, la Ley 7/2002 específicamente no se refiere al pago del justiprecio en especie, pero podría entenderse englobado en los usos declarados de interés público, bien por disposición normativa previa o por el planeamiento, bien por decisión del órgano competente de la Administración que corresponda, a que se refiere el artículo 75 I. b. Si se permite que el destino de los bienes del patrimonio sea el de viviendas libres (art. 75.1 a Ley 7/2002)

mercantil, cuyo capital social deberá ser íntegramente de titularidad pública²⁵⁷ (art. 71.2 Ley 7/2002)²⁵⁸. En este último caso la atribución de la gestión no podrá incluir funciones que requieran el ejercicio de autoridad”. Completa esta regulación el art. 76, de la referida Ley 7/2002, al disponer que los bienes de los patrimonios públicos de suelo podrán, ser “cedidos gratuitamente o por precio que puede ser inferior al de su valor urbanístico cuando se destinen a viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública, y a los usos previstos en la letra b) del apartado primero del artículo anterior, directamente o mediante convenio establecido a tal fin, a cualquiera de las otras administraciones públicas territoriales, y a entidades o sociedades de capital íntegramente público”²⁵⁹.

²⁵⁷ Ya en el Preámbulo de la ley se establece, al analizar el Título III, la especial finalidad del patrimonio municipal del suelo destinado a habilitar suelo para vivienda protegida: “Se mantiene su regulación actual como patrimonio separado, si bien su gestión puede ser atribuida a entidades dependientes de la Administración responsable; se flexibiliza la composición de los bienes integrantes del patrimonio público para que, junto a su primigenia función de poner en el mercado de suelo para vivienda con algún régimen de protección y otros usos de interés público, puedan contribuir globalmente a dotar a las Administraciones Públicas de recursos para la actuación pública urbanística, debiendo ser destacado su papel en la mejora de la ciudad, en su sentido más amplio”.

²⁵⁸En tal sentido, recuérdese que el art. 33.3.e) Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, establece de entre las posibles formas de gestión directa de los servicios públicos, la prestación mediante Sociedad Mercantil Local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

²⁵⁹Otras disposiciones de interés en relación a la gestión del Patrimonio Público del suelo, son las que siguen: El art. 69, que regula las distintas “Clases y constitución de los patrimonios públicos de suelo”, determina que tanto la Administración de la Junta de Andalucía y los Municipios deben constituir, mantener y gestionar el Patrimonio Autonómico de Suelo y el Patrimonio Municipal de Suelo, respectivamente, con cualquiera de las siguientes finalidades:

-Conseguir una intervención pública en el mercado de suelo de entidad suficiente para incidir eficazmente en la formación de los precios.

-Garantizar una oferta de suelo suficiente con destino a la ejecución de viviendas en régimen de protección o que comporten un precio limitado en venta o alquiler.

El art. 75 (“Destino de los bienes integrante de los patrimonios públicos de suelo”) obliga a que los terrenos y construcciones que integren los patrimonios públicos de suelo sean destinados, de acuerdo con su calificación urbanística. a:

-Viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o que comporten un precio limitado en venta o alquiler.

- Usos declarados de interés público, bien por disposición normativa previa o el planeamiento, bien por decisión del órgano competente de la Administración que corresponda.

La Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía establece que todos los municipios de CCAA, sin excepción, deben constituir, mantener y gestionar su PPS. Su finalidad consiste, como hemos puesto de manifiesto en páginas anteriores, en crear reservas de suelo para actuaciones públicas, facilitar los instrumentos de planeamiento, conseguir la intervención pública en el mercado de suelo y garantizar una oferta de suelo suficiente con destino a la ejecución de viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública.

4.4.2. Legislación urbanística en Cataluña.

En Cataluña, también se ha llevado a cabo una reforma legislativa relativamente reciente en este ámbito, si bien no a través de la aprobación de una nueva Ley de Urbanismo, sino a través del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña. De esa forma, se refunde el anterior Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio (Texto Refundido de la Ley de Urbanismo), y las modificaciones introducidas en este último Texto refundido por la Ley 2/2007, de 5 de junio, por el Decreto Ley 1/2007, de 16 de octubre, de Medidas Urgentes en materia de Urbanismo y por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Fi-

-Cualesquiera de los usos, incluso lucrativos, admitidos por el planeamiento, cuando así sea conveniente para la ejecución de éste, tal destino redunde en una mejor gestión del correspondiente patrimonio público, y así se declare motivadamente por la Administración titular por su interés público o social. Este mismo art. 75, en su párrafo segundo, en virtud del principio de subrogación real, establece que los ingresos, así como los recursos derivados de la propia gestión de los patrimonios públicos de suelo se destinarán a:

- a) La conservación, mejora, ampliación, urbanización y, en general, gestión urbanística de los propios bienes del correspondiente patrimonio público de suelo.
- b) Con carácter preferente, la adquisición de suelo destinado a viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o que comporten un precio limitado en venta o alquiler.
- c) La promoción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o que comporten un precio limitado en venta o alquiler.
- d) La ejecución de Actuaciones públicas o el fomento de actuaciones privadas, previstas en el planeamiento, para la mejora, conservación y rehabilitación de zonas degradadas o de edificaciones en la ciudad consolidada.

nancieras y Administrativas. Si bien no se ha aprobado un nuevo Reglamento, sino que sigue en vigor el Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo. Estamos ante otra Comunidad Autónoma que ya desde años atrás también dedica un importante espacio a la regulación de las sociedades urbanísticas. Esta regulación de las sociedades urbanísticas parte del art. 14 del vigente Texto Refundido que, en su apartado tercero, determina, en relación al ejercicio de las competencias urbanísticas, que las administraciones con competencias urbanísticas, en virtud de los principios de colaboración y coordinación, y de la potestad organizadora que les corresponde, pueden, en este ámbito, constituir gerencias, consorcios y mancomunidades, delegar competencias y utilizar cualquier otra fórmula de gestión directa o indirecta admitida legalmente. Tras la previsión de esta opción organizativa, el propio texto refundido les atribuye la condición de “entidades urbanísticas especiales” y de “administraciones actuantes”. Esta previsión se reitera en el art. 11.1 del reglamento, en los siguientes términos: “Las administraciones públicas, sus entidades dependientes, las mancomunidades y los consorcios pueden constituir, de forma individual o conjunta, sociedades mercantiles o bien participar en sociedades ya constituidas, que tengan por objeto la realización de actividades en materia urbanística que no impliquen ejercicio de autoridad”²⁶⁰.

²⁶⁰ El art. 43.1 puesto en relación con el art. 69.1 del RSCL establecía que los servicios que implicasen ejercicio de autoridad, tan sólo podían ser prestados por gestión directa “sin órgano especial”, lo cual implicaba que el RSCL únicamente admitía la gestión indiferenciada. Sin embargo, en la redacción original del art. 85.2 de la LBRL, los servicios que implicaban ejercicio de autoridad únicamente estaban excluidos de la gestión indirecta, lo cual comportaba que podían ser ejercidos por sociedades de capital excluidos de la gestión indirecta, lo cual comportaba que podían ser ejercidos por sociedades de capital exclusivamente público en la medida que fueran una modalidad de gestión directa. Criterio que venía ratificado por el art. 95.1 del TRRL, el art. 155.1 del TR de la LCAP (el mismo criterio se aprecia en el art. 189.1 del ROAS cat., si bien, debe reconocerse junto a F. LLISSET I BORRELL y A. LLISSET I CANELLES, 1995, pág. 259, que una interpretación a sensu contrario de los arts. 211.1 y 228 e ROAS cat. Podría conducir a sostener que este reglamento prohíbe que la gestión por sociedad mercantil municipal, privada o mixta, alcance a servicios no económicos. En todo caso compartimos la opinión de F. LLISSET I BORRELL y otros, 2002, pág. 284, consistente en que “La exigencia, sin más, de la gestión directa para el ejercicio de potestades administrativas indeclinables (re-

En concreto, el art. 22.1. del Texto Refundido atribuye la condición de “entidades urbanísticas especiales”, además de al Instituto Catalán del Suelo²⁶¹, a los consorcios urbanísticos, las mancomunidades en materia urbanísticas, las entidades públicas empresariales locales y las sociedades de capital íntegramente público de carácter local, si lo determinan sus estatutos. Esto mismo lo retira el art. 11.2 y art. 12.1d) del Reglamento. Las entidades urbanísticas especiales pueden asumir competencias en materia de planeamiento y de gestión urbanísticos en los supuestos en que operan como administración actuante y pueden ser receptoras de la cesión a título gratuito o de alienación directa de terrenos del patrimonio público de suelo y de vivienda. La constitución y funcionamiento de las entidades urbanísticas especiales se rige, en todo aquello no regulado en el propio Reglamento, por la legislación aplicable a las administraciones públicas que las constituyen. Las entidades urbanísticas especiales pueden tener por finalidad realizar cualquier actividad de carácter urbanístico siempre que el ejercicio de la cual no tenga carácter intransferible, de acuerdo con lo que establezca la legislación aplicable al caso.

En relación con las entidades urbanísticas especiales, el art. 164.3 Texto Refundido establece que la adscripción o la aportación de los bienes del patrimonio municipal del suelo y de viviendas a entidades urbanísticas especiales no comporta ninguna alteración del régimen establecido en el propio Texto Refundido. Por lo tanto, se remite al régimen general que el texto Refundido establece para el patrimonio municipal del suelo (arts. 160 y ss). Por su parte, en

glamentaría, planificadora, presupuestaria, organizativa, expropiatoria) no parece acertada, ya que alguna de las formas de gestión directa, como la sociedad privada municipal, no parece acertada, ya que alguna de las formas de gestión directa, como la sociedad privada municipal, no parece adecuada, por su sumisión al Derecho privado, para el ejercicio de ningún de las potestades administrativas. En general, no pueden encomendarse a las personas jurídico privadas actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho administrativo (art. 2.2 LRJPAC en relación con el art. 15.5. LRJPAC”.

²⁶¹GIFREU I FONT, J; *L'ordenació urbanística a Catalunya*, Marcial Pons, 2012, pág. 674; “L’objectiu de l’INCASÒL és la promoció de sòl urbanitzat, el foment de les activitats econòmiques i de l’habitatge i la gestió d’equipaments públics, amb l’objectiu d’atendre necessitats col·lectives, remodelacions urbanes, creació d’espais lliures i zones verdes, dotacions i equipaments”.

relación con el derecho de superficie, el art. 171.1 Texto Refundido establece que las entidades urbanísticas especiales pueden constituir el derecho de superficie en terrenos de que sean propietarias para destinarlos, a construir viviendas, establecer servicios complementarios o hacer instalaciones industriales, logísticas y comerciales u otras edificaciones determinadas en los planes urbanísticos. La condición de “administración actuante” la atribuye el art. 23.1., además de a los ayuntamientos y al Instituto catalán del suelo²⁶², “a los consorcios urbanísticos, a las mancomunidades en materia urbanística, a las entidades públicas empresariales locales y a las sociedades de capital íntegramente público de carácter local, si lo determina un acuerdo expreso del ayuntamiento, que se debe someter a la publicidad requerida para la ejecutividad del instrumento urbanístico de planeamiento o de gestión de que se trate”. El art. 13.c) del Reglamento añade que el acuerdo municipal que acuerde la atribución de esta condición de administración actuante se puede referir a una actuación urbanística concreta o puede tener carácter general. Además, este acuerdo hay que publicarlo en el periódico o boletín oficial correspondiente (Reglamento). Las entidades urbanísticas especiales, si operan como administración actuante, pueden formular cualquier figura de planeamiento urbanístico, formular, tramitar y aprobar definitivamente los instrumentos de gestión correspondientes y también, en el caso de los consorcios y las mancomunidades en materia urbanísticas, si lo determinan sus estatutos, tramitar las figuras de planeamiento por

²⁶²GUTIERREZ COLOMINA, V; *Régimen Jurídico estatal y autonómico del patrimonio municipal del suelo*, Ed. BAYER HNOS.2010, pág. 424; Están obligados a su constitución, los Ayuntamientos que tengan un planeamiento urbanístico general, que delimite ámbitos de actuación urbanística susceptibles de generar cesiones de suelo de titularidad pública con aprovechamiento. El resto de los Ayuntamientos lo pueden constituir pero voluntariamente. La Generalitat también lo constituye por medio del Instituto Catalán del Suelo. Las administraciones territoriales que tengan competencias urbanísticas pueden constituir su patrimonio mediante una entidad urbanística especial. Cuando sea obligatoria la constitución del PMSV, se aplica el régimen previsto en la Ley y el Reglamento aunque no se haya procedido formalmente a su constitución (art. 220.2 RLUC). El art. 14.2 del RPELC exige a los Ayuntamientos, que obligatorio u optativamente lo hayan constituido, a prever específicamente en sus presupuestos las partidas para la constitución, conservación y ampliación del PMSV. La cuantía de los gastos no puede ser inferior al 5% del total consignado en los capítulos I y II del presupuesto general de ingresos.

atribución de los correspondientes municipios y en función de las competencias municipales atribuidas. No obstante lo anterior, la condición de administración actuante, acordada por el Ayuntamiento, de las sociedades de capital íntegramente público local que sean entidades urbanísticas especiales, no comporta la cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio y es responsabilidad del órgano competente del ente local dictar los actos o las resoluciones de carácter jurídico administrativo que apoyen a la actividad material y técnica objeto de la encomienda o en los cuales se integre dicha actividad. No nos gustaría finalizar, mi referencias a la legislación de Cataluña, sin hacer referencia al Decreto Ley 3/2014 de 17 de junio, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación en Cataluña de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de LRSAL. En la misma Ley seguía la línea de la ley 27/2013 de 27 de diciembre, ya que la situación de indefinición generada por la normativa estaba permitiendo que cada municipio realizase una interpretación diferente en relación al mantenimiento de la autonomía local regulada en la ley 27/2013, sobre todo en las materias competenciales sobre la que puede prestar servicios públicos a los ciudadanos y preservar el principio constitucional de igualdad. Esa falta de claridad de la Ley estatal supuso la necesidad de aprobar un decreto ley 3/2014 de 17 de junio, y para nosotros, ello demuestra la falta de coherencia normativa, utilizando una figura como un Decreto ley para interpretar una ley, como es la ley 27/2013, que debería ser lo suficientemente clara sobre todo en la regulación de lo básico, referente al servicio público, su prestación material y la relación con la ciudadanía. De todas maneras he de señalar que por resolución 774/2014 del Parlament de Catalunya, se hace pública la derogación del Decreto Ley 3/2014, por lo que se establecen medidas urgentes para la aplicación en Cataluña de la Ley 27/2013. La mesa del Parlamento constata y hace público que el Decreto ley 3/2014, de 17 de junio, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación en Cataluña de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de LRSAL, no ha sido validado por el Parlamento en el plazo establecido por el artículo 64.2 del Estatuto de autonomía, por lo que queda derogado en fecha 25 de julio de 2014.

4.5.- Los fines del patrimonio público del suelo. El concepto de interés social en las diferentes legislaciones autonómicas.

El PPS es un instrumento urbanístico, que tiene como objetivo poner en manos públicas una determinada masa patrimonial que corrija los excesos de la propiedad privada, que ayude a luchar contra la especulación del suelo y facilite la consecución de las actuaciones públicas estructurales y relevantes para el territorio. En la legislación básica estatal se contenían en el art. 276.1 TRLS/92 los siguientes fines genéricos: regular el mercado de los terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución del planeamiento. El art. 280.1 TRLS92 determinaba que los bienes del PPS, una vez incorporados al proceso de urbanización y edificación, tenían como fin específico la construcción de VPP u otros usos de interés social de acuerdo con el planeamiento urbanístico. A su vez, el art. 276.2 establecía que los ingresos obtenidos mediante enajenación de terrenos o sustitución del aprovechamiento correspondiente de la administración por su equivalente metálico, se destinarían a la conservación y ampliación del mismo. El problema se planteaba en caso de colisión entre los fines genéricos y específicos. López-Jurado Escribano²⁶³ distinguía entre los fines genéricos y el destino a dar a los bienes que integraban el PPS, una vez incorporados al proceso de urbanización y edificación. Para este autor los terrenos que en una fase anterior a la urbanización y edificación formasen parte del PPS no debían destinarse necesariamente a la construcción de VPP, ni a otros usos de interés social y en este caso la corporación podía enajenarlos sin necesidad de asegurar el destino que recibirán esos bienes. Incluso, según este autor, esos terrenos aún incorporados al proceso de urbanización y edificación podían ser enajenados por el ayuntamiento. Desde ese momento dejaban de ser bienes integrantes del PPS, y el nuevo titular podía destinarlos –siempre conforme al planeamiento- a fines distintos de los previs-

²⁶³LOPEZ-JURADO ESCRIBANO,F.B;” Los Patrimonios Municipales del Suelo: Sus caracteres y operatividad”, TAL nº45, CEMCI, Granada, 1992.

tos por el precepto. Así pues, prevalecían los fines genéricos sobre los específicos. Serrano Alberca, J.M.,²⁶⁴ por el contrario los únicos fines que podían cumplir los bienes del patrimonio del suelo eran los fines específicos del art. 280, pues a través del cumplimiento de estos fines específicos se cumplían los fines genéricos del art. 276 TRLS/92. Ahora bien, el destino específico que establecía el art. 280 estaba supeditado al planeamiento urbanístico y podía ocurrir que ese destino ad hoc, fuera contradictorio con la calificación urbanística (por ejemplo en el caso de suelo industrial). Se planteaba por tanto una cuestión añadida de prevalencia entre los fines del PPS y los objetivos y finalidades del planeamiento. Fonseca²⁶⁵ alertaba que la incompatibilidad entre los usos previstos por el planeamiento y los fines institucionales del PPS podía ser incluso provocada por el ayuntamiento a la hora de elaborar el concreto plan de que se tratara, atribuyendo a los terrenos un uso y tipología urbanística incompatible con los fines del patrimonio e incurriendo en ese caso en un evidente fraude de ley. Serrano Alberca, la solución va a depender del origen de los bienes integrantes del patrimonio. En el mismo sentido se expresa Blanca Blanquer.²⁶⁶

En la misma línea Díaz Lema²⁶⁷, señala en relación con los distintos modos de incorporar terrenos al PPS se deduce, al menos en varios casos, la afectación al fin específico, prevaleciendo sobre el planeamiento. En concreto se refiere a la expropiación para la construcción de VPP y otros usos de interés social (persiste en el anulado art. 206.1.e) del TRLS92 e incorporado en diversa legislación autonómica) y la expropiación sanción por incumplimiento del deber de

²⁶⁴SERRAN ALBERCA, J.M, *El Derecho de Propiedad, la Expropiación y la Valoración del Suelo*, 2ª ed. Aranzadi, Navarra, 2003.

²⁶⁵ FONSECA FERRANDIS, Fe: “El régimen jurídico de los Patrimonios municipales del suelo”. Instituto Pascual Madoz, BOE, 1995, pág. 125.

²⁶⁶BLANCA BLANQUER,M: *En Derecho Urbanístico Actual*, vol LL pág. 287, Montecorvo, Madrid, 1993, atribuye esta contradicción, la del art. 280.1 con respecto al art. 276, o una defectuosa redacción que en el espíritu del texto cabía interpretarlo reduciendo los efectos del art.280.1. a los terrenos obtenidos mediante expropiación que persigan una finalidad básica para el bienestar de la población, con el destino parcial del suelo para las dotaciones viaria, etc., que necesiten los destinatarios de la actuación constructiva.

²⁶⁷ DIAZ LEMA, J.M: “El Patrimonio Municipal del Suelo en el Texto Refundido de 1992”, RvDU, Enero-Febrero 1994.

edificación de terrenos calificados de vivienda que preveía el art. 280.2 del TRLS92 declarado nulo por la STC 61/1997, hoy mantenido por algunas legislaciones autonómicas (por ej. art. 271.2 de la anterior Ley Foral 10/1994 de Navarra y no recogida en la actual LFOTUN).

Serrano Alberca,²⁶⁸ señala que hay que añadir a los fines específicos recogidos en nuestro ordenamiento jurídico, todos aquellos en los que la incorporación al patrimonio público se produzca por expropiación, además de los anteriores casos comentados. Y en concreto se refiere dicho autor, a las referidas reservas del suelo y a la expropiación a la expropiación genérica para la constitución o ampliación del patrimonio, debiendo cumplir en ambos casos la misma, el cumplimiento de los únicos fines de interés social que fundamentaría la misma (viviendas y otros usos de interés social). La postura más generalizada, apoyada en la literalidad de los preceptos, ha sido defender el destino reducido o estricto de los bienes a la construcción de VPP o a otros usos de interés social (art. 280.1 TRLS92) complementado con una defensa también estricta de que “los ingresos obtenidos mediante enajenación de terrenos o sustitución del aprovechamiento correspondiente a la administración por su equivalente metálico, se destinarán a la conservación y ampliación del PPS” (art. 276.2 TRLS92). La jurisprudencia dejaba claro que el art. 276.2 del TRLS92 no debía confundirse con el art. 280.1 del TRLS92. Pues una cosa era que los bienes del PPS, una vez incorporados al proceso de urbanización y edificación tuvieran que ser destinados a la construcción de VPP o a otros usos de interés social y otra diferente es que si se producía su enajenación o se sustituía el aprovechamiento por metálico, el destino del dinero tenía que reinvertirse en el propio PPS, a través del destino de su conservación y ampliación (STS de 27 de junio de 2006 (RJ 2006/5973). La jurisprudencia, como hemos indicado anteriormente, ha seguido con un criterio un tanto estricto la postura que defendía el destino específico (Vit. las SSTS de 2 de noviembre de 1995, de 25 de octubre de 2001, en la que se anuló el acuerdo del ayuntamiento de San Sebastián, la de 2

²⁶⁸ Obra citada ut supra.

de diciembre de 2001, que anula el presupuesto del ayuntamiento de Oviedo y de 7 de noviembre de 2002, referida al ayuntamiento de Donostia-San Sebastián). Quintana López²⁶⁹ señalaba que esta interpretación podía dificultar el manejo de este patrimonio separado por parte de los municipios y con ello privar de utilidad a la institución. Por ello propugnaba que fuesen los legisladores autonómicos los que establecieran los criterios del destino del PPS, puesto que el recurso a otros usos de interés social resultaba ser demasiado impreciso y constituía una conservación y ampliación del patrimonio fuese objeto, asimismo, de desarrollo por la legislación autonómica. El mismo autor señala que la nueva regulación estatal de los PPS rompe con la tradicional idea de la “realimentación continua” que impedía financiar actividades de su competencia, obras públicas o urbanísticas y adquisiciones de inmuebles con dinero procedente de la venta de bienes del PPS, aunque se corre el peligro de convertirse en un simple artificio contable carente de vinculación alguna a determinada política municipal. En relación a la legislación urbanística relacionada con el PPS suelo de las CCAA, me gustaría hacer referencia específicamente a Baleares, ya que hasta este año 2014, era la única comunidad que no tenía Ley del Suelo propia, ya que se publicó en el BOIB nº 43 de 29 de marzo del 2014, la Ley 2/2014 de 25 de marzo de ordenación y uso de suelo. No es objeto del presente trabajo analizar el acierto o no de la publicación de dicha Ley, aunque de entrada nos parece extraño sólo el título de la Ley ya que parece que aísla dos conceptos que deben siempre ir unidos, como es la ordenación y el uso de suelo. Pero lo que realmente nos interesa es comentar el capítulo IV de dicha Ley desde los artículos 97 a 102, que hacen referencia a la regulación y el destino²⁷⁰ de los PPS, el artículo 97.1 nos señala que la comunidad autónoma, los consells

²⁶⁹ QUINTANA LÓPEZ, T: “La regulación de los Patrimonios del suelo como fuente de controversia”, Revista española de Derecho Administrativo nº 121.

²⁷⁰ ORTEGA F; *Actuaciones urbanísticas para el fomento de la edificación y la reducción del precio de los solares*, Comares/Urbanismo, Granada, 2012, pág. 62; David Blanquer mantiene que corresponde a las Comunidades Autónomas la competencia para identificar el destino concreto del PPS, por lo que hay una “reserva de Ley” (en sentido de ejercicio de potestad normativa autonómica), y no una “reserva de Jurisdicción”. Se apoya en la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio.

insulars y los municipios deben constituir y ejercer la titularidad de los patrimonios públicos de suelo, con la finalidad de crear reservas de suelo para actuaciones públicas, facilitar la ejecución de instrumentos de planeamiento, conseguir una intervención pública en el mercado de suelo, de entidad suficiente para incidir eficazmente en la formación de los precios, garantizar una oferta de suelo suficiente con destino a la ejecución de vivienda de protección oficial u otros regímenes de protección pública, proteger, conservar, mantener o mejorar el patrimonio cultural de las Illes Balears, actuaciones de preservación del suelo en situación rural, a favor de los espacios y bienes patrimoniales protegidos, el medio ambiente o el paisaje. Queremos destacar pues el carácter imperativo de la Ley autonómica en relación a la finalidad de los PPS, tasados expresamente por la ley autonómica balear, así como el artículo 101 de la propia Ley, que regula el destino de los bienes integrantes de los patrimonios municipales de suelo, volviendo a destacar la construcción de viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública. Sin embargo a continuación la ley vuelve a establecer un apartado que trae a confusión o a numerosas interpretaciones jurisprudenciales, en relación al concepto jurídico indeterminado de interés social. La legislación Balear, no consigue, desde mi punto de vista regularlo de manera detallada sino que señala que en el resto de suelo que no es residencial se destinará dichos patrimonios a usos de interés social, de acuerdo con lo que dispongan los instrumentos de ordenación urbanística. Es decir que para suelos no residenciales el interés social deberá ser delimitado por los instrumentos de planeamiento, cuando desde nuestro punto de vista debe ser una norma con rango de Ley la que regule los usos de interés social del destino de los PPS, concretamente una ley autonómica ya que se trata la concreción de los posibles destinos del PPS, una cuestión que no afecta a la planificación económica-territorial, regulada en el art. 47 de nuestra Carta Magna.

En relación a los fines específicos como son las viviendas de protección oficial, la construcción de las mismas sometidas algún régimen de protección pública y otros usos de interés social, conviene estudiar las diferentes opiniones

de autores administrativistas. Según Díaz Lema²⁷¹ en su obra citada, señala que se trata de un concepto amplio que comprende todo régimen objetivo de protección que determinen el Estado o las CCAA. Fonseca Ferrandis²⁷² defiende la posibilidad de incluir dentro del concepto de “algún régimen de protección pública” el destino a otro tipo de vivienda no calificada como de protección oficial de acuerdo con la normativa estatal o autonómica, pero que igualmente se beneficiaría de alguna clase de ayuda con cargo exclusivo a los presupuestos municipales.

En sentido contrario a la anterior, la STS de 25 de mayo de 2004 (RJ 2004/4035) mantiene que “los ayuntamientos carecen de capacidad, para ordenar, crear o regular un régimen de promoción pública de viviendas, y que las acciones que puedan intentar por la vía de fomento han de respetar y adecuarse a lo establecido al respecto por el Estado y las CCAA que son las que tienen competencia en la materia”. Dice, además, que no obsta a lo dicho anteriormente, lo dispuesto en el art. 280.1 del TRLS92, puesto que lo que dice este apartado es “que los terrenos incorporados al PPS deben ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de promoción pública, que como más atrás se ha visto, ha de ser el Estado o el de las CCAA”.

La regulación autonómica de esta cuestión no ha sido uniforme. En Andalucía, el art. 2 de la LVPS²⁷³ no deja resquicio alguno para los municipios anda-

²⁷¹ Obra citada ut supra

²⁷² FONSECA FERRANDIS, F.. “El régimen jurídico de los patrimonio municipales del Suelo”, Instituto Pascual Madoz, BOE, 1995

²⁷³ La nueva redacción en Andalucía, de la LOUA, dada por la LVPS con la idea de recoger esta jurisprudencia ha concretado el siguiente objeto que debe tener esta reserva en relación con la clasificación del suelo:

- a) En suelo urbano con ordenación detallada garantiza una oferta de suelo e inmuebles suficientes con destino a la ejecución o rehabilitación de VPO u otros regímenes de protección pública y los equipamientos correspondientes.
- b) En suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable para la consecución de cualquiera de los fines amplios establecidos en el art. 68 (actuaciones públicas, facilitar la ejecución, instrumentos de planeamiento y conseguir una intervención pública en el mercado del suelo de entidad suficiente para incidir eficazmente en la formación de los precios). Para usos residenciales, industriales, terciarios y de equipamientos. En el caso de uso residencial, el destino predomi-

luces puesto que considera vivienda protegida a efectos de esta reserva, únicamente las que así sean calificadas por la consejería competente de la junta de Andalucía. En cambio, otras legislaciones autonómicas establecen un margen mayor para la actuación municipal. Así en el apartado 4 del art. 52 de la LFO-TUN de Navarra, el estándar mínimo de vivienda protegida se establece de la siguiente manera, ya que al menos un 25% del total de las viviendas deberán ser de protección oficial. El resto que no sea de protección oficial deberá ser de precio tasado, hasta alcanzar al menos el 50% de vivienda protegida, sobre el total, sin perjuicio de lo dispuesto en la letra c) (que señala que cada vivienda de precio tasado podrá ser sustituida por 2 viviendas de precio pactado, con el límite de que de la aplicación de esta regla no podrá derivarse un número de VPO y de precio tasado inferior al 43% del total).

Por otra parte, la LSUPV del País Vasco establece figuras equipamentales de alojamiento de uso temporal y extiende el régimen jurídico de la vivienda protegida hacia otras figuras municipales de viviendas protegidas, lo que según la exposición de motivos de la ley “contribuye a configurar también un marco de corresponsabilidad institucional del Gobierno Vasco y de los ayuntamientos en materia de vivienda protegida”. El art. 80.2 de la LSUPV vasca señala que el porcentaje de VPP, se desglosa en un mínimo del 20% de la edificabilidad para la construcción de VPO de régimen general y especial, y el restante porcentaje con destino a VPO de régimen general y especial, y el restante porcentaje con destino a VPO de régimen tasado (esta edificabilidad podrá ser sustituida por viviendas tasadas municipales en los términos establecidos en la DA octava, que en su apartado 4, señala que a los efectos de esta ley, tendrán la consideración de viviendas tasadas municipales las que los ayuntamientos del

nante tiene que ser el de vivienda sujeta a algún régimen de protección oficial u otros regímenes de protección pública.

c) En suelo no urbanizable crear reservas de suelo para actuaciones públicas de viviendas en aquellas zonas en donde se prevea el crecimiento de la ciudad, siendo igualmente el destino predominante el de vivienda sujeta a algún régimen de protección o en otro caso a usos industriales, terciarios o turísticos. También se puede destinar a la protección o preservación de las características del suelo no urbanizable o de cumplir determinadas funciones estratégicas de ordenación o vertebración territorial.

País Vasco decidan establecer mediante la promulgación de la correspondiente ordenanza local. Esta ordenanza local determinará las características de la citada vivienda y su anexo, los destinatarios y el procedimiento de adjudicación entre otros). El concepto de usos de interés social como hemos señalado en las diferentes legislaciones estatales y autonómicas analizadas, es un concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto de distintas consideraciones. López Borja, realizando una delimitación negativa considera que no son usos de interés social, los usos a los que se destinan los bienes de dominio público. Ello implica que las dotaciones de uso o servicio público no tendrán el carácter de uso de interés social. Utilizando una delimitación positiva sobre los usos de interés social, propugna volver a la operatividad del Título I de nuestra CE que se refiere a los principios de política social-económica. A juicio, de Martín Valdivia²⁷⁴, para establecer el sentido de la expresión “otros usos de interés social”, es forzoso acudir al anexo del RPU, donde se establecen las dotaciones de equipamiento comunitario que el plan parcial debe prever y reservar en función de los distintos usos de interés social sólo pueden ser los parques deportivos, el equipamiento comercial y el equipamiento social.

Martín Hernández²⁷⁵, considera en cambio que de la interpretación integrada de los arts. 276.1 y 280.1 del TRLS92, se pueden considerar que dentro de estos usos de interés social estarían “incluidos en tales fines los relativos a la gestión urbanística y dentro de ellos los de atender las necesidades de unos dotacionales públicos o privados”.

Menéndez Rexach²⁷⁶ mantiene un criterio amplio, incluyendo dentro del “interés social” a cualquier actuación encaminada a la satisfacción de necesidades colectivas y admite el destino, según el planeamiento urbanístico, tanto

²⁷⁴ MARTIN VALDIVIA,S.: “Urbanismo y especulación: los patrimonios públicos del Suelo”, Montecorvo, S.A., Madrid, 1998

²⁷⁵MARTIN HERNANDEZ,P.: “El Patrimonio Municipal del Suelo”: Su evolución normativa RvDU nº225, Abril-Myo 2006.

²⁷⁶ MENENDEZ REXACH,A: “Reflexiones sobre el significado actual de los Patrimonios Públicos”, Ciudad y Territorio 95-96,1993.

fomento de sectores industriales, terciarios, lucrativos, como a la ejecución de equipamientos a dotacionales públicas (deportivos, sanitarios, educativos).

Parejo Alfonso,²⁷⁷ señala que “el concepto de (usos de interés social) es por sí mismo completamente indeterminado. En cuanto referido a usos, sólo pueden entenderse admisibles destinos conformes con las determinaciones calificatorias del planeamiento urbanístico aplicable, que es esencialmente libre para configurarlas”.

Algunas CCAA, al dictar su legislación, han hecho una interpretación de lo que debe entenderse por “usos de interés social” y han establecido como destino específico de los bienes del PMS, o, en su caso, PPS usos encuadrados dentro del concepto de “interés social”. La legislación andaluza, en el art. 75.1.b) de la LOUA, utiliza la expresión “usos declarados de interés público”, no lo de “usos de interés social”. López Menudo²⁷⁸ afirma que “para la LOUA, el concepto de interés público hace referencia a un género comprensivo de dos especies, la utilidad pública y el interés social”. Y por ello, bajo la cobertura de este concepto más amplio pueden quedar legitimados destinos públicos del PPS que “han sido objeto de descalificación y rechazo por los Tribunales desde el manejo más reducido del concepto de interés social”. Desde esta perspectiva nada obsta a que se puedan dedicar bienes del PPS a usos como Palacio de Congresos, Exposición de artes populares, equipamientos previstos en el plan o para un servicio o dependencia administrativa, siempre con una justificación razonable.

Serrano Alberca,²⁷⁹ refiriéndose al caso de los bienes procedentes de la expropiación, señala que cuando se trata de expropiaciones por razones de interés social, la declaración no está implícita, debe ser expresa, y que igualmente en

²⁷⁷ PAREJO ALFONSO, L: Obra citada ut supra.

²⁷⁸ LÓPEZ MENUDO, F: “Informe sobre la viabilidad legal de transmisión de parcelas del patrimonio municipal del suelo, a título oneroso a cambio de finca sita en suelo urbano”, Sevilla, julio 2006.

²⁷⁹ SERRANO ALBERCA, J.M; *El Derecho de Propiedad, la Expropiación y la Valoración del Suelo*, 2ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2003

lo referente a los terrenos expropiados para el PPS o la expropiación de reservas, también debe declararse previa y expresamente el fin de interés social para el que se expropia, de forma que se permita su control. Según este autor “el mantenimiento de la tesis, según la cual la declaración expresa no es necesaria, permite crear una nueva inmunidad de poder o un cheque en blanco que sería contrario a las tendencias de control de la Administración que ha ido consiguiendo la Jurisprudencia en el Estado de Derecho”.

Ivars Bañuls señala que, para analizar la intervención de las administraciones públicas en el mercado del suelo en aras a la promoción de los fines sociales del mismo debemos partir de lo dispuesto en nuestra Carta Magna, “la cual, conocedora de que el urbanismo supone una constante tensión entre el interés público que entraña la ordenación de la ciudad y el interés privado de la propiedad a la que se vincula al proceso urbanizador y edificatorio, no adoptó como solución primaria la municipalización del suelo apto para urbanizar, al ser ésta descartada en el proceso de elaboración de la CE, al rechazarse las enmiendas al proyecto que proponían esta solución, y así el artículo 47 CE alude a las normas que deben regular la utilización privada del suelo de acuerdo con el interés general y para impedir la especulación; participando la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos y que, por tanto primariamente, se atribuyen constitucionalmente como algo inherente a la propiedad privada”. “Es pues, -sigue diciendo dicho autor- en el artículo 47 de la Constitución Española de 1978 donde encontramos el fundamento jurídico de esta potestad pública para intervenir en el mercado inmobiliario así como los fines públicos a que dicha intervención debe ir necesariamente orientada, ya que en él se establece el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, la obligación de los poderes públicos de regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, así como la obligatoriedad de que la comunidad participe de las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.”

Marín Hernández²⁸⁰ consideraba, que con las legislaciones autonómicas que habían desarrollado los fines a que puedan destinarse los bienes del PMS con amplitud, sin establecer en muchos casos ni jerarquización ni prioridad de las finalidades, podía considerarse la polémica cerrada respecto al destino de los bienes del PMS. Esta postura tenía la virtud de solucionar el problema, por lo menos desde un punto de vista práctico, puesto que mientras el TC no se pronuncie sobre la contradicción entre las normas básicas estatales y las de desarrollo autonómico, estas últimas tenían plena validez.

Por otra parte, la LS07 actualmente derogada e integrada en el TRdLS08, ha venido a amparar lo legislado por las distintas CCAA y ha dado un amplio margen a las legislaciones urbanísticas para determinar los usos específicos de interés social. Según la legislación estatal estos usos sociales podrán ser urbanísticos, de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural. Estos usos de interés social requieren no sólo que los dispongan los instrumentos de ordenación urbanística, sino que además lo deberá prever la legislación autonómica. La LS07 como hemos dicho, no estableció una preferencia expresa para construir VPP como hacen algunas legislaciones autonómicas,²⁸¹ aunque se induce implícitamente. Por otra parte, con la obligatoriedad de reserva del 30% del uso residencial para la construcción de VPP, la LS07 parecía desplazar la obligación de construir VPP a los particulares en vez de a la administración. Esto ha sido consecuencia del aumento en el precio de la vivienda experimentado en los últimos años, que ha sido espectacular, provocando la imposibilidad de acceso material a la misma de grandes capas de la población, convirtiendo el derecho constitucional a la vivienda en uno de los objetivos más importantes a resolver por los poderes públicos.

²⁸⁰ MARTÍN HERNÁNDEZ, P.: “El Patrimonio Municipal del Suelo: Su evolución normativa”, *RvDU n°225, Abril-Mayo 2006*.

²⁸¹ Art. 75 de la LOUA de Andalucía.

La causa principal, aunque no la única, hay que atribuirla a una vertiginosa subida del precio del suelo, que como señala González de Buitrago²⁸² lo ha hecho “objeto de una desafortunada especulación que ha encarecido el precio de la vivienda libre y provocado una fuerte caída de la promoción de viviendas de protección pública que, al tener limitados sus precios de venta no ha podido asumir el alto coste del suelo”. Por ello, desde hace tiempo, el urbanismo ha venido buscando soluciones legales para conseguir una determinada reserva de suelo para VPP. Como señalaba Porto Rey²⁸³ las Directrices de la Comisión de planeamiento y coordinación del área metropolitana de Madrid (Coplaco) de 20 de octubre de 1981 supusieron el primer intento de solución desde el planeamiento urbanístico. En concreto la directriz nº17 señalaba que “Los planes generales introducirán las determinaciones necesarias para favorecer en el nuevo desarrollo residencial... las viviendas de protección oficial”. Esta determinación del uso, de VPO fue desautorizada por la STS de 11 de enero de 1985, al recoger que lo que en modo alguno autorizaba el TRLS76 es que los planes, una vez asignado el uso, en este caso el residencial, puedan imponer también un régimen especial para la construcción, como es “el de las viviendas de protección oficial, que implica limitaciones a la propiedad que, en el sistema de la ley del suelo, carece de los necesarios mecanismos de compensación.” En el mismo sentido negativo a la determinación por el planeamiento del uso de VPO responden las SSTS de 1 de junio de 1987 y 17 de abril y 21 de mayo de 1991. El TRLS92 atribuyó al planeamiento aunque con carácter supletorio, la facultad de “*calificar terrenos para construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública*”. E igualmente en el art. 98.3 estableció la compensación de este uso, al regular que “si el planeamiento general calificara terrenos con destino a la construcción de viviendas de protección pública, considerará esa calificación como un uso específico, asignándole el coeficiente de

²⁸²GONZALEZ DE BUITRAGO, V: “El problema social de acceso a la vivienda y sus posibles soluciones”, RvDU nº199, Enero-Febrero 2003.

²⁸³PORTO REY,E: “Técnicas urbanísticas que pueden facilitar la promoción de viviendas de protección pública”, Revista de derecho urbanístico y medioambiental, nº185, Montecorvo, 2001.

ponderación que, justificadamente y en coordinación con los criterios de valoración catastral, exprese su valor en relación con el característico del área en que quede incluido”.

González Pérez²⁸⁴ al comentar este artículo manifiesta que “la jurisprudencia venía reiterando la improcedencia de esta calificación, puesto que el planeamiento, en cuanto norma dictada por la Administración, no es instrumento apto para imponer aquel destino, al faltarse la base legal necesaria con arreglo a lo dispuesto en el artículo 33.2 de la Constitución” (STS 29 de enero de 1992 Arz 1240). A partir de las leyes del País Vasco, Navarra, Madrid, Castilla-La Mancha y La Rioja, lo que era una facultad urbanística se convierte en una obligación de reserva de suelo para ²⁸⁵viviendas protegidas”.

La LS07 establecía la posibilidad que la legislación urbanística permita excepcionalmente una reserva inferior para determinados municipios o actuaciones, siempre que cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización se garantice en el planeamiento el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social.²⁸⁶

Las importantes bolsas de suelo de VPO que se van a formar en los municipios, van a requerir una adecuada estrategia para su construcción directamente o indirectamente. Igualmente van a darle relevancia a su mayor o menor ri-

²⁸⁴ GONZALEZ PEREZ,J: *Comentarios a la ley del suelo*, (Texto Refundido de 1992) 6ª. Ed. Madrid, 1993, Civitas.

²⁸⁵En Andalucía se recogió en la LOUA la obligatoriedad de reserva del 30% del aprovechamiento objetivo para los municipios de relevancia territorial. La reforma de la LOUA por la LVPS con una regulación similar a la que ahora contiene el TRLS08, extendió esta obligación a todos los municipios y estableció la obligatoriedad para cada área o sector con uso residencial de dicho ámbito para su destino a VPP.

²⁸⁶En la nueva regulación de la LOUA referida, para permitir esta excepción se requiere que dichos sectores o áreas tengan una densidad inferior a 15 viviendas. Igualmente reglamentariamente podrán establecerse parámetros que eviten la concentración excesiva de este tipo de viviendas.

gidez a la hora de su definición.²⁸⁷ Podría pensarse que una vez establecido el porcentaje de aprovechamiento reservado para VPP por ley, incluso por la legislación autonómica, como mantienen Menéndez Rexach²⁸⁸ e Iglesias González, el problema quedaría resuelto. A pesar de ello el TS sigue manteniendo su doctrina contraria a esta cuestión. Así, en la sentencia de 25 de noviembre de 2008, el TS estimó el recurso de casación parcialmente, no teniendo en cuenta lo alegado por el gobierno Vasco y el ayuntamiento de Bilbao, al contrario de la sala de Instancia, en el sentido que las leyes vascas 4/1990 y 1771994 que imponen a los planes urbanísticos el deber de establecer porcentajes mínimos de VPO daban cobertura legal suficiente a la previsión de uso característica de VPP. El TS, en el fundamento de derecho quinto mantiene que *“es jurisprudencia constante de esta Sala que el planeamiento urbanístico no puede, al ca-*

²⁸⁷ El art. 2 de la LVPS priva de todo tipo de margen a los municipios andaluces puesto que considera vivienda protegida a efectos de reserva, únicamente las que así sean calificadas por la Consejería competente de la Junta de Andalucía. En cambio, otras legislaciones autonómicas establecen un margen mayor para la actuación municipal. Así en el apartado 4 del art. 52 de la LFOTUN de Navarra, el estándar mínimo de vivienda protegida se establece de la siguiente manera:

- a) Al menos un 25% del total de las viviendas deberán ser de protección oficial.
- b) El resto que no sea de protección oficial deberá ser de precio tasado, hasta alcanzar al menos el 50% de vivienda protegida, sobre el total, sin perjuicio de lo dispuesto en la letra c) (que señala que cada vivienda de precio tasado podrá ser sustituida por 2 viviendas de precio pactado, con el límite de que de la aplicación de esta regla no podrá derivarse un número de VPO y de precio tasado inferior al 43% del total).

Por otra parte, la LSUPV del país Vasco establece figuras equipamentales de alojamiento de uso temporal y extiende el régimen jurídico de la vivienda protegida hacia otras figuras municipales de viviendas protegidas, lo que según la Exposición de Motivos de la Ley *“contribuye a configurar también un marco de corresponsabilidad institucional del Gobierno Vasco y de los Ayuntamientos en materia de vivienda protegida”* El art. 80.2 de la LSUPV vasca señala que el porcentaje de VPP, se desglosa en un mínimo del 20% de la edificabilidad para la construcción de VPO de régimen general y especial, y el restante porcentaje con destino a VPO de régimen tasado (esta edificabilidad podrá ser sustituida por viviendas tasadas municipales en los términos establecidos en la DA octava, que en su apartado 4, señala que a los efectos de esta ley, tendrán la consideración de viviendas tasadas municipales las que los Ayuntamientos del País Vasco decidan establecer mediante la promulgación de la correspondiente ordenanza local. Esta ordenanza local determinará las características de la citada vivienda y su anexo, los destinatarios y el procedimiento de adjudicación entre otros).

²⁸⁸ MENÉNDEZ REXACH,F; *“las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre el régimen del suelo. Comentario Crítico de la STC de 20 de marzo de 1997”*, Revista de Derecho Urbanístico n. 153, abril-mayo 1997, Madrid, AC.

lificar el uso del suelo, vincularlo al régimen de las viviendas de protección oficial. Este último pertenece al ámbito de la actividad de fomento, no al ámbito del urbanismo. Como ha recordado recientemente nuestra sentencia de 21 de diciembre de 2007, la habilitación legal en virtud de la cual el planeamiento general puede y debe determinar el contenido urbanístico del derecho de propiedad no se extiende a otras limitaciones de distinta naturaleza de ese mismo derecho, como son las inherentes al régimen de las viviendas de protección oficial". En este mismo sentido se pronuncian, entre otras muchas, las Sentencias de esta Sala de 7 de octubre de 2000 (RJ 2000/9099), 27 de enero de 2001 (RJ 2001/2624) y 15 de febrero de 2005 (RJ 2005/2431). Hemos de señalar que dicha sentencia del Tribunal Supremo me parece clara e importante porque separa dos conceptos que siempre se han confundido cuando se vinculan al régimen de protección de viviendas de protección oficial, y es que la potestad de auto-organización de las entidades locales va vinculada a numerosas actividades de las cuales las mismas son titulares de la prestación del servicio público. La actividad de fomento es de iniciativa pública, y de relación directa servicio público, ciudadano, muy diferente a la actividad de urbanismo, donde el contacto con el ciudadano y la realidad social está mucho más difusa.

Finalmente, conviene señalar que el TRLdS08 ha unificado el destino de los ingresos con el de los bienes, en su art. 38.2. Así pues, a los fines de VPP y a otros usos de interés social, pueden dedicarse no sólo los bienes sino también los fondos que existan en los PPS. Coincidimos con Delgado Piqueras, Francisco,²⁸⁹ en que la LS07 ha puesto "coto a la indeterminación del concepto de interés social presente en el art. 280.1 TRLS de 1992 y toda la controversia generada por su causa". Creemos que a partir del ámbito que determina la legisla-

²⁸⁹ DELGADO PIQUERAS, F; "El patrimonio público del suelo. Novedades del régimen básico de los patrimonios públicos de suelo. Urbanismo para los ciudadanos". I encuentro. Consejería de Ordenación del Territorio y Vivienda. CA de Castilla la Mancha; Entiende que con la nueva regulación del PPS no desaparece la necesaria retroalimentación de los bienes del PPS. Los usos o destinos de éste tendrán que ajustarse a la Ley de Suelo, la ley urbanística autonómica y el plan de ordenación urbana. Entiende que la definición administrativa del interés social tendrá que superar esos tres filtros. Con lo cual, podemos esperar que remitan los problemas y litigios suscitados por indeterminado concepto jurídico de interés social.

ción estatal para el concepto de usos de interés social, incluyendo los fines urbanísticos, entre otros, deja sin efecto la jurisprudencia restrictiva de interés social que excluía los de carácter urbanístico. Ahora, para saber cuándo estamos en presencia de un uso de interés social, será necesario en primer término, que vengan determinados con la legislación autonómica. En segundo lugar, tendrán que estar encuadrados dentro de fines urbanísticos de protección o mejora de espacios naturales o de bienes inmuebles del patrimonio cultural. Y por último, tendrá que ser conforme con el planeamiento urbanístico²⁹⁰, con independencia de la gestión posterior del PPS por parte de las sociedades urbanísticas.

4.6.- La cesión gratuita de la propiedad de bienes patrimoniales simples. Estudio del régimen jurídico.

¿Se pueden ceder gratuitamente bienes patrimoniales simples por parte de un ayuntamiento a una sociedad municipal de integro capital público?. La respuesta a tal pregunta tiene sus dificultades, ya que el problema mayor a resolver es sí las transmisiones de terrenos han de considerarse como transmisiones a terceros adquirentes o bien por tratarse de una empresa de capital íntegramente municipal, puede considerarse que se trata de una entidad que forma parte del consistorio y que por lo tanto no tiene la consideración de tercero a tales efec-

²⁹⁰ Es necesario hacer un pequeño paréntesis para referirnos a una antigua cuestión que condiciona, definitivamente, el objeto específico de los patrimonios municipales del suelo que estamos comentando. Nos referimos a la posibilidad de que sean los Planes urbanísticos los que determinen qué zonas deberán destinarse obligatoriamente a la construcción de viviendas protegidas. La capacidad de los Planes Generales para poder delimitar zonas y destinarlas a la construcción de viviendas de protección oficial es una cuestión clásica y a la vez polémica en nuestro Derecho. Clásica también ha sido la respuesta dada por la jurisprudencia al respecto; así,, con carácter ejemplificativo a las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1992 (RA 1238), de 5 de febrero de 1992 (RA 2299), 8 de julio de 1992 (RA 5749) y de 3 de noviembre de 1992 (RA 8743). En todas ellas se repiten los mismos fundamentos jurídicos: “no hay posibilidad normativa de que un Plan General, de rango meramente reglamentario, contenga determinaciones o calificaciones que supongan dicha afectación o vinculación de inmuebles privados para la construcción de viviendas de protección oficial (en definitiva, serías limitaciones al Derecho de propiedad)” (STS de 8 de julio de 1992).

tos. Hay que señalar que las sociedades municipales urbanísticas, como hemos tenido la ocasión de señalarlo en el presente trabajo de investigación, tienen plena personalidad jurídica, distinta a la del ayuntamiento que lo crea. Constituyen además entes instrumentales para el cumplimiento del fin público municipal, y ello nos pone sobre la mesa un problema anteriormente estudiado de manera pormenorizada y es saber si con la cesión de terrenos de manera gratuita de un ayuntamiento a una sociedad municipal de suelo y vivienda, vulnera o no los principios de libre concurrencia. En este sentido la STSJ de Extremadura de 12 de mayo de 1999, (RJX 1999/1434) mantiene que (solo de forma accidental cabría considerar que en el caso de autos nos encontramos con una auténtica cesión de bienes en el sentido de una transmisión de los mismos a terceras personas. En efecto, como ya vimos, la “inmobiliaria municipal de Badajoz”, no es sino una sociedad cuyas acciones pertenecen exclusivamente, y solamente pueden pertenecer, al ayuntamiento de Badajoz, por lo que esas acciones que representan su patrimonio, siguen perteneciendo al municipio y no solo éste sino sus gastos e ingresos formarán parte del presupuesto de la corporación, como impone el artículo 145 de la Ley de haciendas locales”. Y por tanto, “lo que supone concluir que la gestión en el caso de autos no se realiza mediante cesión a terceros, sino por la misma corporación”.

Con una postura contraria, la STS de 29 de noviembre del 2001, desestimo la casación interpuesta por el ayuntamiento de Logroño contra sentencia de la sala de Instancia anulando el convenio suscrito entre el Instituto Riojano de la Vivienda (sociedad anónima pública, de que únicamente eran socios la CCAA y el ayuntamiento de Logroño) y el ayuntamiento de Logroño para la enajenación directa y onerosa de parcela del PPS, por entender que aquél no era un organismo oficial. No obstante, en relación con esta sentencia conviene hacer dos precisiones. La primera, es que el propio Tribunal reconoce que *“aún en el caso que el Instituto Riojano de la Vivienda S.A. pudiera ser considerado Administración Pública, siempre resultaría que la enajenación impugnada no cum-*

ple el requisito de ser a título gratuito²⁹¹, que es una exigencia clara del precepto”. Es decir, la misma no termina de tener claro, que no pueda ser equiparada a la Administración Pública. La segunda, es que existe un voto particular del Magistrado Sr. Yague Gil, que afirma que si bien “dicho Instituto no es propiamente un Organismo Oficial ni una entidad de carácter benéfico y social, pero tal como dice la sentencia impugnada, se trata de una entidad creada por la Comunidad Autónoma, con un 92,7% del capital y el Ayuntamiento de Logroño, con un 7,3%. Como se ve, esa entidad, habida cuenta de estas características, puede encuadrarse, si no en la letra, si en el espíritu de los artículos 169.1-c) y 170-1-a) citados”.

Después de la jurisprudencia analizada en el párrafo anterior, podemos señalar que la cesión gratuita²⁹² de bienes es un mecanismo ampliamente utiliza-

²⁹¹ GUTIÉRREZ COLOMINA, V; *Régimen jurídico estatal y autonómico del patrimonio municipal de suelo*, Ed. BAYER HNOS, Barcelona, 2010, pág. 535-536; ¿Se pueden ceder gratuitamente bienes del PPS por parte del Ayuntamiento a sociedad municipal de íntegro capital público? Los Ayuntamientos suelen crear Sociedades Mercantiles Locales de Vivienda, a la que le ceden suelo para construcción de viviendas. El problema a resolver es si las transmisiones de terrenos han de considerarse como transmisiones a terceros adquirentes o si, por el contrario, por tratarse de una empresa de capital íntegramente municipal puede considerarse que se trata de una entidad que forma parte del Ayuntamiento y, por tanto, no tiene la condición de tercero a los efectos pretendidos. No puede olvidarse que las Sociedades Municipales, tienen plena personalidad jurídica, distinta a la del Ayuntamiento que las constituye y crea. Constituyen además entes instrumentales o vicariales para el cumplimiento de fines públicos municipales. El problema también radica en precisar si la creación de terrenos gratuita atenta contra los principios de libre concurrencia.

²⁹² La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 17 de septiembre de 1992, “que analiza un caso idéntico al presente, en una cesión de terrenos del Ayuntamiento de Zaragoza a la Sociedad Municipal de la Vivienda. S.A., impugnada por la Asociación Provincial de Constructores/Promotores de Zaragoza, en la que declara la plena validez de la cesión. Por su importancia se transcriben los Fundamentos de Derecho 4º a 6º. El fondo del asunto exige la resolución de dos cuestiones: 1ª Precisar si la Sociedad Municipal de la Vivienda S.L., podía ser destinataria de la cesión del terreno litigioso, y 2ª) Determinar, en su caso, si se ha seguido el procedimiento legalmente establecido. Desde un punto de vista material se alga por la Asociación actora que el artículo 109.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales exige, para que éstas puedan válidamente ceder inmuebles de forma gratuita, el cumplimiento de dos condiciones a) que el destinatario sea una entidad o institución pública o una institución privada de interés público, sin ánimo de lucro y b) que los inmuebles se destinen a una finalidad que redunde en beneficio del término municipal. Requisitos ambos que, a juicio de la entidad apelante, no se cumplan en el presente caso; en cuanto al primero, por entender que el carácter de la Sociedad Mercantil de la Sociedad Municipal de la Vivienda, S.L. resulta incompatible con

do por las entidades locales para la consecución de parte de sus fines, bien porque se ceden bienes a otras administraciones públicas para cooperar en la implantación de un servicio público de su competencia en el ámbito territorial de la entidad local, bien porque se ceden a entidades privadas declaradas de interés público que llevan a cabo con la disposición de dichos bienes, fines de utilidad pública que ayudan y complementan a los propios del ente local. Estamos realmente ante un supuesto de donación, siendo el término “cesión gratuita” un eufemismo, como señalan Corral García y López Pellicer²⁹³. En parecido senti-

la naturaleza o finalidad de aquellas instituciones, y en cuanto al segundo, por cuestionar la finalidad social de la cesión litigiosa, condicionado dicha finalidad a que las viviendas edificadas fueran de protección oficial. Las alegaciones descritas están condenadas al fracaso. La primera se realiza sin tener en cuenta que el artículo 25.d) de la Ley de Bases de Régimen local considera, en todo caso, competencia municipal “la promoción y gestión de viviendas” y sabiendo es que los servicios públicos locales, que son todos aquellos que tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales, pueden gestionarse de forma directa entre las que se incluye en el artículo 85.3 c) de la misma Ley, la Sociedad Mercantil, cuyo capital social, como ocurre en el presente caso, pertenezca íntegramente a la Entidad Local. En todo caso, importa resaltar que limitación general de la cesión de terrenos, a una sociedad mercantil que pudiera derivarse de los artículos 79.2 del Texto Refundido en materia de Régimen Local, de 18 de abril de 1988 y 109.2 del Reglamento de Bienes, de 13 de junio del mismo local, de 18 de abril de 1988 y 109-2- del Reglamento de Bienes, de 13 de junio del mismo año, debe armonizarse con el supuesto excepcional del artículo 166 del Texto Refundido de la Ley del Suelo que permite, como medida excepcional de fomento a la edificación, la cesión de terrenos a título gratuito para atender necesidades de carácter social, sin limitación alguna en orden a la naturaleza o finalidad de los beneficiarios y que por su carácter especial debe primar sobre la norma general, cuando concurra su concreto supuesto de hecho. Por otra parte, el hecho de que las viviendas en cuestión no estuvieran sujetas al Régimen legal especial de Viviendas de Protección Oficial en nada afecta al carácter social de las mismas, sí como hemos dicho, su construcción obedece a su posterior ofrecimiento a personas de bajos niveles de renta. En cualquier caso, no está de más recordar que en el supuesto de que los bienes no fueran destinados para los fines para los que fueron cedidos, entraría en juego la cláusula de reversión a que se refiere el artículo 111 del citado Texto Refundido del Régimen Local, supuesto que ni ha sido planteado, ni podía ser objeto de discusión en este proceso, al girar el mismo en torno al inicial acuerdo de aprobación de una cesión de terrenos. En esta misma línea se pronuncia la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de lo Contencioso administrativo, Secc. 4ª, de 26 de febrero de 2002, dando un amplio margen de cobertura a la actuación de las sociedades mercantiles municipales como instrumento de prestación directa del servicio público municipal de vivienda y suelo, considerando ajustada a derecho la cesión gratuita de solares municipales a dichas empresas para la edificación de viviendas de promoción oficial”.

²⁹³CORRAL GARCÍA, E y LÓPEZ PELLICER, J.A, “Reglamento de Bienes de las Entidades Locales”, 2ª Edición, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2001, pág. 280.

do se pronuncia Quirós Roldán²⁹⁴, quien tras citar a autores como Morell Ocaña y Gimeno Feliú entre otros —que abonan la identificación entre cesión gratuita y donación—, matiza no obstante que los contratos de donación podrán ser civiles cuando la Administración sea la donataria; pero cuando sea la donante, en la medida en que debe seguir el interés público, salvo previsión legal expresa, serán contratos administrativos con los efectos que de tal categoría se concluyen, añadiendo acto seguido que hay que cuestionarse el poder referirse a estos contratos como de verdaderas donaciones, cuando de inmuebles se trata, puesto que nunca existe una voluntad de verdadera y auténtica liberalidad sino que, por el contrario, detrás de estas cesiones de inmuebles, más allá de favorecer al donatario, se esconde un verdadero interés público concurrente de la Administración donante. Y añade por último que por lo expuesto, puede defenderse que estos contratos merecen la calificación de verdaderos contratos administrativos especiales. Tanto el artículo 79.2 del TRRL, como los artículos 109.2, 110 y 111 del RB, permiten la cesión gratuita, esto es, sin contraprestación económica, (dinero o especie), de bienes inmuebles patrimoniales, si bien estableciendo al respecto, las limitaciones y disposiciones que a continuación examinados con detalle.

- a) Que la cesión se realice a entidades públicas o instituciones de carácter privado sin ánimo de lucro.

En efecto estas cesiones pueden tener por destinatarios, tanto a entidades o instituciones públicas, incluyendo en ellas todas las personificaciones de derecho público que pueden adoptar las administraciones públicas como a instituciones privadas de interés social²⁹⁵ que no tengan ánimo de lucro dentro de las

²⁹⁴ QUIRÓS ROLDÁN, A, *Comentario a la Ley Andaluza de Bienes de las Entidades Locales*, Ed. Centro de Estudios Municipales y Cooperación Internacional-CEMCI Publicaciones, Granada, 2004, pág. 225.

²⁹⁵En el capítulo V del Título I del RB, de aplicación supletoria a la legislación urbanística, se regulan las enajenaciones de bienes de los Entes Locales. En el art. 109.2 se establece que los bienes inmuebles patrimoniales no podrán cederse gratuitamente sino a entidades o instituciones públicas para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal. Así como a las instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro. De estas cesiones se

cuales pueden entenderse incluidas todas las entidades corporativas, asociaciones y fundaciones²⁹⁶ privadas que reúnan estas características, entendiéndose en relación con el “interés público”, que esta exigencia ha de predicarse no tanto de la propia institución como de las finalidades que está llamada a conseguir, pues aunque el ordenamiento jurídico regula un procedimiento formal de declaración de utilidad pública de determinadas asociaciones o entidades privadas y no por ello debe identificarse a los efectos que tratamos Institución privada de interés público con asociación o entidad declarada de utilidad pública, dado que la normativa de régimen local no exige la cumplimentación de esta última circunstancia. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2002, al interpretar el artículo 79.2 del TRRL y 109.2 del RB, establece: “La calificación como instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro no está vinculada a la declaración de utilidad pública de la asociación. En efecto la expresión utilizada por la legislación local es un concepto jurídico indeterminado cuya concreción debe llevarse a efecto en el momento de la cesión”. Resultan también posibles destinatarias de la cesión gratuita de bienes inmuebles locales las cooperativas denominadas, por el artículo 124.1 de la Ley 4/2002 de 11 de abril de cooperativas de Castilla y León, de iniciativa social, que resultarán así calificadas por carácter de ánimo de lucro y tener, con inde-

dará cuenta a la autoridad competente de la Comunidad Autónoma. Así, si respecto al ámbito subjetivo de referencia no parece haber demasiadas diferencias entre una y otra normativa, no se puede decir lo mismo respecto al ámbito procedimental; sin embargo, a estas diferencias en este momento no podemos referirnos.

²⁹⁶ A título de ejemplo, la STS de 23 de junio de 1987 (RA 6521), en un caso de cesión gratuita de bienes, entendió que la beneficiaria de esta cesión no cumplió con fines de interés social como podrían ser (cita a título de ejemplo): edificación de viviendas, escuelas o guarderías, o simplemente la instalación de la jefatura de aquel movimiento (se refiere a la Falange).

En esta línea de ejemplificación, finalmente, se puede citar la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, en su art. 2 (Fines y beneficiarios), establece que las fundaciones deberán perseguir fines de interés general. Tras realizar esta afirmación realiza una enumeración de qué deba extenderse por fines de interés general: asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente o de fomento de la economía o de la investigación, de promoción del voluntariado, o cualesquiera otros de naturaleza análoga.

pendencia de su clase, por objeto social el perseguir el interés general de la comunidad.

- b) Para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal.

Lo que en todos los casos, debe, sin duda, cumplirse es que la finalidad de la cesión de lugar a un beneficio (entendido como utilidad o provecho), para los habitantes del término municipal. Se trata también este, de un concepto jurídico indeterminado a valorar por el ente cedente, pero que en todo caso tiene que concurrir, a fin de que la cesión no carezca de justificación y resulte por ello viciada en la forma correspondiente. En el caso de que esta finalidad resulte posible cumplirla manteniendo el ente local la propiedad de los bienes, parece conveniente y justificado otorgar únicamente el uso de estos haciéndolo constar así en el acuerdo plenario de cesión. En este sentido cabe decir, que la normativa sectorial solo lo permite, cuando la cesión tenga por objeto la propiedad del bien, ser cesionarios a entidades o fundaciones públicas, cesión gratuita de uso que debe diferenciarse de aquellas otras de la misma naturaleza que (en este caso como formas de utilización de los bienes patrimoniales²⁹⁷) donde es posible acordar con carácter temporal a favor de administraciones públicas o instituciones sin ánimo de lucro para fines que redunden en beneficio de los habi-

²⁹⁷ PAGÈS I GALTÉS, J; *Fiscalidad de las sociedades municipales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, pág.154-155, El primer inciso del art. 23.1 de la Ley and 7/1999 prevé que la entidad local pueda aportar bienes patrimoniales a las sociedades mercantiles participadas, total o parcialmente por la entidad local (así como a las cooperativas y sociedades civiles participadas por la entidad local y a otros entes públicos de su dependencia o vinculados a ella). Circunscribiéndonos a las sociedades mercantiles, diremos que la legislación mercantil admite que puedan ser objeto de aportación a las mismas “bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica” [cfr. Art. 36.1, primer párrafo, del TR de la LSA y art. 18.1 de la LSRL]. En la misma línea, la legislación administrativa permite que las entidades locales puedan aportar a la sociedad de economía mixta “instalaciones, equipamientos o numerario, siempre que tengan la condición de bienes patrimoniales” [cfr. Art. 104.3 TRRL]. Criterio que, como señala la doctrina administrativista, resulta aplicable también a las sociedades de capital íntegramente público. Ciertamente se ha cuestionado la compatibilidad de estas cesiones con el principio comunitario de la libre competencia y la pugna con el interés público de las cesiones privilegiadas (esto es, de forma directa o mediante convenio, sin subasta o concurso e, incluso, de forma gratuita) en beneficio de las sociedades mercantiles municipales en la medida que son entes instrumentales que cumplen fines estrictamente municipales.

tantes del término municipal, o en precario, de manera excepcional y por interés público por un plazo temporal concreto.

- c) Reversión²⁹⁸ en caso de incumplimiento del destino para el que se hubiera efectuado la cesión gratuita.

En cualquier supuesto la entidad cesionaria debe destinar²⁹⁹ los bienes al fin público que ha justificado la cesión, en la forma establecida en el artículo 111 del RB, según el cual y salvo que el acuerdo de cesión no disponga otra cosa, se entenderá que los fines para los cuales se hubiera otorgado deberán cumplirse en el plazo de cinco años, debiendo mantenerse su destino durante los treinta años siguientes. En caso contrario, de no destino a tales fines dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión, o en su defecto en el plazo máximo de cinco años, o dejaran de serlo después (dentro de los treinta años siguientes), de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia (SSTS, entre otras de 24/12/85 y 3/02/86), la cesión se considerará resuelta y extinguida de manera automática, sin que sea necesario expediente ni requerimiento al cesionario, y los bienes revestirán a la entidad local, con todas sus pertenencias y accesorios, siendo posible en evitación de litigios, sujetar, a este objeto, el expediente a cláusula resolutoria expresa que, inscrita en el registro, se podrá hacer valer mediante acta notarial de constancia de los hechos, acreditándolos, acompañada de la misma escritura de cesión, para volver a inscribir en el registro los terrenos a

²⁹⁸Procede la reversión automática al PMSH del bien cedido si no se destina al uso previsto o si, posteriormente, deja de ser destinado. Si en el acuerdo de cesión no se precede nada lo que hace los términos, los fines que se van justificando la cesión se tiene que consolidar en un término máximo de cinco años y se ha de mantener su destinación durante los 30 años siguientes (art. 50, apartados primero y segundo).

²⁹⁹ STSJ de Castilla y León del 18 de junio de 2007, en los términos siguientes. *“De esta manera, cuando el planeamiento permite en parcelas que integran el PMS la construcción de viviendas, como aquí sucede, esas parcelas “deberán” ser destinadas o viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, y únicamente pueden destinarse a “otros” usos de interés general cuando no se permita por el planeamiento el uso de vivienda en esas parcelas, y sin que se considere de “interés social” su enajenación para construir viviendas libres, que no se contemplan ni en ese art. 280.1 de la Ley de Suelo de 1992 ni en el también mencionado art. 125 de la LUCyL, que también se refiere expresamente. Como se ha dicho, a la construcción de viviendas acogidas a algún régimen de protección pública”*.

favor del ayuntamiento por derecho de reversión dimanante del incumplimiento de la condición impuesta, teniendo derecho además la corporación al percibo de la entidad beneficiaria de la cesión (previa tasación pericial), de valor de los detrimentos experimentados en los bienes³⁰⁰ cedidos. Si bien por el principio de proporcionalidad, si el incumplimiento resulta parcial, la entidad local debe limitar su facultad de recuperación de los bienes a aquellos en relación con los cuales se produjo la frustración de la finalidad de la cesión (STS de 24/12/85). De igual misma manera este mismo principio impide a la corporación hacer suyas las accesiones y pertenencias sin justa indemnización (STS de 15/02/85). Por todo ello, se plantea por la doctrina, la cuestión de si estos plazos son aplicables en todo caso, o si cabe, como indica cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo, que por tratarse de una cesión modal deba con carácter perpetuo respetarse la voluntad del donante, incluso transcurridos los treinta años a los que se refiere el anterior precepto. Según un importante sector doctrinal los plazos son de plena aplicación, salvo que en el acuerdo de cesión se establezca expresamente otra cosa al respecto, la voluntad municipal del mantenimiento permanente del fin como causa y objeto de la cesión. Por consiguiente si en el mismo nada se dice sobre el particular no cabe entender afectados perpetuamente los bienes al fin público³⁰¹ que condiciona la cesión gratuita.

Decir por último, como indicamos, que la normativa administrativa especial de carácter patrimonial se extiende, (en lo tocante a la reversión), a los efectos y extinción de este contrato de cesión gratuita, incluso aunque tal cesión se

³⁰⁰ GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S: *Comentarios a la legislación urbanística valenciana*, codirigido por este autor junto a SERRANO LOPEZ, J.E, Thomson/Aranzadi, 2007.

³⁰¹La Sentencia de 21 de mayo de 2003, referida a la impugnación de un acuerdo de la Gerencia Municipal del Ayuntamiento de Sevilla, volvió a estudiar la finalidad de esta figura y cambió el criterio de la Sala, declarando que “la expresión de los fines a que se van a destinar los suelos sujetos a reserva, es decir, de los concretos y específicos usos que se tienen previstos para ellos (v.g., *que usos concretos de interés social se persiguen o qué magnitudes de viviendas protegidas se prevén*) no es algo inocuo. Y no lo es porque el artículo 278.4 TRLS/1992 dispone que la delimitación de un terreno como reserva para los expresados fines implicará la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación a efectos expropiatorios. Esta disposición sólo tiene sentido si el auto de reserva expresa una concreta finalidad protegida por la Ley que no sea la mera adscripción al Patrimonio Municipal del Suelo”.

realice a instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro, y ello se razona en que las discrepancias entre las partes en relación con la ejecución de este negocio únicamente pueden referirse al cumplimiento o no del fin de la cesión, y por tanto a la procedencia o no de la reversión, circunstancias que exceden en este aspecto del natural ámbito de un contrato privado, por lo que la jurisdicción contencioso-administrativa y no la civil, será la competente para su conocimiento, así lo entiende la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras en su sentencia del 24/12/85, al determinar “que la cláusula (de reversión), escapa al derecho privado y constituye un privilegio administrativo”. Y es ese dato del ánimo de lucro lo que en mi opinión, podría excluir a las sociedades mercantiles locales de la posibilidad de ser sujetos destinatarios de las cesiones gratuitas simples de bienes inmuebles propiedad de los entes locales, ánimo de lucro que se materializa en su carácter mercantil. Bien es cierto, que la abogacía general del Estado, en su instrucción 1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del estado y entidades públicas empresariales dependientes de la administración General del Estado, manifiesta que aunque el artículo 3, inciso inicial, del antiguo TRLSA (y por ende, el actual artículo 2 del vigente TRLSC) atribuye a la sociedad anónima carácter mercantil cualquiera que sea su objeto, debe tenerse presente que una cosa es que la sociedad anónima sea mercantil, es decir, comerciante por razón de su forma o tipo societario, y esto es lo que significa dicho precepto legal, y otra distinta que su objeto sea mercantil (el hecho de que la sociedad anónima sea, por razón de su forma, mercantil, no significa que siempre y necesariamente su objeto sea una actividad mercantil o industrial). Pero esta afirmación se hace a los exclusivos efectos de considerar o no a las sociedades mercantiles como poderes adjudicadores y en el ámbito de lo establecido por la LCSP, razón por la que no podemos separar a las sociedades mercantiles³⁰² del concepto del ánimo de lucro, por mucho que en la

³⁰²GUTIERREZ COLOMINA,V; “La sociedad mercantil local como instrumento doméstico para la gestión de los Servicios Públicos Locales”, Revista de Estudios Vida Local nº Extraordinario julio 2007.

mayoría de las ocasiones no rindan beneficios. Lo veremos seguidamente al analizar la Sentencia del TS de 26 de febrero de 2002. De lo expuesto, se infiere por tanto, que las sociedades mercantiles no son administración pública (aun cuando con arreglo al artículo 3.1º.d) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se consideran como Sector Público a los efectos de dicha Ley aquellas sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta de las entidades locales, sea superior al 50 por 100), ni parecen encajar dentro del concepto de entidades privadas declaradas de interés público, por lo que no parece que puedan ser destinatarias de cesiones gratuitas de propiedad de bienes patrimoniales. ¿Podría por tanto un ayuntamiento ceder solares de su propiedad a sociedades mercantiles participadas íntegramente por aquél, con el fin de promover viviendas sujetas a algún régimen de promoción pública? La cuestión no resulta baladí. Son muchos los supuestos en los que entes locales ceden bienes inmuebles de su propiedad a sus propias empresas o a empresas de otras entidades locales para estos fines, por ejemplo, ayuntamientos a sociedades de la diputación provincial. Y han sido frecuentes los desencuentros entre la voluntad del cargo corporativo al que se le ofrece o vislumbra esa posibilidad, y el operador jurídico del municipio, normalmente el secretario, por aquello del informe jurídico preceptivo y la plasmación en el mismo, de las limitaciones inherentes a las cesiones gratuitas.

Tanto la Ley 5/2010 de 11 de junio de autonomía local de Andalucía como, la legislación estatal sobre régimen local³⁰³ y en concreto, el reglamento de bienes de las entidades locales en su artículo 109.2º establecía que «los bienes inmuebles patrimoniales no podrán cederse gratuitamente sino a entidades o instituciones públicas para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, así como a las instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro. De estas cesiones también se dará cuenta a la autoridad

³⁰³El artículo 145 de la LPAP de 3 de noviembre de 2003, que no tiene carácter básico, pero que sí nos puede resultar ilustrativo, establece un régimen aún más estricto en cuanto a los destinatarios de la cesión gratuita, estableciendo en su párrafo 4º que cuando la cesión tenga por objeto la propiedad del bien o derecho sólo podrán ser cesionarios las comunidades autónomas, entidades locales o fundaciones públicas.

competente de la comunidad autónoma». En casi idénticos términos se pronunciaba el TRRL en su artículo 79.2º. Con arreglo a dichos preceptos, se pretendió desde muchas instancias y abusando del ejercicio interpretativo, equiparar el concepto de entidad o institución pública, con el de sociedad mercantil participada al 100 por 100 por una entidad local, normalmente, el municipio a través del ayuntamiento, o la provincia a través de la diputación.

Al respecto de este concreto tipo de sujeto destinatario, cabe citar por ilustrativas, las sentencias del TS de 26 de febrero de 2002, recaída en el recurso núm. 3050/1996 y la de 29 de septiembre de 1992³⁰⁴, recaída en el recurso

³⁰⁴ Merece la pena dedicar un apartado especial al análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Septiembre de 1992. Se trata de un caso “relativamente “reciente sobre un supuesto de cesión gratuita de un terreno propiedad municipal a una sociedad municipal de gestión urbanística. A pesar de que en este pronunciamiento el Tribunal Supremo mantenga criterios contrarios a los aquí sostenidos, creemos de gran utilidad traerlos al texto para, paradójicamente, reafirmarnos en nuestra postura. El conflicto fue planteado por la “Asociación Provincial de Constructores Promotores de Zaragoza de fecha -27-7-1988, de cesión gratuita de un terreno de propiedad municipal a la “Sociedad Municipal de la Vivienda S.L.”. El fondo del asunto para el Tribunal planteaba dos cuestiones:

-Precisar si la “Sociedad Municipal de la Vivienda, S.L., podía ser destinataria de la cesión del terreno litigioso.

- Determinar se ha seguido el procedimiento legalmente establecido.

A las cuestiones de fondo señaladas por el Tribunal, añadiríamos una tercera que, igualmente, es tratada, aunque indirectamente, en el asunto. Si en la propia sentencia se especifica que los terrenos objeto de cesión pertenecían al Ayuntamiento y, posteriormente, los mismos se destinaron a la construcción de viviendas, conforme al criterio mantenido con anterioridad es de presumir que tales terrenos debían pertenecer al patrimonio municipal del suelo. De acuerdo con esta calificación, por tanto, se habría producido un incumplimiento del destino que la Ley atribuye a este tipo de bienes, por cuanto los mismos fueron empleados en la promoción y construcción de viviendas libres. La Asociación actora alegada que el art. 109.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales exige, para que éstas puedan válidamente ceder inmuebles de forma gratuita, el cumplimiento de dos condiciones: a) que el destinatario sea una entidad o institución pública o una institución privada de interés público, sin ánimo de lucro, y b) que los inmuebles se destinen a una finalidad que redunde en beneficio del término municipal. Requisitos ambos que, a juicio de la entidad apelante, no se cumplen en el presente caso; en cuanto al primero, por entender que el carácter de Sociedad mercantil de la “Sociedad Municipal de la Vivienda, S.L.”, resulta incompatible con la naturaleza o finalidad de este tipo de sujetos; en cuanto al segundo, por cuestionar la finalidad social de la cesión litigiosa, condicionando dicha finalidad a que las viviendas edificadas fueran de protección oficial. En primer lugar, el Tribunal acude al art. 25d) de la Ley de Bases del Régimen Local, interpretando en todo caso como competencia municipal “la promoción y gestión de viviendas” y, derivado de la consideración de servicios públicos, locales de todos aquellos que tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales, recuerda que tales ser-

vicios, pueden gestionarse a través de sociedades mercantiles. Ya tendremos oportunidad, en el capítulo siguiente, de abordar el tema de las competencias locales. Por ahora simplemente adelantar que no todas las actividades que se recogen en el art. 25 de la LBRL tienen esta consideración. Muy al contrario, tendrá que ser, fundamentalmente, la legislación local tan sólo otorga competencias a la Entidad local, ni siquiera exclusiva, en materia de promoción de viviendas protegidas. Por último, en relación a esa primera cuestión, destacar que no todas las materias de interés local contenidas en el art. 25 constituyen auténticos servicios públicos. Se utiliza en la sentencia un sentido de servicio público local que no se corresponde con el sentido técnico y, por tanto, estricto de esta expresión. Si ya es criticable lo hasta aquí mantenido, más interesante es lo que declara a continuación el Tribunal, oigámoslo en directo: “En todo caso, importa resaltar que la limitación general de la cesión de terrenos a una sociedad mercantil que pudiera derivarse de los arts. 79.2 del Texto Refundido de la ley del Suelo de 1992. Por ello lo mejor, en este momento, es remitirnos a lo dicho sobre ese precepto con anterioridad. Tan sólo recordar el carácter excepcional de este tipo de cesiones. Carácter excepcional que ya contenía el antiguo art. 166 y que no tiene lugar en el supuesto de hecho enjuiciado por el Tribunal. En este caso, se trata de una cesión normal de terrenos en favor de una sociedad municipal por parte de su ente matriz, el Ayuntamiento de Zaragoza para la construcción de viviendas. Normalidad corroborada en este concreto caso por el hecho de que las viviendas que resultaron de tal operación no tenían siquiera el carácter de protegidas, con lo que deduciendo que se trataba de vivienda libre, poca excepcionalidad y urgencia podría darse en el caso. Parece, por tanto, no ser este el supuesto de hecho querido por la normativa urbanística cuando habla de cesiones gratuitas en casos excepcionales de bienes inmuebles. Excepcionalidad que no queda salvada con el fácil recurso a justificaciones generales como la falta de vivienda o la carestía de la misma. No cabe que la Administración, amparada en esa circunstancia, se lance a la promoción y construcción de viviendas, especialmente de carácter libre, utilizando la posición de privilegio en el mercado que le otorga la cesión gratuita de terrenos procedentes del patrimonio municipal del suelo. En primer lugar, porque si en cualquier actuación administrativa, ya sea investida pública o revestida de forma privada, son apreciables las ventajas con respecto a los particulares derivadas de su íntima participación del poder público; mucho más grave y evidente es e atentado que se produce al resto de promotores privados, es el de un incumplimiento legal que permite a la Administración o a su sociedad mercantil interpuesta, tener un coste cero en la materia prima base de toda actuación urbanística o de vivienda, es decir, el suelo. Además de los problemas que se derivan en relación con el Derecho de la competencia, nos encontramos, más directamente, con un incumplimiento del destino que, según la Ley del Suelo, hay que dar a los bienes del patrimonio municipal del suelo. Sobre esta cuestión el Tribunal ofrece una argumentación realmente poco convincente: “Por otra parte, el hecho de que las viviendas en cuestión no estuvieran sujetas al Régimen legal especial de viviendas de protección oficial en nada afecta al carácter social de las mismas, si, como hemos dicho, su construcción obedece a su posterior ofrecimiento a personas de bajos niveles de renta. En cualquier caso, no está de más recordar que en el supuesto de que los bienes no fueran destinados para los fines para los que fueron cedidos, entraría en juego la cláusula de reversión a que se refiere el art. 111 del citado Texto Refundido de Régimen Local, supuesto que ni ha sido planteado, ni podía ser objeto de discusión en este proceso, al girar el mismo en torno al inicial acuerdo de aprobación de una cesión de terreno”. Muy problemática se plantea esta forma de argumentar del Tribunal. En primer lugar, cuando en este ámbito se alude al carácter social de las viviendas parece evidente que nos estamos refiriendo a un tipo de viviendas que sean socialmente asequibles para un sustrato de población que en condiciones de mercado no puede acceder al bien vivienda. El art. 47

núm. 1449/1990. La primera de estas resoluciones analiza el recurso interpuesto por la unión provincial de empresarios de la Construcción de Huelva contra acuerdo plenario del ayuntamiento de Huelva, por el que se acordó ceder gratuitamente un solar de propiedad municipal a la Empresa Municipal de la Vi-

de la CE exige a los Poderes públicos el deber de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el Derecho a una vivienda digna y adecuada a todos los españoles. Dada la imposibilidad de exigir una actuación de la Administración que permita “a todos” obtener este bien, parece lógico que el primer esfuerzo que en esta materia se encamine a la satisfacción del Derecho a una vivienda digna para las capas sociales más desfavorecidas que, como decíamos, no pueden acceder a este bien primario en condiciones normales de mercado. Actuación que, en nuestros días, se lleva a cabo a través del instrumento de las viviendas libre. De hecho tanto la legislación estatal como autonómica de vivienda al referirse a la actividad administrativa en materia de promoción y construcción de viviendas alude siempre a la categoría de viviendas de protección oficial. Por otro lado, la remisión que, a priori y directamente, realiza el propio Tribunal a que la resolución de posibles conflictos que se den en esta materia tenga lugar con una posterior impugnación ante los Tribunales de lo ilegalmente realizado por la Administración, no es aceptable. Lo lógico es que el Tribunal dicte una sentencia solucionando el caso concreto que se le plantea, pensando, además, en que ésta es la solución correcta para cualquier otro conflicto que, en cualquier momento, se plantee sobre una cuestión idéntica a la enjuiciada en este caso. Aceptar este tipo de razonamientos es un triste consuelo y supone una muy débil protección del interés público es fijar una serie de criterios jurídico-reglados que confiar y legitimar una actuación administrativa basada exclusivamente en criterios de buenas fe o fomentar innecesarios, lentos y costoso conflictos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por parte de los ciudadanos. Así, para este concreto supuesto hubiese sido más lógico y coherente determinar que, conforme a la legalidad vigente en materia de vivienda, el carácter social de una vivienda viene determinado por su encaje en alguna de las categorías o regímenes de protección pública. Por lo tanto, se ajustará más a Derecho y será más conforme con el interés público que las cesiones de suelo público se utilizan para la creación de viviendas fomentadas por el Poder público, con lo que tendrán acceso las rentas más bajas, que si se confía en que la Administración posteriormente conceda una serie de viviendas “sin ningún tipo de ayuda o subvención pública” a personas de bajos niveles de renta. Parece, por tanto, una contradicción en sí misma crear viviendas sin protección pública y que a ésta, posteriormente, vayan a tener acceso las personas de rentas más bajas. Dado que a lo largo de este trabajo vamos a dedicar mucha más y mejor atención al problema de la compatibilidad del Derecho de la competencia con la actividad de las sociedades municipales de gestión urbanística, en este momento solamente podemos remarcar y reiterar la incompatibilidad con la legalidad vigente de una actuación de las sociedades municipales de gestión urbanística en el campo de la vivienda libre, realizada sobre terrenos procedentes del patrimonio municipal del suelo. Como hemos visto, puede que existan dudas y algún margen de discrecionalidad en la interpretación de cuál deba de ser el destino del patrimonio municipal de suelo, pero lo que, con la legalidad vigente, queda meridianamente claro es que en terrenos de este patrimonio no tiene cabida la construcción de viviendas libres. Además de constituir, como ha tenido oportunidad de destacar la doctrina más cualificada sobre la materia, una “macrodesviación de poder”, se rompería con la naturaleza y se perdería la propia razón de ser de que llev al Ordenamiento jurídico a crear la institución del Patrimonio Municipal del Suelo.

vienda de Huelva, S.A. Su corolario es que el sometimiento al derecho privado de un ente instrumental de prestación de servicios públicos dependiente de una entidad local, como lo es una empresa municipal, puede suponer en principio, algún tipo de privilegio por el carácter público de la administración fundadora, pero una vez en el tráfico mercantil y comercial y en las relaciones de competencia con otras empresas privadas del sector, son de aplicación las normas de competencia y de libertad de empresa, de tal manera que no debe de existir privilegio alguno que vulnere los principios constitucionales que encarnan tales conceptos, ó lo que es lo mismo, que al suponer la empresa pública local una huida del derecho administrativo, no puede ello suponer el que se compatibilicen las ventajas que tal huida representa, con las ventajas que se derivan de la administración pública de la que es un ente instrumental para la prestación de un servicio público. Pero con independencia de los pronunciamientos en cuanto a la libertad de empresa, nos interesan más aquellos que se refieren a la posibilidad en sí de ceder a la sociedad municipal y si ésta encaja en los sujetos destinatarios de la cesión que se detallan en los preceptos de régimen local aplicables. En este sentido, destacamos los siguientes fundamentos de derecho de la citada sentencia del TS de 26 de febrero de 2002, vuelve a la doctrina de la de 1992 aunque con algunas consideraciones sobre el respeto del principio de libre competencia. Destaca lo siguiente:

“Pudiera sostenerse en abstracto que la existencia de sociedades mercantiles de promoción de la vivienda y, en general, de promoción urbanística vinculadas a entidades locales supone que su actuación en el campo de la edificación y rehabilitación urbanas se desenvuelve con ventajas de tipo informativo, fiscal y de dotaciones económicas. Sin embargo, esta hipotética posición ventajosa de dichas empresas no tiene siempre virtualidad suficiente para suponer el quebrantamiento de las reglas que rigen la libre competencia en el mercado”. “Asimismo, las hipotéticas ventajas existentes pueden resultar compensadas mediante las contrapartidas que el carácter público del fin perseguido, garantizadas por la vinculación económica al municipio y el consiguiente con-

trol del cumplimiento de fines de interés local por parte de éste, dentro de sus estrictas competencias, imponen a dichas sociedades. Es cierto que pueden existir desviaciones de la finalidad perseguida mediante la constitución de las sociedades de esta naturaleza. Si estas desviaciones alcanzan suficiente importancia como para poder considerarse incluidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, serán sancionadas con nulidad de pleno derecho. El caso especial que se plantea en este recurso se refiere a la viabilidad de la cesión gratuita de un solar a favor de una empresa municipal”. Ahora bien, conviene destacar que esta STS considera a las sociedades públicas como entidades con ánimo de lucro, que no tiene carácter público por el hecho de que su actuación tenga por objeto un servicio público o vaya encaminada a lograr fines que redunden en beneficio de los habitantes del municipio, sino que “el carácter público de una entidad sólo deriva de su sometimiento a un régimen de Derecho público”. Sin embargo, la sentencia de esta Sala de 29 Sep. 1992, recurso número 1449/1990, declara que la limitación general de la cesión de terrenos a una sociedad mercantil que pudiera derivarse de los arts. 79.2 del Texto Refundido en materia de Régimen Local de 18 Abr. 1986 y 109.2 del Reglamento de Bienes de 13 Jun. 1986, debe armonizarse con el supuesto excepcional del artículo 166 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, que permite, como medida excepcional de fomento a la edificación, la cesión de terrenos a título gratuito para atender necesidades de carácter social, sin limitación alguna en orden a la naturaleza o finalidad de los beneficiarios y que por su carácter especial debe primar sobre la norma general, cuando concorra su concreto supuesto de hecho.

Desde el punto de vista de los requisitos formales de la cesión³⁰⁵, se ha puesto en duda la procedencia de ceder gratuitamente un solar a una empresa

³⁰⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1993; En referencia a los límites a los que está sujeta la empresa pública, señala que; La gestión mediante una sociedad mercantil municipal de funciones de promoción de la vivienda no sustrae a ésta a las exigencias del libre mercado. La libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico. Esta dimensión objetiva o institucional supone, desde luego, que la libertad de empresa se ejerce dentro de un marco general configu-

privada que, aun siendo de capital municipal y hallándose encargada de la gestión de competencias municipales de promoción de la vivienda, actúa con ánimo de lucro. Como se ha visto, la empresa beneficiaria de la cesión del solar no puede considerarse comprendida en el artículo 79 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, por no tratarse de una entidad pública o de una institución sin ánimo de lucro. Sin embargo, esta circunstancia no es suficiente para postular la nulidad de la cesión, de acuerdo con la doctrina antes recogida de la sentencia de esta Sala de 29 Sep. 1992, recurso número 1449/1990.

La segunda de las sentencias citadas, es decir, la STS de 29 de septiembre de 1992, como ha quedado expuesto, parece abrir la posibilidad en su fundamento de derecho quinto, a la cesión gratuita a sociedades municipales de capital íntegramente público, en cuanto son una forma de gestión directa de servicios públicos locales, si bien, matiza a renglón seguido que «en todo caso, importa resaltar que la limitación general de la cesión de terrenos a una sociedad mercantil que pudiera derivarse de los arts. 79.2º TR en materia de régimen local de 18 Abril. 1986 y 109.2º RBEL, debe armonizarse con el supuesto excepcional del art. 166 TRLdS que permite, como medida excepcional de fomento a la edificación, la cesión de terrenos a título gratuito para atender necesidades de carácter social, sin limitación alguna en orden a la naturaleza o finalidad de los beneficiarios y que por su carácter especial debe primar sobre la norma general, cuando concurra su concreto supuesto de hecho». De ello se desprende, que una cosa es la prestación material de un servicio público como es el urbanismo de manera instrumental y otra muy diferente es la actividad de fomento, en las que las sociedades municipales pueden ejercitar, sí su objeto social lo permite. Sí ello es así la actividad de fomento de las mismas servirá

rado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan el ejercicio de las competencias municipales para la gestión de los servicios públicos. Estas reglas pueden suponer limitaciones notables a su ejercicio, las cuales aparecen justificadas por razones de interés general ligadas al ejercicio de sus competencias por los poderes públicos. Éstas pueden suponer la creación de situaciones de desigualdad justificadas por las características del servicio y las finalidades perseguidas mediante su prestación.

como argumento excepcional para el fomento de activar viviendas de protección oficial, y por ende legitimar las cesiones gratuitas a dichas sociedades.

4.7. La enajenación de parcelas a favor de sociedades públicas urbanísticas.

La ya citada STS de 29 de noviembre de 2001 (RJ 2002/3133) confirma la nulidad del convenio urbanístico suscrito entre el Instituto Riojano de la Vivienda SA y el ayuntamiento de Logroño para la enajenación directa y onerosa de una parcela del patrimonio municipal del suelo a favor del primero. Entiende el Tribunal que tal enajenación³⁰⁶ no tiene apoyo jurídico en el art. 170.1 a TRLS de 1976, ya que los estatutos del citado instituto no lo definen como una entidad de carácter benéfico social. Y tampoco en el art. 2.2 RD-Ley 3/1980, de 14 de marzo, sobre promoción del suelo y agilización de la gestión urbanística, pues aun considerando que el citado Instituto fuera una administración tendría que haberse realizado a título gratuito.

Por su parte, la STS de 15 de junio de 2002 (RJ 2002/5932) confirma la nulidad del convenio urbanístico por el que el ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria transmitía a la mercantil gestión urbanística de Las Palmas SA, constituida con capital enteramente público, una parcela a cambio de otra, amén de otras contraprestaciones. Entiende la Sentencia que, aun en el supuesto del art. 166 TRLS de 1976, la permuta exige un expediente en el que se acrediten las concretas razones de su necesidad, ya que se trata de una excepción al procedimiento general de enajenación de bienes inmuebles que es la subasta.

³⁰⁶ La STS de 14 de marzo de 2000 desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Nuévalos quien pretende la aplicación del art. 170.1.a) del TRLS76 para justificar la enajenación directa por tratarse de una finca incluida en el PMS, por entender que la regla general para la enajenación de los bienes de las Entidades locales es el procedimiento de subasta, al no quedar claro que la finca formase parte del PMS, añadiendo que “la existencia o inexistencia de tal patrimonio separado no puede afirmarse con el automatismo que se pretende”.

Frente a las anteriores sentencias, en la de 26 de febrero de 2002 (RJ 2002/2625), el Tribunal Supremo desestima el recurso defendido por la Unión Provincial de Empresarios de la Construcción de Huelva contra los acuerdos plenarios del ayuntamiento de dicha ciudad por el que se acordó ceder gratuitamente un solar de propiedad municipal a la empresa municipal de la vivienda de Huelva, S.A.³⁰⁷. En síntesis, la demandante sostenía que la creación de esta empresa municipal y la obtención de suelo gratis entraña competencia desleal contraria a la libertad de empresa y de mercado. La posición ventajosa de esta sociedad le habría permitido ofrecer unos pisos a menos precio que los constructores privados. Estos argumentos fueron desestimados por el TSJ con sede en Sevilla, atendiendo a que el expediente demostraba que los requisitos exigidos por las normas se habían cumplido, pues constaba el carácter de institución con fines de interés público sin ánimo de lucro que tiene la citada empresa municipal y en la escritura de cesión, así como a lo largo del expediente quedó patente que el fin perseguido con la cesión resultaba positivo y beneficioso para los habitantes al hacer efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada que proclama el artículo 47 de la Constitución. En concreto, el solar estaba destinado a la promoción pública de viviendas de protección oficial. Por su parte, el Tribunal Supremo rechaza lo que considera un modo formalista de razonar del tribunal de instancia estima el recurso de casación. Considera que, si bien el art. 128 CE y 85.2.c Ley de Bases de Régimen Local permiten que las funciones de promoción de vivienda puedan ser gestionadas directamente mediante una sociedad mercantil de capital por entero municipal, esta gestión no queda sustraída a las exigencias del libre mercado, de modo que una empresa pública que intervenga en régimen de concurrencia ha de hacerlo en condiciones de igualdad.

Sin embargo, a pesar de admitir que la empresa beneficiaria no era una entidad pública sin ánimo de lucro y, por tanto, no podía entenderse incluida en el

³⁰⁷Sentencia comentada por ARANA GARCIA, E: *Cesión gratuita de suelo público a sociedades municipales de gestión urbanística y el derecho a la libre competencia*, REDA nº 106, 2002.

art. 79.2 TRRL, al dictar su propia sentencia de fondo, el Tribunal Supremo sostiene la validez de la cesión gratuita del solar sobre la base de que la promoción y gestión de viviendas envuelve una finalidad de carácter social y constituye un servicio público local que puede gestionarse de manera directa acogéndose a esta modalidad (Sentencia de 29 de septiembre de 1992 (RJ 1992/6988)). Y, segundo, porque entiende que, en este caso concreto, el recurrente no había probado que la cesión no estuviese justificada por las circunstancias del mercado o vulnerase las reglas de la libre competencia. La falta de pruebas no permitén al Tribunal apreciar que esa cesión entrase un reparto del mercado o tuviera una trascendencia sobre el conjunto del mercado. Con lo que, en definitiva, llega a la misma conclusión que el tribunal sevillano y desestima la demanda, pero con un argumento distinto, el de no haberse acreditado que no hubiese existido un interés social determinante de la actuación municipal y no haberse probado los actos de competencia desleal que imputa a la sociedad municipal. Este manojó de casos escogidos nos permite ver la incomodidad con la que los ayuntamientos sostienen estos patrimonios separados, así como sus intentos para eludir por diversos medios y negocios jurídicos (permutas, convenios, etc.) las limitaciones que legalmente se les imponen. Hay que señalar, no obstante, que los tribunales han tenido que anular muchos de los acuerdos porque, además de fines urbanísticos, se proponían emplear el patrimonio de suelo en otros fines completamente ajenos y que ni siquiera pueden considerarse sociales, como podía ser la compra de un edificio para el servicio de recaudación, promocionar el euskera o incluso instalar aires acondicionados en la comisión de gobierno. Una actitud permisiva por parte de los tribunales frente a estas pretensiones hubiera supuesto un riesgo muy serio para la pervivencia de la institución y el cumplimiento de sus fines. Es de agradecer que la jurisprudencia se haya mostrado implacable al corregir los abusos cometidos por los municipios.

4.8. Aportación de bienes del patrimonio municipal al capital social de la empresa pública.

Tuvimos en el año 2004 la ocasión de participar en la cesión de cuatro solares municipales, de dominio público e inventariados del ayuntamiento de Palma, cuyo objetivo era destinarlos a la EMOP, como ampliación de capital social,³⁰⁸ ya que no se sostenía su viabilidad económica y su explotación por parte del Consistorio. El PGOU de Palma establecía para esos cuatro solares usos sociales y deportivos, que permitieron cederlos al EMOP, para que dicha empresa, de acuerdo con sus estatutos y su objeto social, les diese una salida en el mercado inmobiliario, sacando a licitación la construcción y el mantenimiento de los equipamientos deportivos, previa desafectación de los mismos por parte de la junta local del consistorio, para e adquiriese la naturaleza de bienes patrimoniales. El consistorio aprobó la cesión de dichos solares a la entidad instrumental, siempre y cuando fuese ratificado por el pleno del ayuntamiento de Palma, la aportación de dichos solares al capital de la sociedad, en su condición de Junta General de la EMOP, aportando una valoración de los mismos por un perito independiente nombrado por el registro mercantil, cuya valoración debió tenerse en cuenta en los dos órganos colegiados del ayuntamiento: Junta de Gobierno y Junta General, para las respectivas operaciones de ampliación de

³⁰⁸ GARCIA RUIZ,E: *La nueva sociedad anónima pública*, Ed. Marcial Pons, 2006 pág.168-169; El capital social determinado confiere la necesaria aportación patrimonial que permite explotar el objeto social como medio para alcanzar el fin social propuesto y, además, actúa como garantía frente a terceros, sobre la base de los principios legales que pretenden garantizar el cumplimiento de dichas funciones. La división del capital en acciones permite la participación de los accionistas en el capital, actuando ésta como unidad de medida, en orden a delimitar el capital detentado por el socio y la correspondiente fuerza de la posición de socio en función del ejercicio de los derechos sociales. Las funciones encomendadas al capital social en las SAP han recibido tradicionalmente críticas al considerarse que la financiación de estas sociedades a través de los Presupuestos Generales del Estado desplazaba al capital social de las funciones que tiene asignadas por la LSA. No obstante, hay que incidir en que el capital social en estas sociedades representa una cifra escriturada en los estatutos sociales y cumple sus funciones, cuya modificación necesariamente tiene que seguir el procedimiento formal establecido en la LSA, sin que esto se vea obviado por la posible aportación de nuevos recursos financieros patrimoniales con que cuenta la sociedad san prácticamente inagotables, lo que puede tener su proyección en materia de concurso o de competencia, pero no en relación a la alteración de las funciones de la cifra de capital.

capital. La primera de ellas, también acordó encomendar al EMOP, la tramitación administrativa de la contratación de las obras de construcción, así como el mantenimiento de los cuatro equipamientos deportivos, aunque posteriormente, y una vez finalizadas las obras, al no tener un personal lo suficientemente preparado para llevar a cabo las tareas de mantenimiento se acordó por Junta de Gobierno que el mantenimiento de los centros, se encargaría a una unidad administrativa de la corporación, que no tuviese la condición de sociedad mercantil local. No nos hemos de olvidar que todos estos ejercicios traslativos de bienes patrimoniales a sociedades mercantiles públicas necesitan también aprobada su aceptación por el consejo de administración de la sociedad, que al ser muchos de sus consejeros miembros del consistorio facilitará el definitivo acuerdo de convertirse en bienes del ente con personalidad jurídica independiente. Sin embargo podemos calificar todas estas operaciones urbanísticas como positivas para la EMOP, ya que todo ello supuso a su vez de inyectar una dosis económica frente a posibles acreedores de la empresa, estableciendo una continuidad y garantía de conservación en cuanto a la titularidad de dichos bienes todo ello, bajo una explotación por parte de la EMOP, con las garantías de la aplicación del derecho privado y la eliminación de trabas burocráticas, así como el control de intervención y secretaria, que podrían verse esquivados, para una mayor facilidad de las futuras operaciones a realizar con el activo inmobiliario de la empresa municipal. Por todo ello sería un supuesto interesante, según doctrina mayoritaria el supuesto de cesión de bienes inmuebles, muy utilizado por ventajas fiscales que consiste en bienes cedidos por el ayuntamiento al capital social³⁰⁹ de la empresa pública, bien en el momento de la constitu-

³⁰⁹ PAGÈS I GALTÉS, J; *Fiscalidad de las sociedades municipales*; Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 161-162; El segundo inicio del primer párrafo del art. 23.3 de la Ley and 7/1999, nos viene a decir que la aportación de la concesión demanial realizada por la entidad local a la sociedad municipal como parte integrante de su capital social, conllevará el abono de un canon. Por nuestra parte, creemos pacífico sostener que el canon de referencia tiene como objeto los especiales beneficios que para la sociedad municipal procuran las concretas utilizaciones o aprovechamientos de los bienes demaniales que se les ceden en régimen de concesión. Si ello es así, también creemos será pacífico sostener que estamos ante una prestación patrimonial que la sociedad deberá satisfacer con motivo de la utilización privativa o del aprovechamiento especial que resulta intrínseco a toda concesión demanial. En este marco, resulta forzado concluir

ción, bien en momento posterior, para la ampliación del mismo. En este caso, la entrega de los bienes lo es a título oneroso, pues lo que se produce realmente es una permuta del inmueble aportando el contravalor en acciones o participaciones sociales, es decir, se produce la movilización del bien del patrimonio municipal del suelo, que se cambia por título valor. Así, los bienes aportados, que se integran en el capital social, se constituyen en garantía frente a los posibles acreedores, por lo que se impone la obligación de reducirlo e incluso acudir a las instituciones concursales, cuando se pierde determinado porcentaje de dicho capital. Por ello, se exige en la S.A.³¹⁰ que a efectos de que la valoración sea lo más adecuada posible se realice por perito independiente designado por el registro mercantil. Esta permuta por aportación produce las siguientes consecuencias jurídicas:

Por una parte se producirá en sí mismo el cumplimiento del fin del patrimonio municipal suelo, la promoción de viviendas protegidas u otros usos de inte-

que el canon tiene la naturaleza propia de las tasas. No otra cosa se deduce de la STC 185/1995, en cuya doctrina se inspira el TR de la LRHL donde explícitamente, en su art. 20.1.A), se prevé que tendrán la consideración de tasas las prestaciones patrimoniales que se establezcan por la utilización privada o el aprovechamiento especial del dominio público local. Dicho esto, nos vemos forzados a practicar una doble crítica:

- 1.- Desde un punto de vista terminológico, creemos criticable que la norma autonómica utilice un término jurídicamente tan inconcreto como es el de “canon”, cuando podría utilizar un término más preciso como el de “tasa”.
- 2.- Desde el punto de vista constitucional, creemos criticable que la norma autonómica parezca imponer que toda concesión demanial que se aporte por la entidad local al capital social de la sociedad municipal comportará la exacción de un canon, pues ello choca con el TR de la LRHL, en cuyos arts. 15.1 y 20.1 se prevé claramente que el establecimiento de tasas será una facultada de ejercicio potestativo por parte de cada entidad local. En este marco, como que la competencia para regular las Haciendas locales, es, según el vigente marco constitucional, del legislador estatal, tendremos que, a pesar de lo que literalmente pueda deducirse del citado art. 23.3 de la Ley and. 7/1999, la entidad local no estará obligada a existir a la sociedad municipal tasa alguna por la utilización que haga del dominio público. Ello dependerá de lo que discrecionalmente decida. Es más, en la medida que se entienda, como nosotros entendemos, que cuando se trate de aportaciones de bienes demaniales a sociedades de capital íntegramente municipal con motivo de la prestación de servicios públicos no estamos, realmente, ante ninguna concesión demanial, sino ante una mera adscripción de bienes que se enmarca dentro de las facultades de autoorganización de la Corporación, creemos que si, en esta materia, se exige una tasa a la sociedad municipal será por la mera utilización de bienes dominicales al margen de la concesión demanial, dado que ésta no existirá.

³¹⁰ Hoy art.204 de la Ley de Sociedades de Capital.

rés social entre los que se encuentra la gestión y desarrollo urbanístico, produciéndose el control del destino, no en la finalidad concreta del bien, sino en la correcta actividad de la sociedad que el ayuntamiento controla desde sus órganos de gobierno, Junta general (el ayuntamiento pleno) y el consejo de administración, nombrado por aquella. Se aplican perfectamente los criterios de subrogación real que se han indicado anteriormente, ya que las acciones serán las que deberán inventariarse dentro del patrimonio municipal del suelo y, en su caso, los beneficios económicos que se obtengan de su venta o del actuar de la propia sociedad, no debiendo por lo tanto requerirse ninguna condición o requisito específico en el acuerdo de cesión. Los bienes demaniales, los de dominio y uso público o afectos a los servicios públicos no pueden ser aportados a las sociedades, solamente podrá realizarse la aportación exclusiva de derechos reales sobre tales bienes o mediante la correspondiente desafectación. En relación a la aportación a capital, la DGRN en su resolución de 12 de septiembre de 1985, ha dejado claro que no pueden aportarse a capital de este tipo de sociedades bienes de dominio público³¹¹.

³¹¹La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 7 de diciembre, núm. 997/2001, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo núm. 721/1997, que indica en su Fundamento de Derecho Tercero. “Para la resolución de la cuestión litigiosa debemos hacer una breve referencia a los modos de gestión de los servicios públicos locales, encontrándonos en el caso que nos ocupa ante un modelo de gestión directa en el que la Entidad Local no asume directa e inmediatamente el riesgo de aquella gestión, sino que esta se ejerce con la interposición de una persona jurídica, en concreto, a través de una sociedad de capital total o mayoritariamente perteneciente a la Corporación Local”. La constitución de este tipo de sociedad plantea también el problema de la naturaleza de la aportación de bienes de dominio público al capital social. En principio la inalienabilidad de los bienes de dominio público hace imposible su transmisión a una persona jurídica distinta del propio Ente local titular del demanio, y ello menoscaba la función de garantía patrimonial de los acreedores sociales que cumple el capital social que resultaría burlada con la aportación de bienes demaniales dado su carácter inembargable. Ello se resuelve mediante la aportación exclusiva de derechos reales sobre tales bienes mediante la correspondiente desafectación de aquello a fin de alterar su calificación y convertirlos de demaniales en patrimoniales; bien sabido es que esta desafectación sólo podrá tener lugar de forma expresa a través del expediente en el que se acredite su oportunidad y legalidad. Su conversión en bienes patrimoniales permitirá a la Corporación Local disponer de los mismos en los términos legalmente previstos.

4.9. Régimen particular de la enajenación de terrenos por las sociedades municipales de gestión urbanística.

Se puede defender fundadamente que las enajenaciones de terrenos titularidad de las sociedades municipales de gestión urbanística no tienen que someterse a procedimiento concurrencial alguno ni de publicidad, dado que deben considerarse como una de las operaciones cuya realización por estas sociedades resulta incompatible con estos principios en los términos recogidos en la disposición adicional sexta de la LCAP. Si se obligara a las sociedades municipales de gestión urbanística a respetar determinados procesos de publicidad y concurrencia se encontrarían en franca desventaja con respecto a otros operadores urbanísticos y, precisamente, la adopción de la forma jurídica privada busca la equiparación de estas actuaciones ejercidas por el poder público con las que llevan a cabo agente privados sujetos exclusivamente al Derecho privado. En idénticos términos, el Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, establece, en su artículo 3, que las sociedades urbanísticas podrán “enajenar, incluso anticipadamente, las parcelas, que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos previstos”, sin que se prevea limitación alguna a esta atribución de enajenación, por lo que debe someterse íntegramente al derecho privado. A pesar de que la norma se refiere exclusivamente al concepto de “parcela”, consideramos que no existe ningún inconveniente para extender su ámbito de aplicación a los “solares”, puesto que lo que está regulando, precisamente, es un supuesto previo a la situación de solar (parcela que se está convirtiendo en solar), dando por supuesto que también podrán enajenarse los solares. Desde otra perspectiva, si las sociedades urbanísticas pueden enajenar (incluso anticipadamente) parcelas, también podrán enajenar solares. En nuestra opinión, esta previsión normativa tiene el carácter de norma especial para las sociedades municipales de gestión urbanística, lo que legitima de manera expresa la enajenación de los terrenos titularidad de sociedades municipales de gestión urbanística, mediante el Derecho privado sin necesidad de someterse a procedimiento alguno de publicidad y

conurrencia. En similar sentido se manifiesta Bocanegra Sierra³¹² quien afirma que las sociedades urbanísticas: “Son, en efecto, sociedades privadas que actúan sometidas al Derecho privado y, desde esta perspectiva, es claro que la cuestión formulada debe ser respondida inequívocamente en el sentido de que ninguna limitación existe a la enajenación directa (“incluso anticipadamente”, dice el art. 3.2.c del Real Decreto 1.169/78) de los solares resultantes de su actuación, sin que en absoluto sea necesario promover la concurrencia de terceros como exigencia derivada de su funcionamiento en el tráfico”.

La norma reglamentaria citada así contundentemente lo afirma, como se observa, en plena coherencia con su naturaleza jurídica. Y lo hace no sólo directamente, como acabamos de ver, sino también por exclusión, al exigir, únicamente en un supuesto, la promoción de la libre concurrencia: así sólo en el caso de la ejecución de obras, cuya ejecución se prohíbe expresamente a las Sociedades urbanísticas, se exige la adjudicación de las mismas “en régimen de concurrencia”. El art. 3.5 del Real Decreto 1169/78 precisa, en efecto, que “la ejecución de obras se adjudicará por la Sociedad en régimen de libre concurrencia, sin que, en ningún caso, pueda dicha sociedad ejecutarlas directamente”. No parece que el asunto ofrezca mayores dudas, ya que aparte de lo ya dicho, juega aquí la regla *inclusionis unius, exclusionis alterius*. Si se hubiera pretendido limitar la enajenación directa del suelo resultante de la actividad de las sociedades urbanísticas no sólo se les hubiera expresamente autorizado, sino que hubiera sido necesario prever también explícitamente su prohibición³¹³.

Asimismo, cabe destacar que esta regla especial para las sociedades municipales de gestión urbanística no resultaba expresamente derogada por la Disposición Adicional Sexta de la LCAP, sino muy al contrario, tácitamente confirmada, siendo ambas plenamente coherentes con el designio del legislador de

³¹² BOCANEGRA SIERRA,R: “Las sociedades urbanísticas: Problemas jurídicos”, Revista Jurídica de Asturias, núm. 15, 1992

³¹³En idéntico sentido se manifiestan BUESO GUIRAO,E y ZURITA GONZALEZ “Las sociedades urbanísticas como promotoras públicas de vivienda, suelo y equipamientos”, Primera Parte, Régimen jurídico General, en el *Boletín Informativo núm.86* –julio 2006- de la Asociación de Promotores Públicos de vivienda y suelo.

garantizar que estas sociedades mercantiles que no gestionan servicios públicos actúen con sujeción al Derecho privado sin las ataduras que, en las actuaciones de concurrencia con los operadores privados, significan las reglas de la contratación pública. La sujeción estricta a Derecho privado de la enajenación de las parcelas patrimoniales de las sociedades municipales de gestión urbanística³¹⁴ es plenamente coherente con el régimen jurídico de la enajenación de parcelas titularidad de la Administración pública que también escapa de las limitaciones de la LCAP y se sujeta a las normas especiales que establezca su concreta normativa patrimonial. En efecto, el artículo 9.1 LCAP, derogada por la Ley 30/2007 de contratos del sector público y por el texto refundido de noviembre de 2011, establecía, de forma diferenciada, y desde nuestro punto de vista, con más claridad que en la normativa actual, en su segundo inciso, que los contratos de compraventa de bienes inmuebles (entre otros) de las administraciones públicas (recordemos que las sociedades mercantiles no son formalmente administración pública) se someterán, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, a las normas de la legislación patrimonial de las administraciones públicas y esta legislación patrimonial puede evitar legítimamente procesos específicos de publicidad y concurrencia. Sin embargo en la actualidad la Ley 30/2007 ya no regula específicamente los principios de publicidad y concurrencia, con la remisión a la legislación patrimonial, sino que el criterio de la actividad realizada en concepto de organismo público, determinará la aplicación absoluta a la Ley de contratación pública, como poderes adjudicadores, con independencia de aplicar, para los supuestos de enajenaciones patrimoniales, la Ley estatal o autonómica sectorial que le corresponda. Los principios de publicidad y concurrencia junto con otros principios siguen vigentes en la Ley 30/2007 y se aplicarán de manera supletoria a las sociedades municipales urbanísticas, una vez que no se puedan aplicar la legislación señalada para los poderes adjudicadores que no son administración pública, todo ello con permiso de

³¹⁴CHOROT NOGALES, F: "Administraciones especiales territoriales", en Revista de Derecho Urbanístico, nº 17, 1978. En ellas cabría incluir, además de las sociedades y las gerencias, otro tipo de entes como mancomunidades o consorcios.

la cuantía y la clase de contrato que se éste celebrando, y con independencia de las instrucciones internas contractuales que nunca pueden contradecir los principios de publicidad y concurrencia como inspiradores de la nueva legislación contractual Europea. Como se puede comprender sencillamente, no tendría mucho sentido que las administraciones públicas deban someterse para la enajenación de bienes inmuebles patrimoniales a las específicas reglas de la legislación patrimonial aplicable y las sociedades mercantiles debieran sujetarse, en todo caso, a las reglas de publicidad y concurrencia de forma inderogable. De esta forma, cobra pleno sentido, aquella excepción de la antigua D.A. 6º LCAP al exonerar de los requisitos de publicidad y concurrencia a las operaciones que, por su naturaleza, sea incompatible con estos mismos principios, puesto que, de otra manera, las sociedades mercantiles tendrían un régimen de enajenación idéntico a la administración pública (si las normas patrimoniales de las administraciones públicas establecen parámetros de publicidad y concurrencia) o menos ventajoso que las propias administraciones públicas (si la legislación patrimonial de éstas no establece mecanismos de publicidad y concurrencia). Por último, resulta preciso recordar que los bienes titularidad de las sociedades municipales de gestión urbanística no se confunden con los bienes patrimoniales titularidad de la administración pública y cada uno de ellos tiene su específico régimen jurídico de enajenación. En concreto, los bienes titularidad de las sociedades municipales de gestión urbanística no deben sujetarse a los procedimientos de enajenación de las entidades locales, dado que las sociedades municipales de gestión urbanística constituyen personas jurídicas diferentes de los ayuntamientos que las crearon y, en consecuencia, constituyen sujetos de derechos y deberes distintos. No cabe trasladar, bajo ningún concepto, las normas reguladoras de los bienes de las entidades locales a los bienes patrimoniales de las sociedades municipales de gestión urbanística. En idéntico sentido, resulta claro que los terrenos y solares propiedad de las sociedades municipales de gestión urbanística, una vez que son de su titularidad, no integran el PPS, puesto que este patrimonio tan sólo resulta referible a los bienes titularidad de la administración, pero nunca de las sociedades municipales de

gestión urbanística, ya que las mismas solo pueden ser gestoras del patrimonio simple o municipal del suelo, conservando la titularidad de los mismos, la administración matriz.

4.10. Las sociedades públicas de gestión urbanística como beneficiarias de la exposición forzosa.

4.10.1. Las sociedades o entes públicos autonómicos de gestión urbanística y la expropiación forzosa.

La potestad expropiatoria por administraciones no territoriales, como son las sociedades municipales urbanísticas, hasta ahora ha sido un tema poco claro, tanto por parte del legislador como por parte de la jurisprudencia. De hecho nos debemos plantear sí la potestad expropiatoria³¹⁵ por entes no territoriales es un mito o una realidad, y que novedades se han planteado recientemente por la doctrina y la jurisprudencia, ya que nuestro ordenamiento jurídico ha permitido en ciertas ocasiones, que ciertas administraciones no territoriales pudiesen realizar expropiaciones. Me estoy refiriendo al papel de las mismas, no solo como beneficiarias de la expropiación forzosa, que está claro que los estatutos sociales lo permiten, y pueden ejercer dicha función, sino también como administraciones actuantes titulares de la potestad expropiatoria, que parece por la naturaleza de está ligada exclusivamente a las administraciones territoriales. Sin embargo, el abanico de funciones y potestades que han ido asumiendo en nuestros tiempos las sociedades municipales urbanísticas, por su diferente composición y estructura administrativa, con aplicación del derecho privado, para muchos de sus fines, ha permitido por cierta doctrina, justificar de manera razonable, por ser precisamente un sistema de gestión directa de un servicio público, y por la especialidad de la materia encargada, que puedan asumir la gestión urbanís-

³¹⁵GARCIA DE ENTERRIA, E: “*Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*”, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956. Reimpresión en Edit. Civitas, Madrid, 1989, pág.46-47. Más recientemente, GARCIA DE ENTERRIA,E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1993, pág. 222.

tica en su modalidad expropiatoria. ¿Y qué significa en su modalidad expropiatoria? Ni siquiera los principios de especialidad y singularidad en materia urbanística deben ser argumentos justificativos para intervención de propiedades particulares por dichas sociedades, por muy claro que este la causa expropiandi, y por muy claros que sean los estatutos sociales de la empresa urbanística. Creo sinceramente que la potestad expropiatoria, determinada por Ley, debe seguir correspondiendo a las administraciones territoriales, cuestión distinta es que las sociedades urbanísticas puedan actuar como beneficiarias de la expropiación dado su carácter instrumental y de cercanía con la administración matriz, dando respuesta de esta manera a la pregunta de la modalidad expropiatoria. A pesar de que la regulación general de la expropiación forzosa concede, exclusivamente, a los entes o administraciones territoriales la potestad expropiatoria, encontramos en ésta legislación autonómica algunos supuestos que contradicen éste principio básico. La mayor parte de las CCAA han creado entes instrumentales a los que encargan diferentes tareas en materia de gestión urbanística. La tipología de éste tipo de entes no es uniforme; así, algunos de ellos adoptan forma de sociedad anónima mientras que otros las de organismos autónomos. En el ámbito estatal, el Real Decreto 2640/1981, de 30 de octubre, sobre constitución de la sociedad estatal de promoción y equipamiento de suelo (SEPES), constituye una sociedad estatal de carácter urbanístico especial como entidad de derecho público de las previstas en el artículo 6.1. b de la Ley General Presupuestaria 11/1977 de 4 de enero. En anexo a éste Real Decreto se reconoce los Estatutos de SEPES, en cuyo artículo 4.3 se establece que ésta sociedad “conforme a lo establecido en el artículo 6 del Real Decreto Ley 12/1980 de 26 de septiembre, podrá llevar a cabo las actuaciones de adquisición de suelo que convenga al cumplimiento de sus fines incluso mediante expropiación, a cuyo efecto podrá ostentar la condición de beneficiaria³¹⁶ prevista

³¹⁶ La sentencia del TS de 16 de diciembre de 1974 considera como características de las expropiaciones con beneficio: “1.º Referirse a un tipo en que la causa no es la tradicional del interés público, sino la más moderna de interés social colocado al lado de aquélla en el art. 1º de la Ley de 16-XII-1954; 2º. Actuación de la Administración como simple “titular de trámite”, esto es, ejercitando la potestad expropiatoria para la satisfacción de los objetos preferentes fijados

en la Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento de 26 de abril de 1957, correspondiendo a la facultad expropiatoria, al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo o a cualquier otra administración urbanística competente”. En definitiva, las CCAA, por su carácter de administración territorial, pueden utilizar la institución de la expropiación forzosa, así como legislar sobre cuestiones puntuales de la misma, siempre que no alteren las reglas generales de esta institución que rigen para todos el Estado. Evidentemente, la determinación de los sujetos con capacidad expropiatoria deben ser uno de esos principios básico que no pueden ser alterados por disposiciones, ni siquiera legislativas, de las CCAA. Como anteriormente ya hemos dicho, la LEF y el REF, además de la doctrina más cualificada afirman que la potestad expropiatoria³¹⁷ corresponde a las administraciones territoriales, es decir, Estado, CCAA y entes locales. Sólo estos entes están capacitados para definir el interés general, necesario para justificar una intervención de tanta repercusión en los particulares como es la expropiación. Será expropiatoria a cualquier tipo de entes administrativos, como puede ser, organismos autónomos de carácter comercial e industrial o, en menor medida incluso, sociedades mercantiles, aunque su capital pertenezca íntegramente a una administración territorial. El

en el Ordenamiento, pero en posición desligada de los directamente implicados en la operación expropiatoria, al parecer, frente al propietario desposeído, la del beneficiario o nuevo propietario investido a través de la interposición de la autoridad de la Administración”.

³¹⁷Así, en la obra colectiva *Ley del Suelo. Comentarios al Texto Refundido de 1992*, por. LLISSET BORRELL, F. LOPEZ PELLICER, J.A. y ROMERO HERNANDEZ, F.t. u, Madrid, publicaciones Abella, 1993, pág. 333; Se hace una afirmación que conduce a la interpretación citada. En un primer momento, de forma taxativa, se afirma que, en principio, la potestad expropiatoria está reservada a las Administraciones públicas territoriales o a los otros entes a los que el Ordenamiento jurídico permite su aplicación, entendimiento por esta última afirmación los supuestos del art. 4.2 de la LRBRL (entidades territoriales de ámbito inferior al municipal y, asimismo, a las Comarcas, Áreas metropolitanas y demás Entidades locales, debiendo las leyes de las Comunidades Autónomas concretar cuáles de aquellas potestades serán de aplicación). Posteriormente, se afirma que “sólo la gestión directa (sin órgano especial o con órgano especial) o los entes públicos a los que expresamente la Ley atribuye la potestad expropiatoria (párrafo 3º. Del art. 231) pueden ejercer dicha potestad. Por último, se afirma que las formas públicas (Organismos autónomos, sin perjuicio de la excepción que acabamos de comentar) o las formas privadas de gestión (Sociedades mercantiles de íntegro o parcial público), además de los restantes modos indirectos de colaboración privada, sólo pueden ser beneficiarios o meros gestores, pero nunca asumir los formidables poderes que comporta la potestad expropiatoria, mediante el ejercicio de verdaderos actos coactivos.

art. 213 de la Ley del Suelo del 92, nos conducía a confusión, aparece encabezado con el Título de “modalidades de gestión de la expropiación”. En el número 1º se autoriza a que las entidades locales promuevan, para la gestión de las expropiaciones, las modalidades asociativas con otras administraciones públicas o particulares de conformidad con la legislación de régimen local y urbanística. En el número 2 se establece que para el mejor cumplimiento de la finalidad expresada en el número anterior, podrán igualmente encomendar el ejercicio de la potestad expropiatoria a otras administraciones públicas. Por último, el número 3º, determina que “lo dispuesto en los números anteriores se entenderá sin perjuicio de las facultades reconocidas expresamente por Ley a determinados entes públicos en materia expropiatoria”. El contenido de este precepto ha llevado a algunos autores a reconocer la posibilidad de que determinadas disposiciones legales de Comunidades Autónomas³¹⁸ puedan introducir modificaciones en lo que atañe al régimen general de entes con capacidad para el ejercicio de la potestad expropiatoria. Aunque esta interpretación no es correcta según Arana García, que cree que a lo que se refiere todo este artículo es a lo que indica su encabezamiento o título, es decir, a formas de gestión de la expropiación. En definitiva, cualquier ente distinto a una administración territorial no podrá disponer, en ningún caso, de potestad expropiatoria, opinión que compartimos plenamente con dicho autor. Es importante señalar que una actuación que exceda de los límites citados, y que, atribuya a este tipo de entes

³¹⁸No lo entiende así BOQUERA OLIVER, J.M.; “*Suelo y vivienda*”, en la obra colectiva dirigida por EMBID IRUJO, A: *Derecho público aragonés*. Estudios sobre el Derecho de la Comunidad Autónoma de Aragón, Zaragoza, Justicia Mayor de Aragón e Ibercaja, 1990, pág.540. Para este autor “las Comunidades Autónomas no pueden legislar sobre expropiación forzosa, pues “el Estado tiene competencia exclusiva sobre legislación sobre expropiación forzosa” (art. 149.1.18. de la Constitución), pero sus órganos legislativos si pueden otorgar potestad expropiatoria, pues no es lo mismo regular la expropiación que otorgar potestad expropiatoria, pues no es lo mismo regular la expropiación que otorgar a un sujeto la facultad de expropiar. La Ley comunitaria que otorgue dicha facultad configurará la capacidad jurídico-pública de una persona, pero no regulará el ejercicio de esta potestad”. De esta argumentación, el autor mencionado deriva la posibilidad de que “el Instituto del Suelo y la Vivienda de Aragón tenga capacidad expropiatoria y no sólo ser beneficiario de la expropiación”. Junto a ello, dicho autor considera posible que el Instituto del Suelo y la Vivienda pueda “utilizar el procedimiento de apremio para hacer efectivos sus créditos de toda índole” (art. 8º, párrafo segundo, de la Ley creadora del Instituto).

la potestad expropiatoria no sólo altera la legislación general sobre expropiación forzosa, mereciendo el calificativo de inconstitucional, sino que también, va en contra de una línea jurisprudencial bastante asentada. En efecto, el TS, ante diversas expropiaciones llevadas a cabo por distintos entes de carácter no territorial terminó por no aceptar esta posibilidad. Como ejemplo se pueden citar las Sentencias recaídas sobre expropiaciones llevadas a cabo por la compañía telefónica, por la universidad de Barcelona y por RENFE. Esta línea jurisprudencial, que establece que este tipo de organismos carecen de potestad expropiatoria, ha sido vulnerada por la legislación autonómica. Como es fácilmente deducible de aceptar la situación descrita en esta normativa como válida supondría una “macroventaja competitiva” o una “superespecialidad posicional” de este tipo de entes en la actividad que desarrollan en el mercado. Las actividades que determinan o especifican las actividades a desarrollar por estos entes son tan amplias que no existe diferencia alguna con las que pueda desarrollar cualquier empresario privado en el ámbito de la gestión urbanística.

Si las diferentes CCAA se han atrevido a otorgar a sus organismos de gestión urbanística la potestad expropiatoria, no resulta nada extraño comprobar cómo, igualmente, se atribuye a estos entes el carácter de beneficiario³¹⁹ de la

³¹⁹ La reciente sentencia del STS de 25 enero 2013, recurso de casación núm. 3351/2010, aplicando la tratada jurisprudencia referida sobre casos de operaciones *in house providing* (FD 3º.), determina que es ajustado a Derecho el caso de una sociedad dependiente de la Administración, a la que se le asigna la condición de beneficiaria de una expropiación, con un derecho exclusivo de gestión urbanística, sin que haya mediado concurrencia: “Pues bien, trasladando todo lo que llevamos expuesto al caso que nos ocupa, comenzaremos señalando que la entidad Suelo y Vivienda de Aragón SLU en una sociedad pública cuyo capital corresponde en su integridad a la Comunidad Autónoma de Aragón, a través de la Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U. y creada por Decreto 295/2001, del Gobierno de Aragón, para desarrollar políticas públicas, entre ellas la adquisición y venta de suelo industrial y la promoción y gestión de urbanizaciones en polígonos industriales, realizando obras de infraestructuras y dotación de servicios en los mismos; su Consejo de Administración está integrado por todos los Directores Generales y cargos asimilados del Departamento competente en materia de vivienda, y un representante del Departamento que tenga atribuida las funciones en materia de Economía; se rige por sus Estatutos sociales, por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y por la normativa de general aplicación a las empresas de la Comunidad Autónoma. Con ello queda acreditado el cumplimiento del primer criterio Teckal. No cabe albergar duda alguna sobre el alcance del control que ejerce la Administración pública autonómica sobre Suelo y Vivienda de Aragón SLU, cuando menos análogo al que ejerce sobre los propios servicios, no solo por ser

expropiación. Desde el ámbito de la legislación de la expropiación forzosa, esta sí que parece ser una atribución conforme a la legalidad y al sistema de competencia vigente.

4.10.2. Las sociedades municipales de gestión urbanística como beneficiarias de la expropiación.

Como acabamos de decir, uno de los problemas que nos encontramos para reconocer o comprobar diferentes cuestiones relativas a las sociedades municipales de gestión urbanística es la dificultad para conocer las especialidades en su régimen jurídico específico, ya que se contienen en los estatutos sociales y éstos, son de difícil acceso. Así, si el resto de las especialidades posicionales de que disfrutaban estas sociedades son fácilmente detectables por tener un reconocimiento legal, en ésta la comprobación es más problemática. La mayor parte de los estatutos de estas sociedades municipales, al igual que sus homónimas autonómicas atribuyen la condición de beneficiario de las expropiaciones llevadas a cabo por los municipios, sobre bienes que pueden ser necesarios para el desempeño de su actividad.

íntegramente público el capital, lo que constituye un indicio sobre el control que se ejerce sobre el ente, sino, sobre todo, por la composición de su órgano de gestión, que es presidido por el Consejero del sector y está integrado por los cargos directivos de las Consejerías, de manera que es patente, no que influya en sus decisiones sino que las conforma directamente. También se constata fácilmente el cumplimiento del segundo criterio, esto es, que la entidad encomendada realiza “la parte esencial de su actividad” con el ente que ejerce su control, esto es, que las prestaciones van destinadas, en lo esencial, al ente que ejerce el control (ver STJUE Carbotermino y Consorzio Alisei, apartados 60 a 62). Y es que, sin necesidad de examinar los datos económicos de las operaciones, según resulta de su norma de creación el ámbito objetivo de actuaciones públicas, entre ellas, el desarrollo de actuaciones de promoción pública de suelo industrial, y es por ello por lo que le fue encomendada la ejecución del desarrollo de la Plataforma Logístico-Industrial y Centro de Transportes de Fraga (Huesca).

Por lo demás, es claro que no se está en presencia de una relación contractual entre la Consejería y la entidad Suelo y Vivienda de Aragón SLU, sino que se trata de una encomienda de gestión o un encargo de ejecución de la Administración autonómica a uno de sus medios instrumentales: una empresa dependiente y subordinada, creada precisamente para atender determinados tipos de desarrollos de suelo, y que tiene condición de medio propio instrumental de la Administración”

4.10.3. La atribución del carácter de beneficiario de la expropiación a través de sus estatutos sociales.

Surge una primera y principal cuestión polémica. Como se dijo anteriormente, el reconocimiento de carácter de beneficiario debería hacerse a través de una disposición de carácter legal, pues bien, en el caso de las sociedades municipales este reconocimiento se hace a través de sus estatutos. Para determinar si ésta es correcta se deben tener en cuenta las especialidades en materia legislativa de las administraciones territoriales locales. La especialidad de la administración local en cuanto a su relación con el principio de legalidad han sido abordado en distinta ocasiones. En efecto, el Tribunal Constitucional ha interpretado el art. 24 CE, en el sentido de que en él se consagra el principio de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas, que implica, que existe una reserva legal y, más concretamente todavía señala, que existe un mandato de tipificación de infracciones y sanciones en una norma con rango de Ley. Pues bien, una interpretación estricta, aplicada a las entidades locales colocaría a la mayoría de las infracciones municipales, aprobadas por ordenanzas, en inconstitucionales. Como indica Nieto³²⁰García, tal interpretación es inadmisibles pues conduce a lo absurdo de colocar en la ilegalidad a todos los entes locales, y absurdo también interpretar las leyes de una manera tal que no puedan producir efectos. Ante esta situación, en el ámbito sancionador caben tres soluciones que se pueden extrapolar al problema del reconocimiento estatutario

³²⁰Nieto García, A. *Derecho Administrativo Sancionador*. pág. 108-109; El profesor Nieto alude, junto a las Ordenanzas locales, las normas deontológicas de los Colegios profesionales. Para nosotros, si esta interpretación es admisible en las Ordenanzas locales, no la consideramos válida para el caso de las normas de los Colegios profesionales. La razón para admitir un supuesto y no otro, está en que en el caso de los Entes locales su legitimidad democrática e idéntica, si no mayor, a la de las otras dos Administraciones territoriales. En cambio, evidentemente, este principio no tiene vigencia en el caso de los Colegios profesionales. En esta línea argumentativa vid., también, Embid Irujo, A. "La actividad de gobierno de las entidades locales y su control jurisdiccional. Nuevas reflexiones sobre el control de las actividades de gobierno de los poderes públicos", en *REALA*, (1993). Analizando magistralmente la evolución del concepto clásico de Ley, Parejo Alfonso, L. *Crisis y Renovación en el Derecho público*, Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág.51 y ss

del carácter de beneficio a las sociedades municipales de gestión urbanística. La técnica de la remisión. Un reglamento puede completar y precisar las disposiciones establecidas en una Ley. La cobertura legal se podría encontrar en la legislación sectorial. Al respecto entiende Nieto García, que cabe una interpretación más arriesgada. La dialéctica ley-reglamento es aplicable, únicamente, para el Estado y para las CCAA, ordenamientos donde existen leyes y reglamentos. Se pondría pensar, por tanto, que las ordenanzas locales son el correlativo a las leyes del Estado y de las CCAA, normas enmarcadas por los órganos de representación popular, a diferencia de las disposiciones del alcalde o de la comisión de gobierno. Por tanto, podría admitirse que las ordenanzas cumplen el requisito de ley desde una perspectiva institucional y democrática. Los estatutos de las sociedades municipales³²¹ forman parte de la memoria a que se refiere el art. 97 del TRRL, por lo que su texto ha sido aprobado inicialmente, expuesto al público por plazo no inferior a 30 días y aprobado definitivamente por el pleno. De otra parte, los estatutos sociales constituyen la norma organizativa de la sociedad, o, dicho en otras palabras, son una ordenanza o reglamento, en un sentido amplio. En una sociedad pública la aprobación de los estatutos de la sociedad tiene carácter administrativo ya que son aprobadas por un órgano administrativo. Cualquier conflicto que surja en torno a ellos deberá resolverse exclusivamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa. A partir de este momento, si se trata de una sociedad que concurre y compite en el mercado, las instancias de impugnación de su actividad variarán ampliándose la posibilidad de conocimiento al TDC o a la jurisdicción civil. Por tanto, cabe admitir como legítimo y plenamente válido el hecho de que sean los esta-

³²¹ Como dice CORELLA, “con independencia de la carga pública que comporta la expropiación forzosa, como manifestación de una potestad administrativa y, por tanto, ejercitable únicamente en cuanto tiene de coactivo por la Administración, la materialidad de la expropiación comporta una serie de operaciones técnicas previas y posteriores al acto expropiatorio que puede desarrollarse por personas no investidas de la potestad administrativa”. CORELLA MONEDERO, J.M: en *Las Sociedades mercantiles y el Sistema de expropiación*, Conferencia pronunciada en las VI Jornadas de Derecho Urbanístico de la Costa del Sol, celebradas en Torremolinos (Málaga), en abril de 1989 y publicada en el libro *La legislación de las Comunidades, Autónomas en materia de Urbanismo*, Temas de Administración Local, Granada, CEMCI-INAP, 1990, pág. 22 y 23.

tutos de las sociedades de gestión urbanística los que reconozcan el carácter de beneficiario de la expropiación.

4.10.4. La necesaria presencia del expediente municipalizador para la atribución del carácter de beneficiaria³²² a las sociedades municipales.

Son muy escasos los pronunciamientos jurisprudenciales acerca de la atribución a sociedades municipales del carácter de beneficiarias de la expropiación. Como se sabe, conforme a la legalidad anteriormente vigente, la municipalización era considerada como un instrumento reivindicador de la competencia municipal. En la actualidad, dada la nueva posición de los municipios ante las actividades económicas, con el genérico reconocimiento de la libre iniciativa municipal, la situación ha cambiado radicalmente, pues las competencias e incluso la titularidad del municipio sobre determinadas actividades³²³ y servicios aparecen recogidas en la legislación local y sectorial, de modo que la utilización de la municipalización como instrumento de integración de competencias ya carece de sentido y se reconduce a un mecanismo de intervención de los municipios para ejercer la iniciativa económica. El expediente acreditativo de la conveniencia oportuna de iniciar una actividad económica será denominado como expediente municipalizador. Esto se trata de un requisito indispensable, a pesar de ello, encontramos un pronunciamiento del TS en que, para el

³²² La STS (sala de lo contencioso-administrativo, sección 4.ª) de 17 de junio de 1998 (recurso de apelación núm. 6568/1992) con los siguientes argumentos jurídicos: “Beneficiario de la facultad de expropiación puede serlo cualquier persona, natural o jurídica, que reúna los requisitos legales para ello (art. 2.3 LEF). La mayor facilidad para obtener recursos procedentes del Ente Local que forma parte de la Sociedad Anónima Municipal, no supone sino una natural consecuencia del origen del capital de dicha sociedad, y que no constituye sino una de las posibles formas de gestión directa de un servicio público (concretamente, el previsto en el art. 85.3c) de la Ley 7/1985)”.

³²³ Parece criticable, por ello, la opinión de GONZALEZ PEREZ, J. *Comentarios a la Ley del Suelo*, cit. pág 1476, que señala: “en las expropiaciones urbanísticas, en principio, la potestad expropiatoria corresponde también a las entidades que integran la Administración pública territorial. Pero la creación de organismos autónomos con personalidad jurídica para la realización de importantes fines en materia urbanística ha determinado la atribución a los mismos de potestades expropiatorias”.

caso de una sociedad municipal de gestión urbanística, este requisito no se considera como tal. Se concluye diciendo que se considera requisito imprescindible para la constitución de cualquier sociedad anónima local, incluso de gestión urbanística, la acreditación de la conveniencia y oportunidad de tal intervención. Por consiguiente, conforme a la sentencia del TS 1980, el requisito imprescindible para que se pueda reconocer el carácter de beneficiarias³²⁴ a las mismas es que haya tramitado el correspondiente expediente acreditador de la conveniencia y oportunidad de la intervención económica prevista. Es evidente que el habitual reconocimiento, lógico por otro lado, a las sociedades municipales de gestión urbanística del carácter de beneficiarias de las expropiaciones llevadas a cabo por las entidades locales, debe considerarse como una nueva especialidad posicional de estas sociedades en cuanto sujetos que concurren, competitivamente en el mercado inmobiliario. Lógicamente, el reconocimiento del carácter de beneficiario de las expropiaciones forzosas llevadas a cabo por las entidades locales para el cumplimiento de sus funciones urbanísticas es una enorme ventaja competitiva que deberá analizarse desde las instituciones propias del derecho de la competencia.

En resumen, no parece que se dude sobre la posibilidad de que las sociedades urbanísticas sean beneficiarias de la expropiación forzosa, ya en el art. 64 del TRLS 1976 (reproduciendo el art. 52 LS 1956) se afirma que “ La aprobación de planes de ordenación urbana y polígonos de expropiación implicará la declaración de utilidad pública de las obras y la necesidad de ocupación de los terrenos y edificios correspondientes a los fines de expropiación o imposición de servidumbres, así como los beneficios de la expropiación podrán extenderse a las personas naturales o jurídicas subrogadas en las facultades del Estado o de las corporaciones locales para la ejecución de planes u obras determinadas”. Esta norma proporciona cobertura suficiente para el otorgamiento directo de la

³²⁴ESCUIN PALOP, V.M.; “La intervención del beneficiario en el procedimiento expropiatorio”, en RAP, núms 100-102, 1983, vol. II, pág.1103; define al beneficiario como <cualquier persona pública o privada, habilitada en virtud de ley a solicitar la expropiación de su bien o Derecho, que pasará a integrar su patrimonio, estando sometido a la obligación de abonar el justiprecio>.

condición de beneficiario de la expropiación forzosa por parte de los ayuntamientos partícipes de la sociedad a esta última, para la ejecución o gestión de las competencias urbanísticas que se le hayan encomendado. Naturalmente, no será necesarios si se produjera a su concesión administrativa, porque el otorgamiento directo de tal beneficio a la empresa urbanística significa la opción municipal por la gestión indirecta de la expropiación acordada.

CAPITULO 5.- UNA ALTERNATIVA VIABLE: EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES MIXTAS URBANÍSTICAS LOCALES.

5.1. Planteamiento inicial. Concepto de sociedad mixta local. Proceso de constitución.

Las sociedades urbanísticas de carácter mixto³²⁵ durante bastante tiempo han sido un instrumento eficaz para que las administraciones locales realizaran actuaciones de promoción de vivienda y suelo con el apoyo e intervención del capital privado. Albi, definía la sociedad de economía mixta como un modo de gestión, en forma de sociedad mercantil, en cuyos capitales y dirección cooperan la administración pública y los particulares para realizar finalidades económicas de la administración. Contemplada con relativa atención en la legislación de régimen local, las sociedades mixtas constituyen un modo de gestión indirecta de servicios públicos. Gestión indirecta caracterizada, porque se da entrada al capital privado en la dirección de la empresa y en la gestión del servicio público, sin excluir la participación de la administración. Explica Sala Arquer que el socio privado aporta ayuda financiera, experiencia industrial y eficacia gerencial a un servicio público, sin que la administración pierda por ello presencia en la dirección y gestión. El interés manifestado por las socieda-

³²⁵ La descripción de la situación actual de las sociedades de economía mixta de actuación urbanística en Francia, así como de su evolución reciente, reviste considerables dificultades, derivadas, en primer lugar, del amplio uso de la fórmula en este país, y, también, de los distintos tipos de sociedades de economía mixta de actuación urbanística que existen o han existido. En este capítulo se interesan mostrar las clases de sociedades de economía mixta, los caminos por los que éstas se han creado y el proceso de unificación y de establecimiento de regímenes – legales y financieros- iguales para todas ellas. Aunque con los riesgos inherentes a todas las simplificaciones puede afirmarse que, fundamentalmente, se ha llegado a la regulación actual de las sociedades de economía mixta de actuación urbanística en Francia de dos modos distintos:

- 1.- Por extensión de las posibilidades de intervención de las corporaciones locales en el campo económico, lo que ha llevado a las sociedades de economía mixta que denominaremos de “derecho común”.
- 2.- Por la conveniencia de impulsar determinadas actuaciones que se consideraban prioritarias y a las cuales se les proporcionaban facilidades crediticias y de carácter administrativo o legal. Son las sociedades de economía mixta que llamaremos “con legislación específica”. SERRA SERRA, N., ROCA JUNYENT, M; SOLER LLUSÁ, J; *Las Sociedades de economía mixta de actuación urbanística*, Ed. C.O.C.I.N, Barcelona, 1969. Pág.31.

des de economía mixta de actuación urbanística se acrecienta con la consideración de la agilidad y flexibilidad propias de su constitución y funcionamiento que se contraponen a las excesivas rigideces que obstaculizan la gestión pública, y con ciertas ventajas respecto a las sociedades urbanísticas de capital íntegramente público como más adelante señalaremos. Es por ello que las sociedades mixtas se inscriben en el marco de una actuación pública dinámica y han de permitir a la iniciativa de los entes locales señalar prioridades urbanísticas con garantías de éxito, atrayendo a la iniciativa privada a colaborar de forma decisiva en la consecución de objetivos que, de otra forma, o estarían difícilmente al alcance de la iniciativa pública –a causa de dichas rigideces, jurídicas o de orden financiero- o tampoco serían alcanzables confiando exclusivamente en la iniciativa privada³²⁶. Se trata, pues, de ver en las sociedades de economía mixta de actuación urbanística un poderoso instrumento de gran utilidad por sus mayores posibilidades de gestión frente a la gestión pública directa, aún cuando la participación privada no fuese significativa o no comportase ventajas en la financiación y régimen económico de las operaciones a emprender. Si la participación privada añade a la flexibilidad del instrumento una mayor capacidad financiera, parece justificada –dentro del esfuerzo señalado tendente a encontrar nuevos instrumentos que amplíen la capacidad de actuación urbanística- la elección de la fórmula para explorar sus verdaderas posibilidades dentro del marco jurídico y financiero español. Es por ello que el interés suscitado por las sociedades de economía mixta de actuación urbanística halla su concreción máxima en la preparación del suelo, con la consiguiente oferta del mismo a precios que constituyan un coste adecuado para asentamientos posteriores. También cabe asignarles otros cometidos, como puede ser el de la construcción

³²⁶ GASCÓN MARÍN, J; *Tratado de Derecho Administrativo, Principios y Legislación Española*, tomo I, C. Bermejo, Madrid, 1935, pág 239. En el mismo sentido, LANGLE Y RUBIO, E, la define como “aquella compañía merc. [sic] en que el Estado o las entidades públicas colaboran con las personas privadas en la formación del capital y en la gestión y administración, un “tertium genus” entre las dos formas jurídicas de la actividad económica de los entes públicos ya conocidas, la gestión directa y la concesión, constituyendo también una valiosa ayuda de la tendencia hacia la estatalización o la socialización de las Empresas Manual de Derecho Mercantil Español, tomo I, Bosch, Barcelona, 1950, pág. 620

de viviendas, e incluso, edificios industriales y la renovación urbana, futuro de las mismas como comentaremos posteriormente, al estudiar su objeto. Existen, en segundo término dos objetos posibles que no son de carácter estrictamente urbanístico pero se hallan vinculados a la actuación de las sociedades anteriormente sugeridas. Se trata de la construcción de grandes obras de infraestructura (auto-pistas, abastecimientos de aguas, túneles, etc.) y de la prestación de servicios públicos derivados de la actuación urbanística. El primero de ellos, sobre todo, puede convenir perfectamente a las posibilidades de las sociedades de economía mixta como instrumento de actuación eficaz y coordinación de voluntades, como pueden ser los convenios³²⁷ de colaboración público-privado. El menor desarrollo de la actuación urbanística, impropia desde nuestro punto de vista a una iniciativa privada, cuyos intereses se han hecho en numerosas ocasiones incompatibles con la res pública, haciendo difícil acudir a formas instrumentales de carácter mixto, debiendo responder las mismas a un intento de acrecentar una actuación urbanística deficiente recabando simultá-

³²⁷ Se trataría de un contrato interadministrativo, es decir, de un contrato en el que una administración pública contrata con otra como si fuese un particular. Sobre esta cuestión, vid. ENTRENA CUENTA, R. "Consideración sobre la teoría general de los contratos de la administración", Revista de Administración Pública, nº 24, 1957, pág. 70 y ss. No obstante, hay que señalar que la posibilidad de suscribir un contrato interadministrativo de gestión de servicios públicos, que existe en el plano teórico no es frecuente en la práctica, pues, como ha dicho en reiteradas ocasiones la junta consultiva de contratación administrativa, el modo normal de colaborar las administraciones públicas no es el contrato sino el convenio. Así, la junta consultiva de contratación administrativa en su Informe 68/96, de 18 e diciembre de 1996, "convenios de celebración. Convenio de colaboración entre un organismo autónomo y una universidad", Consideración Jurídica 2, dice que "con carácter reiterado y uniforme viene sostenido esta junta consultiva de contratación administrativa que la forma normal de relacionarse las administraciones públicas, como antes a la legislación de contratos del Estado, es la vía del convenio de colaboración y, sólo excepcionalmente cuando una de las partes que entran en relación a la ley de contratos de las administraciones Públicas, como antes a la legislación del contratos de Estado, es la vía del convenio de colaboración, y, sólo excepcionalmente cuando una de las partes que entran en relación sea un Ente público, podrá acudir a la celebración de un verdadero y propio contrato sujeto a la ley de contratos de las administraciones públicas". Sobre este instrumento de colaboración, en general, vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.; "Los convenios interadministrativos en el Derecho italiano", Revista de Administración Pública nº163, 2004, pág. 393-396.

neamente la seguridad que da una administración pública, junto con los capitales particulares. Creo que desde la disposición novena de la Ley 27/2013 de LRSAL, se ha ido limitando la creación, participación de entidades, organismos públicos y administraciones públicas. Por ello, afecta plenamente a las sociedades urbanísticas mixtas, y aun que la ley no prohíbe taxativamente su nueva creación, las enumera en dos categorías diferentes. La primera de ellas son aquellas que se encuentran encuadradas dentro del endeudamiento, pero están sometidas a un plan de ajuste, o de saneamiento. En este caso excepcionalmente se puede evitar su disolución, sin embargo aquellas empresas urbanísticas mixtas que no hayan realizado un plan de ajuste, y que no puedan cubrir sus deudas con ingresos propios³²⁸, se verán abocadas a su disolución y liquidación. Gracias a esta disposición en la que he tenido que estudiar a fondo su contenido, nos damos cuenta, que lo que inicialmente me parecía una solución eficaz y eficiente para la administración pública y sobre todo respaldada con el socio privado, para la gestión del urbanismo, no es lo suficientemente eficaz por los problemas derivados de la convivencia público-privada en materia de contratación, y por las limitaciones presupuestarias-financieras al ser calificadas las mismas como sociedades de segundo escalón. El llamamiento a la iniciativa privada para poner fin a los abusos que los propios particulares están cometiendo en materia urbanística, en su día supuso para las sociedades mixtas un freno a la especulación inmobiliaria, sin embargo en la actualidad las realizaciones urbanísticas se traducen en notables incrementos de valor de unos pocos propietarios que se benefician en exclusiva, y desde mi punto de vista merman el rendimiento social. Creemos que las sociedades mixtas deberían recuperar ese rendimiento, como espíritu de su creación, y como alternativa, a

³²⁸ PAGÈS I GALTÉS, J; *Fiscalidad de las sociedades municipales*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 237; Gramaticalmente, en la aceptación que aquí nos interesa del vocablo “gestionar”, tenemos que, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa “Hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera. Por tanto, gestionar un ingreso público será hacer diligencias conducentes al logro de un ingreso público. Cuáles sean estas diligencias dependerá, lógicamente, del tipo de ingreso público. Cuáles sean estas diligencias dependerá, lógicamente, del tipo de ingreso públicos, sea cual sea su naturaleza, gira en torno a la declaración de la existencia y determinación de la cuantía del ingreso, así como a la realización del mismo.

la crisis inmobiliaria en la que estamos inmersos. Debería haberse tenido en cuenta, al limitar la creación de estas sociedades, y especialmente en la argumentación que la Ley 27/2013 maneja en cuanto a su disolución, sometida a la condición fundamental de no estar inmersa en un plan económico de ajuste, sin tener en cuenta, aparte de los argumentos de índole jurídico y social ya comentados, la capacidad de financiación del socio privado como garantía de autofinanciación de la propia sociedad, frente a terceros o a posibles acreedores de la misma, argumento que hasta la fecha servía para justificar en el expediente acreditativo de oportunidad y conveniencia en la gestión urbanística, como un sistema indirecto de prestación de servicio público. El calificar la Ley 27/2013 LRSAL, a las sociedades urbanísticas mixtas de segundo grado no tiene desde nuestro punto de vista cabida en nuestro ordenamiento jurídico, ya que numerosas leyes urbanísticas, tanto estatales como autonómicas, suelen utilizarlas de manera habitual para desarrollar suelos o actividades que tengan que ver con su objeto social, todo ello sin perjuicio de que dicha ley no respeta el espíritu del legislador europeo, que potencian de manera evidente y clara la colaboración público³²⁹-privada, especialmente a través de los nuevos planes de la vivienda. Aún nuestra crítica es mayor, en lo que hace referencia al tratamiento del legislador respecto a las sociedades urbanísticas mixtas que la referencia que ya hicimos en relación a las sociedades de capital íntegramente público. Decimos esto, porque la propia ley cuando señala la disolución de instrumentos o sociedades de segundo grado distingue entre aquellos controlados de pertenencia o de capital exclusivo, de la pertenencia no exclusiva al capital público, refirién-

³²⁹ GASCON Y MARÍN, J; al abordar el tema de la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta, ya había señalado ambas posibilidades manifestando, no obstante, cierta preferencia por la adopción, a la hora de crear este tipo de entes, de una personificación jurídico-pública. En este sentido señala que “como sistemas intermedios figura el de compartir la propiedad el Estado y los particulares, estableciendo sociedades de economía mixta; la propiedad está distribuida ente el Estado y otras colectividades y accionistas. Las modalidades de este régimen son muy diversas, pudiendo utilizarse incluso formas jurídicas del derecho privados (sociedades de responsabilidad limitada), en las que las acciones pertenezcan en parte a entidades públicas y en parte a particulares o a diversas entidades pública (Estado y Municipios), y los puestos del Consejo de Administración distribuidos en relación con la aportación de cada elemento. *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 239.

dose a las sociedades urbanísticas mixtas, por el efecto inmediato que será para las mismas su disolución, sin consideración alguna a su viabilidad económica. Por ello las mismas se deberán proceder a la transmisión de su participación en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la ley. Todo ello no solamente es absurdo desde la perspectiva social y económica sino que plantea muchas dudas sobre su posible inconstitucionalidad, respecto a la autonomía de las entidades locales, y sobre todo del principio de suficiencia financiera, invadiendo competencias respecto a leyes urbanísticas estatales y autonómicas que apoyan e incentivan a la creación y colaboración público-privada, inspirada por el ordenamiento jurídico europeo. La proliferación de las sociedades mixtas, y su utilización por la administración local pueden destacarse lo siguiente: En primer lugar mantener un cierto control directo sobre la gestión del servicio público de que se trate, mejorar la eficacia y la eficiencia en la prestación del servicio, para lo que se cuenta con la experiencia empresarial y de gestión del socio privado en el ámbito del objeto material de dicho servicio público. Finalmente, obtener, a través de la entrada de capital privado, una fuente de financiación complementaria para la implantación o prestación del servicio público en cuestión. Además, la responsabilidad económica de las corporaciones locales se limita a su aportación a la sociedad, ya que éstas presentan para los ayuntamientos ciertas ventajas con respecto a la entrega a un particular de la gestión que supone la gestión indirecta, como en la figura de la concesión. De esta forma, se hace “visible”, hacia el exterior, que la administración local tiene el control sobre el servicio y que es la responsable última de su prestación, aunque con la colaboración del socio privado (o los socios, en su caso). Si bien es cierto que, en la realidad, frecuentemente es el socio privado el que tiene la dirección y administración efectiva del servicio, reservándose la administración una función de mero control. Y, así, frecuentemente se denuncia la opacidad en el funcionamiento de estas sociedades que están escasamente dotadas de recursos humanos y de control de gestión provocando carencias en la tutela que ejerce el respectivo ayuntamiento. En estos casos, es el socio privado, con más conocimientos técnicos y experiencia, el que en realidad gestiona un servicio

tan complejo como es el urbanismo, ventaja inherente a la propia composición de la sociedad mixta respecto a la sociedad íntegramente pública. Dentro de estas sociedades³³⁰ de economía mixta, podemos distinguir entre aquellas en cuyo capital es mayoritaria la participación de la administración pública (y que son las que propiamente se denominan “sociedades de economía mixta”); y las sociedades en las que el capital público es minoritario, que son denominadas “sociedades participadas”. Al no ser de capital íntegramente público de la administración matriz, ya no estamos ante una forma de gestión directa, sino indirecta. Estaremos en presencia de una gestión indirecta cuando la participación no sea íntegra, con independencia de que ésta sea mayoritaria o minoritaria, y esto aunque haya otros partícipes públicos. La empresa pública de capital mayoritario puede ser forma de gestión pública, pero indirecta, y por tanto, requiere su instrumentación mediante contrato de gestión de servicios públicos. Una sociedad mercantil de propiedad íntegramente perteneciente a un ente público es una personificación estrictamente instrumental. La misma está matizada, sin embargo, cuando el ente público mayoritario comparte su condición de accionista con otras personas, ya que en este caso la empresa no puede limitarse a servir al puro interés general, sino que ha de atender también al interés particular de los restantes socios privados. Y la relación de instrumentalidad cambia de sentido cuando la participación en sí, la cual puede desempeñar diversas funciones. A este diverso papel que el Estado puede desempeñar, según el grado de participación, responde la distinción elaborada por Villar Palasi entre *accionariado gestor* (cuando el ente público ostenta una posición de claro predominio, bien por su carácter mayoritario, bien por un dominio de hecho -socio minoritario, pero hegemónico- en una sociedad de capital muy dividido, o

³³⁰ ALBI, F: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, pág. 364, Aguilar, Madrid, 1960; El contenido de dichas disposición reglamentaría aplicando la misma argumentación que utiliza al tratar esta cuestión para las sociedades íntegramente públicas, cuando dice que la no exigencia del desembolso íntegro a las Entidades locales “habría de permitir a las Corporaciones maniobras de escasa ortodoxia económica y jurídica, obligando a las Empresas por ellas organizadas a operar con capitales ficticios, en perjuicio de los acreedores y, a la larga, en detrimento del crédito de las mismas. En evitación de todo esto, el núm. 3 del art. 89 del Reglamento obliga a que la dotación de la Empresa esté desembolsada desde el momento de su constitución, es decir, plenamente desligada del patrimonio de la entidad local creadora”

combinada con la existencia de un delegado del Gobierno) y *accionariado fiscal* (cuando la participación pública es de carácter meramente patrimonial, persiguiendo una finalidad de obtención de rendimientos). A esta dualidad ha añadido García de Enterría³³¹ la posición de *accionariado testigo o de presencia*, justificado en la finalidad de estar presente en la gestión de empresas relevantes para fiscalizar internamente su gestión (por ejemplo, las participaciones en diversas sociedades privadas de radiodifusión). Junto a estas, Santamaría Pastor añade la situación de *accionariado promotor*, en la que la participación del ente público responde a la finalidad de financiar parcialmente y apoyar proyectos privados de rentabilidad problemática (así, por ejemplo, las participaciones múltiples que ostentan las sociedades de desarrollo industrial de diversas regiones). De forma muy resumida, se puede afirmar que estas sociedades gestoras de servicios públicos tienen una naturaleza jurídica privada, pero un régimen jurídico mixto, público-privado, esencialmente de derecho privado, aunque con importantes peculiaridades de derecho público. La administración, así, toma del derecho privado la fórmula societaria pero, una vez que esta figura, propia del derecho mercantil, entra en la esfera pública, su régimen jurídico sufre inevitablemente modificaciones. De entrada, el que uno de los socios sea una administración pública determina algunas especialidades en el régimen de funcionamiento de estas sociedades (como puede ser la posibilidad de que dicha administración pueda vetar las decisiones del consejo de administración). Además, existen una serie de normas imperativas de derecho público que se aplican, en diferente medida, lo que determina que se produzcan modulaciones en el régimen general de personal o de contratación de estas sociedades. Así, el

³³¹GARCÍA DE ENTERRÍA, E; Señala que “este doble sistema se justifica por la dificultad de que los socios fundadores asuman todo el capital en la constitución de sociedades con capital cuantioso. Entonces el procedimiento de suscripción pública de las acciones puede facilitar la formación del capital. Pero, en la práctica, dadas las formalidades y los trámites de este procedimiento, la constitución de las grandes sociedades suele hacerse también por el sistema de fundación simultánea, mediante la intervención de entidades financieras que asumen inicialmente todo el capital para repartirlo o colocarlo después, en su caso, entre su clientela o entre sus inversores.” La sociedad anónima: fundación”, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Civitas, Navarra, 2006, pág. 827.

TS (sala de lo contencioso-administrativo), recurso de apelación, de 24 de marzo de 1987, afirma que las empresas mixtas constituidas en forma de sociedad mercantil para la gestión de servicios públicos, son entidades sometidas en su constitución, organización y funcionamiento interno al derecho mercantil, en las que las corporaciones participan, en concepto de socios, con los derechos que, como a tales, les reconocen los estatutos y la legislación mercantil, pero sin que dentro de cada sociedad tengan facultades exorbitantes derivadas de sus potestades públicas, porque esas empresas mixtas, con personalidad distinta de los socios, actúan en la prestación de servicio de una manera análoga a la de un contratista particular. Por tanto, a estas sociedades locales de economía mixta les resulta de aplicación, en primer lugar, la legislación básica contenida en la TRLCSP, de conformidad con la remisión que el art. 85.3.B) LBRL realiza a la regulación el contrato de gestión de servicios públicos del art. 275 y ss. TRLCSP. Igualmente les resulta de aplicación el TRRL, en lo que no se oponga al contenido de lo anterior. También, la legislación de desarrollo dictada por las CCAA, en materia de contratación administrativa³³² y de administración local; y por último, en defecto de normativa autonómica, por la legislación estatal no básica (TRRL y RSCL, en cuanto no se opongan a ninguna de las normas citadas, y los preceptos no básicos del TRLCSP). En este sentido, hay que tener en cuenta un importante rasgo de estas sociedades y es la limitación de la duración temporal máxima de las mismas, que es de cincuenta años, conforme impone el art. 108 TRRL y el art. 111 RSCL. Una vez expirado el período que se fijare, revertirá a la entidad local su activo y pasivo, en condiciones normales de uso todas las instalaciones, bienes y material integrante del servicio. Además, en la constitución o estatutos de la empresa habrá de preverse la forma de amortización del capital privado durante el plazo de gestión del servicio por la misma, y expirado el plazo que se fije revertirán a la entidad local, sin indemnización, el activo y pasivo. Esta intervención, colaboración público-privada, en ocasiones era necesaria para lograr integrar a los propietarios de un

³³² SANTIAGO IGLESIAS, D; *las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Edit. IUSTEL pág. 220 a 223.

sector determinado (en muchos casos sociedades promotoras o entidades financieras) en otras, para permitir que ciertas actuaciones se realizaran con una doble perspectiva de actuación, la pública y la privada con sus distintas finalidades y motivaciones, en otros supuestos, era necesario para la obtención de financiación³³³ del socio privado, que suscribía las acciones, ante la insuficiencia de fondos públicos para acometer actuaciones de gran calado. El procedimiento de constitución y de selección del socio privado estaba perfectamente claro a nivel local, pues el reglamento de servicios de las corporaciones locales, en vigor desde el año 1955, lo establecía con bastante nitidez. Además, una vez constituida la sociedad, el ayuntamiento podía perfectamente encargarle cualquier actividad relativa a la vivienda o el urbanismo de forma directa sin necesidad de someterla a concurso, pues dicha sociedad, aun cuando participaba en ella un socio privado, se consideraba un medio propio de la administración. El sistema era efectivo, se constituía la sociedad mixta con un socio privado constructora, urbanizadora o entidad financiera estableciendo como ventajas inherentes a la condición de socio privado la posibilidad del encargo directo por el ayuntamiento de obras o servicios, o derechos de preferencia en la adjudicación en procesos de selección de las obras de urbanización - construcción o de los contratos de financiación de actuaciones de la sociedad. Naturalmente, estas ventajas llevaban inherentes las obligaciones de colaborar en la programación y diseño de las actividades, así como la obligación de realizar las obras o la financiación en el caso de ausencia de licitadores a las mismas, con lo que la administración se garantizaba así su realización. Expresamente se reconocía

³³³Las inversiones urbanísticas requieren para su financiación dos condiciones fundamentales. En primer lugar suelen precisar de volúmenes considerables de dinero. En el caso de las sociedades de economía mixta de actuación urbanística ello es particularmente cierto, si se consiguen las sugerencias del presente estudio en cuanto a utilizar esta fórmula tan solo para grandes equipamientos u operaciones. En segundo lugar, los plazos de los créditos y demás mecanismos de financiación deben ser largos, de acuerdo con los períodos de maduración propios de las obras de carácter urbanístico. Aunque, en general, el sistema crediticio de cualquier país sirve mal a este tipo de necesidades financieras, en el caso español es particularmente cierto que las dos condiciones anteriores son, en la práctica, muy difíciles de satisfacer. SERRA SERRA,N; ROCA JUNYENT,M; SOLER LLUSÀ, J; *Las sociedades de economía mixta de actuación urbanística*, pág. 209, COCIN, Barcelona, 1969.

esta posibilidad de encargo directo de las obras de urbanización o edificación en la ley de contratos de 1995³³⁴, que en su artículo 155³³⁵ excluía de las reglas de adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos en los supuestos, cuando las administraciones hubieran creado para la prestación del mismo una “una sociedad de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la administración o de un ente público de la misma”. Como se observa, se excluía la aplicación del sistema concurrencial y se permitía el encargo directo tanto a una sociedad instrumental (100% capital público) como mixta (capital mayoritario pero no exclusivo público). La posibilidad de dicho encargo directo a las sociedades mixtas fue cuestionada al considerar que era contraria a la normativa europea de contratación pública, que impone la aplicación de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad de trato, por el hecho de encontrarse participadas por sujetos privados. Tras distintas resoluciones e incluso sentencias contrarias a la regulación que de la contratación pública hacía la norma española, se elabora un texto refundido de la ley, en el que el nuevo artículo 154, teniendo una redacción casi idéntica al anterior 155, deja fuera a las sociedades mixtas de la exclusión antes indicada del párrafo segundo³³⁶. Por lo que para encargar directamente se requiere que en la sociedad en capital sea “exclusiva” la participación de la administración o de un ente públi-

³³⁴ Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

³³⁵ El referido artículo 155 (régimen general) de la Ley 13/1995, en sus disposiciones generales al definir el contrato de gestión de servicios públicos, establecía:

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

³³⁶ El artículo 154 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece en su párrafo 2º que: “No serán aplicables las disposiciones de este Título a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma”.

co de la misma”. La reciente ley de contratos del sector público (Ley 30/2007, de 30 de octubre), en el artículo 8, mantiene este criterio utilizando la expresión “*en su totalidad*”³³⁷. Ante esta nueva regulación, el problema que se ha suscitado es el establecer un procedimiento de selección del socio privado, que otorgue la necesaria seguridad jurídica por ser acorde no solo con la normativa interior sino también con los principios de contratación pública o mercado interior de la Unión Europea, para poder establecer la posibilidad de que el socio privado pudiese realizar parte de las obras o servicios objeto de la sociedad como ventajas inherentes a su condición. La realidad ha sido que, desde ese momento, no se han constituido apenas sociedades mixtas y las que lo han hecho no han gozado de seguridad jurídica, al no existir una clara regulación, con los riesgos que ello conlleva y más si se tiene en cuenta que las operaciones urbanísticas son de considerable cuantía y pueden generar millonarias indemnizaciones en caso de nulidad de procedimiento. Esta problemática, puesta de manifiesto por los promotores públicos de toda Europa, agrupados en el Cecodhas, fue asumida por el Parlamento Europeo, que en su resolución legislativa sobre la colaboración público-privada, de 26 de octubre de 2006, tomaba nota de que los operadores deseaban claridad en la aplicación de la legislación sobre contratos públicos a la creación de empresa público-privadas en relación con la adjudicación de un contrato o una concesión, e invitaba a la comisión a formular “con la mayor brevedad, las aclaraciones pertinentes”. En cumplimiento de dicha invitación, la comisión europea emitió recientemente una comunicación interpretativa de fecha 5 de febrero de 2008, sobre lo que en Europa se denominan PPPI (Partenariado Público-Privado Institucional) o que se han traducido como colaboración público-privada institucional (CPPI) en España, concep-

³³⁷ El artículo 8.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, indica: “Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

to que comprende las sociedades mixtas, a través de convenios³³⁸, por expresa referencia en el texto. Esta comunicación Interpretativa parte del hecho de que, durante años, “el fenómeno de la colaboración público-privada” se ha desarrollado en numerosos ámbitos. La característica de esta cooperación, en general a largo plazo, es la función asignada al socio privado, que participa en las distintas fases del proyecto de que se trate (diseño, ejecución y explotación), soporta los riesgos tradicionalmente asumidos por el sector público y contribuye con frecuencia a la financiación del proyecto. Pero que no obstante dichas ventajas, la incertidumbre jurídica que, al parecer, rodea la participación de socios privados en las CPPI puede afectar al éxito de la fórmula. El riesgo de crear estructuras basadas en contratos que más tarde podrían no ajustarse al Derecho comu-

³³⁸ La expresión “convenio” utilizada en el artículo 104.3 del RSCL debe ser entendida no en sentido técnico-jurídico, como convenio de colaboración de los regulados en el artículo 4.1. c) de la LCSP sino, simplemente, como un acuerdo o pacto. La interpretación de dicha expresión ha sido muy discutida por la doctrina. Así, ALONSO UREBA, A, señala que “en la doctrina administrativa, ni siquiera aquellos que participaron en la ponencia que redactó estos preceptos, como es el caso de ALBI, llegan a delimitar con claridad qué supuestos se están contemplando en dicho precepto. En segundo lugar, se trata, como decimos, de un “convenio”, es decir, de una vinculación puramente contractual, lo que parece excluir la adquisición de participaciones o acciones en una sociedad ya existente y el de participación en la fundación de una sociedad de capital en las distintas formas ya examinadas, supuestos estos últimos contemplados separadamente por el Reglamento en los números 1 y 2 del art. 104. Pese a lo indeterminado del supuesto contemplado en el art. 104.3 del Reglamento, creemos, sin embargo, que tiene la virtualidad de poder operar como una especie de cláusula abierta a la que reconducir algunos casos diversos a los contemplados hasta ahora. Así, por ejemplo, cabe un convenio en virtud del cual se transforme una “concesión administrativa” en participaciones o acciones en la sociedad, o incluso dicha transformación puede producirse, no a partir de una concesión, sino en relación a subvenciones o créditos concedidos por la Administración a la sociedad. Realmente, todos estos casos son supuestos de aumento de capital con emisión de nuevas acciones sin suscripción pública (arts. 89 y ss. L.S.A.), pudiendo considerarse la transformación de subvenciones o créditos como supuestos de liberación mediante compensación, y la transformación de la concesión como supuesto del “acuerdo de aumento de capital”, acuerdo que en su contenido se adaptaría, a su vez, al referido convenio de transformación. También cabría traer aquí el supuesto de que habiendo la Corporación suscrito obligaciones, se proceda posteriormente a la conversión de las mismas en acciones (art. 95 L.S.A.), debiendo entenderse que la liberación de las acciones se produciría mediante compensación. Por último, la introducción en nuestro ordenamiento de un Derecho de grupos permitiría reconducir al “convenio” del art. 104.3 del Reglamento, el supuesto, de “contrato de dominio” entre la Corporación interesada y una sociedad de capital ya existente, supuesto que la doctrina alemana ha reconducido al “Beherrschungsvertrag”, considerando a la Corporación como empresa dominante a efectos del “Konzernrecht”. *La Sociedad Mercantil de Capital como forma de la Empresa Pública Local*, Pág 98

nitario puede, incluso, disuadir a las autoridades públicas y a las entidades privadas de fundar CPPI. Ante dicho problema, la comunicación señala las modalidades de aplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones en caso de creación y explotación de estas sociedades mixtas, para reforzar la seguridad jurídica y, sobre todo, responder a las dudas frecuentemente manifestadas de que la aplicación del derecho comunitario a la participación de socios privados en las CPPI, convierta estas fórmulas en poco atractivas o, incluso, resulten imposibles. Es por tanto la finalidad del presente trabajo de investigación, realizar el análisis de la referida comunicación, el proceso de constitución y el régimen subsiguiente de las sociedades mixtas que la misma establece, realizando, con carácter previo, un breve análisis del concepto y régimen jurídico de las sociedades urbanísticas mixtas.

5.2. Régimen de contratación de las sociedades urbanísticas mixtas.

5.2.1. El objeto social de las sociedades mixtas urbanísticas y sus características esenciales.

No nos vamos a extender en demasía en este punto, puesto que el mismo ya se ha analizado en el capítulo relativo a la contratación pública, sin perjuicio de las peculiaridades de la colaboración público-privada de las sociedades mixtas, en relación a la elección del socio privado. Desde un punto de vista legal, por empresa mixta se entiende la que tenga socios de capital privado. Este criterio de concurrencia del capital público y privado se observa perfectamente en la distinta normativa, en concreto, en la normativa interna española. Así, la Ley de contratos del sector público define la sociedad de economía mixta como aquella “en la que la administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas³³⁹”. En esta misma línea, la normativa europea en la comunicación interpretativa de la comisión europea de 5 de febrero de 2008, objeto de este estudio, considera que

³³⁹Artículo 253, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

esta sociedad mixta es la “cooperación entre actores públicos y privados que constituyen una entidad con personalidad jurídica y capital mixto para ejecutar obras o servicios públicos”. Precisando que “la aportación privada a los trabajos de la CPPI, además de la contribución al capital u otros activos, consiste en la participación activa en la ejecución de las tareas confiadas a la entidad de capital mixto y/o la gestión de dicha entidad. En cambio, la simple aportación de fondos por un inversor privado a una empresa pública no constituye una CPPI”. Como características esenciales de estas empresas mixtas se pueden extractar las siguientes:

- a) La heterogeneidad de su capital (público / privado), al concurrir la administración y los particulares, lo que establece ventajas: Compartir objetivos públicos / privados, el riesgo compartido, la facilidad financiación e inversión conjunta y los beneficios mutuos económicos y de gestión.
- b) La permanencia y duración temporal de la misma. Tanto el texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, el reglamento de bienes de corporaciones locales, como la Ley 30/2007 de contratos del sector público imponen un límite de duración de 50 años³⁴⁰.
- c) La responsabilidad económica de las corporaciones locales se limitará a su aportación a la sociedad, como en cualquier otra sociedad mercantil de responsabilidad limitada.

Es muy interesante la constitución de una sociedad urbanística mixta, pues el objeto, y por lo tanto las finalidades para las que puede crearse, son muy va-

³⁴⁰El Artículo 254. De la ley 30/2007 de 30 de octubre. El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos: a) Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta 60 años.

riadas, ya que se constituyen “para todos los fines de esta naturaleza incluidos en el ámbito urbanístico sin excluir ninguno de los fines comprendidos en el ámbito urbanístico”³⁴¹. De forma más concreta, el decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre "constitución de sociedades urbanísticas por el Estado, organismos autónomos y corporaciones locales", dictado en desarrollo del artículo 115 del Texto refundido de 1976³⁴², en el artículo 1.1º, establece que:

“El Estado y las entidades locales podrán constituir sociedades anónimas o empresas de economía mixta, para la ejecución del planeamiento urbanístico. La misma facultad corresponde al instituto nacional de urbanización y a los demás organismos autónomos con funciones urbanísticas que estén facultados por su normativa para crear o participar en estas sociedades. También podrán adquirir acciones de estas sociedades que se hallen constituidas”.

Para completar el análisis de su objeto³⁴³ social, es necesario que se establezcan dos precisiones que limitan su actuación en un doble campo. Por un lado, no son administraciones y por lo tanto no pueden realizar actos que im-

³⁴¹Exposición de motivos del Reglamento de Gestión Urbanística (Aprobado por el Real Decreto 3288/1978).

³⁴² El TR76 en su artículo 115 dispone “El Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, con arreglo a la legislación aplicable en cada caso para la ejecución de los Planes de Ordenación”.

³⁴³ SANTIAGO IGLESIAS, D; *Las Sociedades de Economía mixta como formas de gestión de los servicios público*, Iustel, 2010, pág. 147, Si el objeto social de las sociedades de economía mixta son las actividades de contenido económico que no implican el ejercicio directo de poderes públicos y que se hallan configuradas como un servicio público de competencia de una Administración local, se plantea aquí cuál puede ser el alcance de dichas actividades: el contenido material de un solo servicio público o de varios servicios públicos. Dicho de otro modo, el problema que se plantea aquí es si las sociedades de economía mixta han de ser monofuncionales o si, por el contrario, pueden ser plurifuncionales. La conveniencia de que existan sociedades de economía mixta plurifuncionales se plantea desde el punto de vista económico: la gestión conjunta de varios servicios pueden generar economías de escala (por ejemplo, se pueden reducir los costes de gestión) y pueden mejorar, entre otros aspectos, la eficacia y eficiencia en la erogación del servicio. Para analizar correctamente esta cuestión, es necesario fraccionarla en dos. En primer lugar, debe estudiarse si es posible constituir una sociedad de economía mixta cuyo objeto social englobe actividades económicas diversas de modo que se posibilite la adjudicación a la misma de la gestión de varios servicios públicos y, en segundo lugar, si a una sociedad de economía mixta, constituida con un determinado objeto social que se traduce en la atribución de la gestión de uno o varios concretos servicios, se le puede encomendar la gestión de un nuevo servicio público.

pliquen autoridad y, por otro, son sociedades gestoras de servicios públicos, no empresas constructoras, por lo que no pueden ejecutar por sí mismas las obras.

En primer lugar, a las sociedades urbanísticas no les está permitido realizar actos de autoridad que se encuentran reservados a la administración o a esas personificaciones sometidas al derecho administrativo. En el campo de los servicios públicos locales, la LBRL lo deja perfectamente claro en su artículo 85.3 al indicar que: “En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad”. En el derecho urbanístico de las CC.AA se sigue claramente esta línea. Así, en la CCAA de Valencia se indica que “La actividad urbanística es una función pública que se desarrollará conforme a lo dispuesto en esta Ley y en cualquiera de las formas autorizadas por la legislación reguladora de la administración actuante. En todo caso, las facultades que supongan ejercicio de autoridad se ejercerán siempre en régimen de derecho público y de gestión directa”³⁴⁴.

En segundo lugar, el artículo 3.5 del citado decreto 1169/78 es perfectamente claro al indicar que “La ejecución de obras se adjudicará por la sociedad en régimen de libre concurrencia, sin que, en ningún caso, pueda dicha Sociedad ejecutarlas directamente”. En relación al objeto de dichas sociedades me remito a lo ya estudiado en el objeto social de las sociedades de capital íntegramente público. Sin embargo es interesante destacar la clasificación de las sociedades urbanísticas mixtas, en relación a su objeto y su actividad. Se pueden clasificar cinco diferentes tipologías, tal y como se establece en el derecho comparado europeo especialmente en la legislación francesa³⁴⁵ que precisa la clasificación de las mismas por su objeto.

³⁴⁴Artículo 3.1 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat Urbanística Valenciana –LUV.

³⁴⁵SERRA SERRA,N; ROCA JUNYENT,M; SOLER LLUSÀ,J; *Las sociedades de economía mixta de actuación urbanística*; COCIN, Barcelona, 1969: Con los riesgos inherentes a todas las simplificaciones puede afirmarse que, fundamentalmente, se ha llegado a la regulación ac-

- Sociedades de Economía Mixta para la preparación del suelo.

Son las que mejor responden a la naturaleza de la actuación urbanística. Se trata aquí de preparar y equipar –por esta razón se denominan en la legislación francesa sociedades de equipamiento- determinadas zonas o terrenos, no urbanizados, con la finalidad de hacerlas aptas para la ubicación en las mismas de polígonos industriales, de viviendas, terciarios o combinando dos o tres de estas finalidades en un mismo polígono. En estos supuestos, se trata no sólo de realizar las obras necesarias para la construcción de la red viaria, sino que, en muchos casos, puede tratarse de una verdadera conversión del terreno, explañándolo, demoliendo edificaciones, etc. Asimismo, y en esto estriba la característica más acusada de la operación, la sociedad gestora procede a proveer de servicios a la zona donde actúa. Estos servicios pueden ser muy diversos y están directamente vinculados a la condición o naturaleza del polígono resultante. Así, aparte de las más elementales obras de infraestructura, comprensivas de los servicios de agua, luz y alcantarillado en una zona industrial, puede resultar imprescindible la realización de una estación ferroviaria o marítima según se trate. Es más, especialmente en polígonos de viviendas, toda una serie de edificaciones, etc. deben entenderse como servicios elementales de que debe proveerse la zona. Se hace referencia a escuelas, centros administrativos y deportivos, culturales y comerciales, jardines, lugares públicos de esparcimiento y reposo sin los que la zona se convierte en una absurda aglomeración. Desde un punto de vista urbanístico, la desconcentración que anima en la actualidad la mayor parte de las actuaciones de aquella índole, especialmente en las grandes ciudades, no tiene sentido si en el polígono resultante las familias que en el

tual de las Sociedades de Economía Mixta de Actuación Urbanística en Francia de dos modos distintos:

- 1.- Por extensión de las posibilidades de intervención de las Corporaciones locales en el campo económico, lo que ha llevado a las Sociedades de Economía Mixta que denominaremos e “derecho común”.
- 2.- Por la conveniencia de impulsar determinadas actuaciones que se consideraban prioritarias y a las cuales se les proporcionaban facilidades crediticias y de carácter administrativo o legal. Son las Sociedades de Economía Mixta que llamaremos “con legislación específica”.

mismo se ubican no encuentran los medios y servicios necesarios para atender a todas sus necesidades. Hasta el momento se ha hecho referencia a los polígonos industriales y de vivienda, como resultado de la actuación de una sociedad cuyo objeto fuera la preparación del suelo. Cabe también incluir dentro de sus posibilidades actividades la de construcción de polígonos terciarios, dedicados fundamentalmente a grandes centros comerciales. Sin embargo, en muchas ocasiones responden estos a una deficiencia inicial de no haber equipado u ordenado correctamente los polígonos de vivienda; por ello, en la práctica deben confundirse en muchas ocasiones estas dos distintas características. Sea cual fuere la naturaleza del polígono resultante de la actuación de la sociedad, es evidente, no obstante, que en ningún caso la misma emprenderá, cuando su objeto social sea exclusivamente la preparación del suelo, la construcción de viviendas o la edificación en general. Su actividad se terminará en la venta de los terrenos aptos para su edificación inmediata, en los que se incluirán naturalmente, los edificios públicos, sociales, socio-educativos, escolares, comerciales, etc., en el supuesto de que ningún organismo público o concesionario deba hacerse cargo –o lo haga voluntariamente- de los mismos.

- Sociedades de Economía Mixta para la construcción de viviendas.

Este tipo de objeto social puede dar lugar a una sociedad distinta o constituirse como un aditamento a alguna Sociedad de las de preparación del suelo. En ambos supuestos, la finalidad constante en la asunción directa de la edificación de viviendas³⁴⁶ para fines sociales³⁴⁷. Las características especiales de este

³⁴⁶RD Estatal 233/2013, de 5 de abril. Concepto vivienda protegida: En todo caso habrán de cumplir como mínimo con los requisitos siguientes:

-La vivienda protegida deberá destinarse a residencia habitual y permanente del propietario o del inquilino.

-Deberán contar con un precio máximo de venta de la vivienda protegida en venta o un alquiler máximo de referencia de la vivienda protegida en alquiler.

-Disponer de una superficie útil máxima de 90 m², sin incluir, en su caso, una superficie útil máxima adicional de 8m² para trasteros anejos y de otros 25 m² destinados a una plaza de garaje.

³⁴⁷ La doctrina administrativa portuguesa interpreta el artículo 5 del RJSEL en el sentido de que el legislador ha decidido con este precepto limitar el fin lucrativo que se pretende conseguir a

tipo de operación, vinculada íntimamente a la política general de la vivienda que en cada momento se siga, aconsejan la plena diferenciación con las sociedades de preparación del suelo. Especialmente se fundamenta ello en la necesidad de un control más rígido en las de construcción de viviendas, y en sus posibles fuentes de financiación, distintas a las de otros tipos de sociedades de economía mixta, por cuanto la construcción de viviendas de alquiler moderado podría gozar de unas subvenciones o primas de carácter estatal. La materia exige indudablemente un minucioso estudio, distinguiendo entre tipos de vivienda a construir y clasificando los recursos con que se pueda contar. Por otra parte, es obvio que la escasez de medios de actuación en este campo es muy inferior a la existente con respecto a la de los demás objetos definidos. Es por ello que, inicialmente, la construcción de viviendas puede quedar marginada de los objetos posibles de una sociedad de economía mixta de actuación urbanística, atendido, además, que resulta presumible que el abaratamiento del precio de venta de los solares tenga una repercusión igualmente beneficiosa en el precio o renta de las viviendas que en los mismos se construyan y que nada impide, además, fijar estos extremos en los contratos de venta a suscribir con los constructores o promotores.

través de la creación de sociedades de economía mixta. Se habla de una “subalternización” de fin lucrativo. Vid. GONÇALVES, P; *Regime jurídico das Empresas Municipais*, pág. 131.

- Sociedades de economía mixta de renovación urbana³⁴⁸.

Este tipo de objeto supone, en cierto modo, la suma de los dos anteriormente examinados. Se trata de preparar, equipar y construir, pero con la circunstancia muy calificada de hacerlo en una zona ya urbanizada, para su remodelación y mejor encuadre dentro del conjunto urbanístico de una mayor ordenación. Ello supone importantes obras de demolición con los consiguientes problemas jurídicos que ello plantea, especialmente en orden a las indemnizaciones a los habitantes de la zona. En este orden, no es el montante de estas indemnizaciones lo que encarece y dificulta la operación, sino los problemas que lleva aparejados el desahucio y la necesidad de atender a una nueva instalación de los habitantes de la zona, aun cuando sea temporalmente y para regresar después en los inmuebles de nueva construcción. A los problemas jurídicos deben adicionarse los meramente técnicos, de importante envergadura. Se trata de aprovechar unas instalaciones que sólo lo pueden ser en parte, pero que obligan a trabajar en unas condiciones de limitación notables. Por otra parte, en las operaciones de renovación urbana deben, normalmente, emprenderse obras que son exigidas, más que por la misma zona a renovar, por el planeamiento de la mejora de todo el núcleo urbano en que ésta se halle (grades viales de descongestión, etc.). Todo este conjunto de características repercuten en un coste económico de enorme trascendencia; son, las de renovación urbana, operaciones muy costosas, que requieren grandes volúmenes de inversión, y en las que,

³⁴⁸ CASTELAO RODRÍGUEZ, J; *Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas*, LA LEY, 2013, Madrid, pág.159; El artículo 7 de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, alude el legislador –ya hemos tenido oportunidad de apuntarlo con anterioridad- a la forma, manera o modo en que pueden hacerse efectivas la rehabilitación regeneración y renovación urbana, aunque aquel, únicamente, alude a las dos últimas actuaciones mencionadas, si bien, como explicaremos más adelante, ello, en absoluto empece, al menos en nuestro parecer, para hacer extensivo lo contemplado en ellas, también a la rehabilitación. Pero antes de ello, veamos que dice exactamente el legislador sobre el particular. Este, establece lo siguiente: “Las actuaciones de regeneración y renovación urbanas tendrán, además. Carácter integrado cuando articulen medidas sociales, ambientales y económicas enmarcadas en una estrategia administrativa global y unitaria”.

además, la autofinanciación resulta prácticamente imposible. Téngase presente que las sociedades de preparación del suelo o de construcción de viviendas, pueden mediante actuaciones parciales realizar con cierta rapidez parte de la zona ya equipada, lo que repercute sensiblemente en la marcha de su situación financiera. Por el contrario, en la renovación urbana, la actuación parcial sólo es posible cuando se han efectuado inversiones muy notables; prácticamente sólo en la etapa de construcción, cuando la demolición, preparación y equipamiento ha supuesto ya un notable volumen de gastos.

- Sociedades de economía mixta para la realización de grandes obras de infraestructura.

Se consideran en este apartado la construcción de túneles, autopistas, abastecimientos de aguas y obras similares, que afectando a los municipios u organismos territorialmente competentes, desbordan por su transcendencia los límites jurisdiccionales de los mismos, para incidir plenamente en el campo del interés general nacional. Por otra parte, se trata de obras de gran envergadura que sin la ayuda estatal –en una u otra forma- resultan prácticamente inviables. Es por ello que su régimen jurídico y financiero no pueden ser el mismo que para las restantes sociedades de economía mixta de actuación urbanística, exigiendo un tratamiento especial. Diversos problemas se plantean en el estudio de este tipo de sociedades. Estas grandes obras³⁴⁹ de infraestructura se configuran normalmente al margen de aquellos planes o proyectos, o en todo caso, el sistema elegido para su actuación no es ninguno de los propiamente urbanísticos. Serían muchos los razonamientos que podrían abonar por el mantenimiento de esta separación, especialmente en función de la protección de los derechos de

³⁴⁹SERRA SERRA,N, ROCA JUNYENT,M y SOLER LLUSÀ,J; *Las Sociedades de Economía mixta de actuación urbanística*, COCIN, 1969, Barcelona; Mayor consideración merece el dilucidar si dichos objetos se han de considerar como de indeterminada aplicación, o para una u otra concreta operación. Es decir, debe optarse entre una Sociedad de Economía Mixta de preparación del suelo que se constituya para la realización de cualquier tipo de operación de esta índole en un determinado ámbito territorial, o, por el contrario, por otra que constituya para la realización de una concreta operación, que una vez terminada agota el objeto de la Sociedad, provocando su extinción.

los particulares. Sin embargo, es evidente que estas grandes obras de infraestructura suelen ir acompañadas de una inmediata revalorización de los terrenos colindantes, que para perfeccionarse precisará la realización de típicas obras de urbanización. En tales supuestos, el precio de venta de los solares resultantes de la actuación urbanística en las zonas colindantes de grandes obras de infraestructura debería calcularse en razón del valor de los terrenos adquiridos y costes de las obras, necesarias para la urbanización de aquellos solares, más la incidencia en los mismos –determinada mediante un coeficiente– de aquellas grandes obras. Esta fórmula, aparte de suponer un sistema de financiación de las obras de infraestructura, pone de manifiesto la conveniencia de vincular la actuación urbanística a la realización de aquellas. El medio o instrumento más apropiado parece ser una sociedad de economía mixta, a la que cabría determinar dos distintos orígenes. En primer lugar mediante la constitución de la misma, con el concurso de las corporaciones afectadas y particulares³⁵⁰ interesados, con el doble objeto de la actuación urbanística en la zona colindante y construcción de las grandes obras de infraestructura. En tal supuesto, aparte de los medios directos de financiación de estas últimas, el precio de venta de los solares de la zona, una vez urbanizados, sería incrementado en un determinado coeficiente que se aportaría al costeamiento de las obras de infraestructura. Ello sólo sería posible si el precio de expropiación fuera muy económico y la incidencia de éstas notable en el orden de aprovechamiento y utilización de la zona. En segundo lugar, mediante la constitución de una sociedad de economía mixta, con la exclusiva finalidad de construir determinadas grandes obras de infraestructura, y que contaría entre sus medios de financiación con las sumas que por aplicación de aquel coeficiente le reconocería otra u otras sociedades mixtas de preparación del suelo, que actuarían en la zona que se considera co-

³⁵⁰ SANTIAGO IGLESIAS, D; *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, IUESTELL, 2010 pág. 144; Ha de tratarse de una actividad que, estando configurada como un servicio público, sea susceptible de explotación por empresarios particulares, lo que implica que dicha actividad tenga un contenido económico. Esta exigencia es consecuencia del ánimo de lucro que subyace en todo provecho económico puede provenir de las tarifas que se perciban de los usuarios, del precio que abone la Administración o bien, de la explotación de los bienes o derechos que la Administración le ceda a dichos particulares.

mo influenciada por aquéllas. Con arreglo al criterio de discriminación y separación de objetos, a los efectos, este último camino sería el más aconsejable, a los efectos de no confundir las distintas operaciones a realizar, e impedir posibles abusos. Además, tal sistema no alteraría las normas generales trazadas para el conjunto de sociedades de economía mixta de actuación urbanística, regulando únicamente el supuesto especial de las que se dedicaran a las grandes obras de infraestructura. La única salvedad estribaría en los casos en que los terrenos colindantes ya estuviesen urbanizados. Sin embargo, en la práctica, ni lo estarán totalmente ni será imposible encontrar otros medios sustitutivos.

- Sociedades de economía mixta para la explotación de servicios públicos derivados de la actuación urbanística.

Normalmente de una actuación urbanística programada e integral, se derivan una serie de servicios públicos, que, asimismo, la lógica impone que sean atendidos por las propias corporaciones, a las cuales revierten de inmediato. Sin embargo, como en muchas ocasiones dichos servicios son atendidos mediante la figura de concesionarios. Se plantea el problema de si las propias sociedades mixtas de preparación del suelo o de renovación urbana, pueden ser concesionarias de aquellos servicios. Aun incurriendo en un desbordamiento de la finalidad originaria de la sociedad economía mixta de actuación urbanística, podría defenderse la procedencia de que esta fuera a su vez titular, como concesionaria de determinados servicios públicos. Sin embargo manteniendo lo argumentado anteriormente creemos que las sociedades mixtas deben tener objetos exclusivos y perfectamente delimitados y delimitables que no requieran la utilización de técnicas diferentes, ya que deberían ser sociedades mixtas, específicas, aquellas que acometieran la explotación de servicios públicos³⁵¹ derivados de la actuación urbanística. Nada impide vincular una sociedad con la otra, mediante la determinación de los correspondientes convenios, de todas maneras no se trataría de que la sociedad de economía mixta de preparación de

³⁵¹CHINCHILLA MARÍN, C; *Servicio Público ¿Crisis o renovación?*, Régimen jurídico de los servicios públicos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pág. 92.

suelo contribuyera a la financiación de una sociedad de economía mixta detentadora de un determinado servicio público, sino viceversa. Está que en algunos casos es contraria a las instalaciones ya realizadas sólo debería atender a su mantenimiento y explotación, pudiendo venir obligada a satisfacer determinados cánones a la Sociedad Mixta de preparación de suelo, con lo que está vendría a disponer de unos ingresos regulares o según fuera la solvencia de la que tuviera que pagar, estaríamos en poder de un documento bancario negociable y capitalizable que ayudaría a la financiación de dichas Sociedades, con independencia de que mi punto de vista era mucho más optimista hace un año en la prosperidad y practicidad de dichas empresas en relación a su objeto, que en la actualidad, en un marco de crisis económica. En estos momentos mi optimismo se ha vuelto opaco debido a la clasificación de la Ley 27/2013 de RSAL, al calificarlas como sociedades de segundo escalón con las drásticas consecuencias económicas que conllevan para las mismas, dicha clasificación.

5.2.1.1. La transformación de una sociedad mercantil íntegramente pública en una sociedad de economía mixta. La decisión de transformación de la sociedad pública.

Los entes locales cuentan con total libertad para elegir, de entre las opciones previstas en el art. 85.2 LBRL, por la constitución de una sociedad local para la prestación de un servicio público local. En todo caso, el art. 276 TRLCSP establece un límite, que no podrán ser gestionados de forma indirecta aquellos servicios públicos que impliquen el ejercicio de autoridad³⁵².

Nuestra experiencia en sociedades mixtas han sido precisamente en la creación de una empresa mayoritariamente pública, pero con capital privado, y co-

³⁵²DOMINGUEZ MARTÍN,M, RODRIGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B; *El régimen de constitución, organización y contratación de las Sociedades Mercantiles Locales*, LA LEY, 2013, pág. 262; Esta limitación es también muy frecuente en la legislación urbanística autonómica, que impide que las sociedades urbanísticas realicen actividades que impliquen ejercicio de autoridad o prerrogativas o potestades públicas (salvo las expresamente autorizadas, como la expropiación, en ocasiones).

mo socio de la misma, otra administración, de carácter supra-municipal, que intervenían en el capital social, para un objeto concreto y determinado, por el tiempo que duren las obras y la explotación de la misma. Me estoy refiriendo a la empresa pública mixta del “Palacio de Congresos S.A.”, que empezó con la participación pública del ayuntamiento a través del EMOP (actualmente S.M.A.P.³⁵³) y de la Consellería de Turismo de les Illes Balears (a través del INESTUR S.A.), con cierta inversión privada de hoteleros mallorquines de prestigio consolidado. El gran problema que tuvo la empresa mixta no estuvo vinculada a su estructura interna y sus motivos de constitución, ya que coincidió con la crisis del sector inmobiliario. En relación a su ubicación en la primera línea de la fachada del Paseo Marítimo de Palma, y la protección del edificio de GESA como bien de interés cultural (BIC), por parte del Consell Insular de Mallorca, debemos señalar que el mismo organismo público impedía su demolición al ser un bien protegido, pese a los inconvenientes urbanísticos que existían en la zona donde se ubicaba dicho edificio, para el desarrollo urbanístico de la fachada, porque el problema de las sociedades urbanísticas mixtas no siempre se refleja en su estructura interna, y en el motivo que llevo a su creación, ya que todo ello debe ir acompañado, de una voluntad política clara y firme en materia de urbanismo, calculando las inversiones financieras a realizar juntamente con aquellas unidades de actuación que están sometidas a un sistema de expropiación, para la adquisición por parte del consistorio de zonas verdes. El anteproyecto de urbanización de la fachada marítima de Palma, elaborado por el prestigioso arquitecto Patxi Mangado, y gestionado por la EMOP, tenía como eje principal del “proyecto estrella” el Palacio³⁵⁴ de Congresos y un hotel de lujo anexo al mismo. A día de hoy, las administraciones públicas res-

³⁵³ SOCIAS CAMACHO,J..M Y BLASCO ESTEVE,A; *Derecho Local de las Islas Baleares*; Ed. IUSTEL, Madrid, 2014, pág. 210-211; El Ayuntamiento de Palma gestiona servicios públicos a través de cuatro sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal EMAYA S.A., EMT S.A., EFM S.A. y SMAP S.A. Dispone, a través de la sociedad SMAP S.A. del 50% del capital social de PALACIO DE CONGRESOS DE PALMA S.A.

³⁵⁴ SOCIAS CAMACHO,J..M Y BLASCO ESTEVE,A; *Derecho Local de las Islas Baleares*; Ed. IUSTEL, Madrid, 2014, pág.211; Palacio de Congresos de Palma S.A. con capital social al 50% de SMAP S.A. y de INESTUR S.A., se creó para la construcción, gestión y promoción del Palacio de Congresos de Palma de Mallorca.

ponsables, no han llegado a ponerse de acuerdo, principalmente por problemas de financiación, falta de claras ideas urbanísticas consensuadas, con todos los agentes afectados, influyendo gravemente a la imagen urbanística, y turística de Palma de Mallorca, ya que los números visitantes que llegan a la isla, especialmente en época estival, provenientes del aeropuerto de “Son Sant Joan”, se enfrentan al enorme impacto visual que produce el Palacio de Congresos, inacabado, en un solar totalmente inadecuado por su ubicación, tapando las vistas a nuestra reconocida Catedral Gótica palmesana, todo ello con independencia de los números litigios contenciosos-administrativos que la Empresa Nuñez y Navarro S.A., promotora de las mismas ha tenido que interponer a las administraciones competentes de les Illes, derivadas de millonarias indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos en materia de responsabilidad patrimonial, y que han afectado claramente a la planificación del urbanismo de la ciudad de Palma de Mallorca. Precisamente por la falta de coherencia urbanística con la que se ha actuado, a día de hoy, tenemos las obras inacabadas, y sin perspectivas claras de solucionar el problema a corto plazo. Ello implica, por mi experiencia en una sociedad urbanística mixta, no sea del todo positiva, no tanto por tener un socio privado, sino por la falta de planificación y financiación derivada del sector público, en colaboración con el sector privado. Ahora bien, cosa totalmente diferente, es “transformar” una sociedad de capital íntegramente público en una sociedad de economía mixta, ya que para ello no es necesario tramitar el expediente regulado en el art. 97 LBRL, cuyo objetivo fundamental es justificar la conveniencia y oportunidad de la implantación de un determinado servicio. Eso ya, ahora, no es procedente, por innecesario, por lo que es suficiente el acuerdo del pleno en el que se decida el cambio de la forma de gestión, junto con la mención a las características de la sociedad a la que se pretende atribuir la gestión del servicio. No entraré a profundizar en estos momentos en el estudio de los expedientes de municipalización, en relación a la fase interna de la sociedad y su relación con la administración matriz. Me remito a lo ya explicado de dichos expedientes en capítulos anteriores.

En relación con la constitución³⁵⁵ de una sociedad de economía mixta a partir de otra sociedad preexistentes, el art. 104 RSCL, como ya hemos visto, establece que la constitución de la sociedad de economía mixta puede tener lugar bien, por “adquisición por la corporación interesada de participaciones o acciones de Empresas ya constituidas, en proporción suficiente para compartir la gestión social” o bien “por convenio con empresa única ya existente, en el que se fijará el Estatuto por el que hubiere de regirse en lo sucesivo”. Ninguna de estas previsiones encaja con la modalidad de constitución de la sociedad mixta que vemos en este apartado, pues se ocupan de supuestos en los que la entidad local adquiere parte del capital de empresas privadas, y no es el caso. Por tanto, la creación de sociedades de economía mixta a partir de la privatización parcial de empresas públicas locales a través de la venta de parte de sus acciones no está prevista ni en el RSCL, ni en el TRRL, aunque tampoco existe ninguna norma que prohíba expresamente esta posibilidad.

5.2.1.2. Enajenación de acciones, selección de socio privado y adjudicación del contrato.

Una vez decidida por el pleno la transformación de la sociedad en una sociedad de economía mixta, el siguiente paso consiste en la enajenación de acciones y en la selección del socio o de los socios privados. Igualmente, para el caso de creación *ex novo* de una sociedad de economía mixta, hay que proceder

³⁵⁵SERRA SERRA, N; ROCA JUNYENT, M; SOLER LLUSÁ, J; *Las Sociedades de economía mixta de actuación urbanística*, C.O.C.I.N., Barcelona, 1969, pág. 207; El expediente de municipalización, de ajustarse a las normas que al efecto previene la legislación local, contiene algunos extremos que se presentan como prácticamente insuperables en el supuesto de una actuación urbanística. Fundamentalmente el problema planteado por la fijación de las tarifas. En todo expediente de municipalización tiene que existir un cuadro de las tarifas del servicio. ¿Qué tarifas deberían incluirse en una actuación urbanística?. Para González-Berenguer estas tarifas podrían sustituirse por un cuadro de precios de venta de los terrenos urbanizados. Puede admitirse que, a lo sumo, este sea una solución teórica, pero nunca práctica, y casi siempre inviable.

a seleccionar al socio o a los socios privados³⁵⁶. De acuerdo con el art. 112 del RBEL, “las enajenaciones de bienes patrimoniales se registrarán en cuanto a su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de la contratación de las corporaciones locales”. Por tanto, y como no podía ser de otra forma, también aquí ha de remitirse a la legislación sobre contratos (en concreto, a la regulación del contrato de gestión de servicios públicos) para proceder a la enajenación de parte del capital social de la sociedad pública.

La comisión europea, en la comunicación interpretativa³⁵⁷ relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (2008/C91/2002), pro-

³⁵⁶BUESO GUIRAO, E; “Las sociedades mixtas urbanísticas locales tras la comunicación interpretativa de la comisión europea”, 2008, pág. 405; Aplicación de los principios de la contratación pública para la selección del socio privado. Por cuanto la relación entre la sociedad mixta y el ente que forma parte de ellas se encuentra sometida a los principios de contratación pública, para poder realizar contratos de obras o servicios y concesiones, la selección del socio privado debe realizarse de acuerdo con dichos principios. Es decir, junto a la normativa interior de creación de la sociedad, se debe aplicar la normativa europea de contratación pública. Estas disposiciones relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (directivas sobre los contratos públicos) imponen a la entidad adjudicadora la observancia de un procedimiento equitativo y transparente a la hora de seleccionar al socio privado que, en el marco de su participación en la entidad de capital mixto, realiza suministros, obras o servicios, o, cuando adjudica un contrato público o una concesión a la entidad de capital mixto, de los principios de prohibición de discriminación por causa de la nacionalidad, la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios, así como la igualdad de trato, la transparencia, el reconocimiento mutuo y la proporcionalidad.

³⁵⁷ SANTIAGO IGLESIA, D; *Las sociedades de economía mixta como formas de gestión de los servicios públicos*, Llustell, 2010, pág. 201; En la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (2008/C91/02), se establece que cuando la creación de una colaboración público-privada institucionalizada implique la adjudicación de un contrato público enteramente cubierto por la Directiva 2004/18/CE a una entidad de capital mixto se podrán utilizar los procedimientos abierto, restringido, negociado y el diálogo competitivo, teniendo en cuenta las siguientes limitaciones para la utilización de los dos últimos procedimientos: por una parte, la utilización del diálogo competitivo –procedimiento introducido por la Directiva 2004/18/CE, cuyo fin es salvaguardar tanto la competencia entre los operadores económicos como la necesidad de los poderes adjudicadores de debatir con cada candidato todos los aspectos del contrato- únicamente procederá en aquellos supuestos en que el contrato se caracterice por su especial complejidad financiera o jurídica y siempre que los procedimientos abiertos y restringidos no ofrezcan suficiente flexibilidad y, por otra parte, el procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación sólo se puede utilizar en casos excepcionales.

pone que la selección del socio privado vaya acompañada de la creación del instrumento de colaboración público privada institucionalizada y de la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto. Y ello porque, afirma la comisión, las disposiciones de la legislación comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones imponen a la entidad adjudicadora la observancia de un procedimiento equitativo y transparente a la hora de seleccionar al socio privado o cuando adjudica un contrato público o una concesión a la entidad de capital mixto. De esta forma, las entidades adjudicadoras no pueden “recurrir a mecanismos dirigidos a enmascarar la adjudicación de contratos públicos de servicios a empresas de economía mixta. En este contexto, y siguiendo las indicaciones de la comisión europea, en España se ha optado, como ya se ha señalado, por configurar a las sociedades de economía mixta como una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, por lo que resulta de aplicación para la selección del socio privado, el TRLCSP, donde se regula un único procedimiento, transparente y competitivo, que tiene por finalidad la selección del mismo. Asimismo, la selección del socio privado va acompañada de la creación de la sociedad de economía mixta y de la atribución a la misma de la gestión del servicio de que se trate. De esta forma, el adjudicatario del contrato de gestión de servicio público no será el gestor del servicio, por sí solo, sino que participará en su gestión con la administración local, a través de la sociedad de economía mixta³⁵⁸ correspondiente.

En cuanto a la publicidad que ha de darse al procedimiento de selección del socio privado, el ordenamiento jurídico español no lo precisa de modo expreso. Pero, siguiendo las recomendaciones realizadas por la Comisión Europea, parece razonable que la administración local titular del servicio que se pretende

³⁵⁸ SANTIAGO IGLESIAS, D; *Las Sociedades de Economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, IUSELL, 2010, pág.176; Tal y como se ha señalado, las sociedades de economía mixta no podrán ser consideradas medios propios del Ente local que las participe y, por tanto, no se les podrá atribuir directamente la gestión de un servicio público de titularidad de dicho ente, puesto que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 24 de la LCSP, entre otros requisitos, para que una sociedad sea considerada medio propio y servicio técnico de un poder adjudicador, en este caso del Ente local en cuestión, “la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública”.

gestionar a través de una sociedad mixta incluya en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones; la información fundamental sobre el contrato de gestión de servicios públicos; los estatutos de la sociedad de economía mixta que se pretende crear; la relación contractual entre la Administración local y el socio privado; la relación entre la Administración local y la sociedad de economía mixta; la duración prevista del contrato y sus posibilidades de renovación o modificación; y la posibilidad, en su caso, de que la futura sociedad de economía mixta gestione otros servicios públicos en un momento posterior.

Con todo esto, seguramente se habrá dado cumplimiento en todo o en gran medida, a lo exigido por el art. 132 TRLCSP, que establece que a la celebración de un contrato de gestión de servicios públicos deberá preceder el establecimiento de su régimen jurídico, donde se regulan los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio y donde se declare, la asunción de la actividad de que se trate por la administración respectiva como propia de la misma, la atribución de competencias administrativas y la determinación del alcance de las prestaciones a favor de los administrados.

En cuanto al expediente de preparación del contrato de gestión de servicios públicos (art. 109 y ss TRLCSP), éste se inicia por el órgano de contratación local y en él se debe motivar la necesidad de la celebración del contrato para el cumplimiento y realización de los fines institucionales del correspondiente Ente local. Además de incorporar los pliegos de cláusulas y el certificado acreditativo de existencia de crédito, se debe dejar constancia de la idoneidad de su objeto y el contenido para satisfacer dichas necesidades. Una vez completado el expediente de contratación, el órgano de contratación ha de dictar una resolución motivada aprobándolo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Los procedimientos para la adjudicación de los contratos que entran dentro del ámbito de aplicación del TRLCSP son: el procedimiento abierto (art. 157 TRRLCSP), el procedimiento restringido (art. 162 TRLCSP), el

procedimiento negociado (art. 138.2 y art. 169³⁵⁹ TRLCSP) y el diálogo competitivo (art. 179³⁶⁰ TRLCSP).

Conforme establece el art. 150.3. e) TRLCSP, la adjudicación del contrato de gestión de servicios públicos, en su modalidad de sociedad de economía mixta y, por tanto, la selección del socio privado, se basa en la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a través de la valoración de varios criterios directamente vinculados al objeto del contrato. En definitiva, para seleccionar al socio privado, ha de utilizarse una fórmula equivalente al antiguo “concurso” de la anterior ley de contratos. No se trata sólo de escoger una inversión que sea el mejor postor, sino que se trata de seleccionar a un socio que va a participar activamente en la gestión de la sociedad. Por eso, se entiende superada la aplicación del art. 80 TRRL, donde se establece que “las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta pública”.

En este sentido, la STS de 22 de marzo de 2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), recurso núm. 3677/2003, que excluye la aplicación del art. 80 TRRL para determinar el procedimiento de enajenación de acciones de sociedades mercantiles públicas al afirmar:

“la jurisprudencia de este Tribunal (...) ha venido entendiendo que el art. 80 TRRL establece que las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta pública (...). Sin embargo, tales pronunciamientos, en esencia, se han efectuado claramente respecto de bienes inmobiliarios (...). La administración, al desprenderse de los bienes trata de obtener el máximo rendimiento económico. Objetivo que no constituye el fin esencial cuando la admi-

³⁵⁹Aunque se puede acudir al procedimiento negociado para la selección del socio privado de una sociedad de economía mixta, se trata de un procedimiento excepcional cuya utilización queda limitada a los supuestos previstos en el art. 172 TRLCSP para el contrato de gestión de servicios públicos: servicios respecto de los cuales no sea posible promover concurrencia en la oferta; contrato de gestión de servicios públicos cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 500.000 euros y su plazo de duración sea inferior a cinco años.

³⁶⁰ Estos procedimientos, con más detalle, en SANTIAGO IGLESIAS, D., *Las sociedades de economía mixta*, págs. 201 a 218, cit anteriormente.

nistración continua gozando de un poder de decisión sobre la institución en que se integran los bienes”. También la STS (sala de lo contencioso-administrativo), de 20 de mayo de 2006, recurso núm. 3746/2003, en la que se afirma lo siguiente:

“Se sienta por este Tribunal Supremo que la actuación allí impugnada no se trata de la venta de bienes patrimoniales en sentido puro sino de la búsqueda de un socio privado para la gestión indirecta e un servicio público mediante la correspondiente transmisión de acciones de titularidad pública (...). La adjudicación a la proposición más ventajosa no sólo toma en cuenta el factor económico, previsto en los pliegos, sino también los criterios técnicos y de otra índole debidamente fijados y que se reputan absolutamente necesarios en una actuación administrativa como la impugnada en que se trata de incorporar a un socio privado en la gestión de un servicio público”. Por una parte, el art. 150.2 TRLCSP otorga al órgano de contratación un amplio margen de apreciación a la hora de valorar la mejor oferta, al establecer que corresponde al órgano de contratación la fijación de estos criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato, dando preferencia a aquellas características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Entre dichos criterios, que deben estar directamente vinculados al objeto del contrato, se pueden citar los siguientes: la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar la retribuciones ligadas a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación del servicio, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, el mantenimiento u otros similares³⁶¹.

³⁶¹Sobre esta cuestión, con más detalle, SANTIAGO IGLESIAS, D; *Las sociedades de economía mixta*, pág. 220 a 223

5.3. La Comunicación interpretativa de la comisión europea, de 12 de abril de 2008. Un punto de inflexión normativa en la relación entre la administración matriz y la sociedad de economía mixta.

Como se ha indicado al principio del presente estudio, existían grandes dudas en orden al procedimiento de constitución de dichas sociedades que permitiese realizar al socio privado directamente las obras o servicios objeto de la sociedad como ventajas inherentes a su condición, ya que ello ha producido hasta este momento la escasa constitución de este tipo de sociedades. Ante esta situación de indefinición, como ya se ha apuntado, la Comisión Europea ha realizado una comunicación interpretativa de fecha 5 de febrero de 2008. La comisión parte de las siguientes tesis en la comunicación interpretativa. En el derecho comunitario, las autoridades públicas son libres de ejercer ellas mismas una actividad económica o confiarla a terceros, por ejemplo a entidades de capital mixto creadas en el marco de una sociedad pública. Sin embargo, cuando los organismos públicos deciden asociar a terceros a actividades económicas en condiciones que puedan calificarse de contratos públicos o de concesiones, deben observar las disposiciones del derecho comunitario aplicables en la materia. Es conveniente a la economía y al desarrollo de actividades públicas la existencia de estas sociedades mixtas que aúnan las ventajas de lo público con lo privado. La incertidumbre jurídica que rodea la creación de estas sociedades puede hacer, y de hecho lo está haciendo, que no se emplee esta interesante forma de gestión por el riesgo de crear estructuras basadas en contratos que más tarde podrían no ajustarse al derecho comunitario. Ante esta situación, la Comisión Europea indica lo que, a su juicio, deben ser las modalidades de aplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones en caso de creación y explotación de sociedades mixtas. El objetivo concreto, de acuerdo con la exposición introductoria del propio texto, es “reforzar la seguridad jurídica y, sobre todo, responder a las dudas frecuentemente manifestadas de que la aplicación del derecho comunitario a la participación de socios privados en las CPPI, convierta estas fórmulas en poco atractivas o, in-

cluso, resulten imposibles³⁶². No obstante ello, es necesario dejar perfectamente claro que la “comunicación no crea ninguna normativa nueva y refleja la interpretación que la comisión hace del Tratado CE, las directivas sobre los contratos públicos y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)³⁶³, haciéndose hincapié en el propio texto que “en cualquier caso, la interpretación del derecho comunitario corresponde, en último término, al TJCE³⁶⁴. La Comisión Europea parte de la tesis de que realmente para la creación de la empresa mixta, o CPPI, no existe una normativa comunitaria específica. Por ello, hay que partir de la normativa interna de creación de sociedades públicas, pero esta deberá ser coordinada con la normativa europea, pues sí será de aplicación la normativa de mercado interior o contratación pública para poder encargar a dicha sociedad obras o servicios inherentes a la ejecución del objeto social. En la normativa interna española, el procedimiento de constitución se encuentra regulado esencialmente en el capítulo IV del reglamento de obras y servicios de las corporaciones locales de 1955, así como en la Ley 7/85, de bases de régimen local y en el real decreto de 18 de Abril de 1986, que aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local. Además de este criterio previo procedimental, los principios generales de los que hay que partir para la creación de dichas sociedades mixtas serán:

En relación a la no existencia de contrato doméstico, quiero señalar, en primer lugar, la relación entre la administración y la sociedad mixta de la que forma parte, no puede ser considerada como un contrato doméstico o “in house” como si se tratase de una sociedad pública instrumental (100% pública). La creación de esta sociedad mixta no puede justificar que no se cumplan las disposiciones sobre contratos públicos y concesiones en la adjudicación de contra-

³⁶²El intercomillado es literal de la Introducción de la comunicación interpretativa de la comisión europea de 12 de abril de 2008.

³⁶³El intercomillado es literal de la Introducción de la comunicación interpretativa de la comisión europea de 12 de abril de 2008.

³⁶⁴Idem nota 2ª.

tos públicos o concesiones a esa entidad privada o a la entidad de capital mixto, pues el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidades Europea ha establecido reiteradamente que la participación (aun minoritaria) de una empresa privada en el capital de una empresa en la que también participa la entidad adjudicadora impide siempre la posibilidad de una relación interna, a la que se pueda excluir la legislación sobre contratos públicos. La comisión³⁶⁵ parte de que el socio privado lo que pretende, en definitiva, es obtener el contrato público o la concesión cuya ejecución es la finalidad de la sociedad mixta, considerando que es perfectamente posible que en la selección del socio se determinen el alcance de la condición de socio, es decir, las obras o servicios concretos que puede realizar una vez seleccionado, vinculando, incluso, su selección a las ofertas a este respecto. La existencia de una doble licitación, la primera para la selección del socio privado y la segunda para la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto, no resulta práctica y haría ineficaz la fórmula. La justificación, e incluso la fórmula de actuación, la deja perfectamente clara la propia comisión en la comunicación al indicar que. “Una de las posibilidades que se ofrecen para crear una CPPI conforme con los principios de la legislación comunitaria, evitando los problemas derivados de la doble licitación, es actuar de la manera siguiente. El socio privado es seleccionado mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo cuyo objeto es el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto y la contribución operativa del socio privado a la ejecución de esas tareas y/o su contribución administrativa a la gestión de la entidad de capital mixto. La selección del socio privado va acompañada de la creación de la CPPI y la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto”.

La comunicación interpretativa de la comisión relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la co-

³⁶⁵ Sobre esta Comunicación vid. el imprescindible trabajo de BUESO GURAO, E: *Las Sociedades Mixtas Urbanísticas Locales* tras la comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 12 de abril de 2008, Clm. Economía, núm. 11, 2008, págs. 391-416.

laboración público-privada institucionalizada (CPPI), de 12 de abril de 2008³⁶⁶, afirmaba que de acuerdo con la normativa comunitaria en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI), el hecho de que una entidad privada y una entidad adjudicadora cooperen en el seno de una entidad de capital mixto no puede justificar el incumplimiento de las disposiciones sobre concesiones en la adjudicación de las mismas a esa entidad privada o a la entidad de capital mixto. En consecuencia, la comisión señalaba como principio general, que las sociedades deben conservar su campo de actividad inicial y no pueden obtener, en principio, nuevos contratos públicos o concesiones sin un procedimiento de licitación que respete el derecho comunitario en materia de contratos públicos y concesiones. Pero, de otro lado, también entiende la comisión que este criterio no tiene un carácter absoluto, pues las sociedades mixtas se suelen crear para prestar un servicio durante un período bastante largo (el contrato puede tener una duración de hasta 50 años), y por ello, es necesario que se puedan adaptar a cambios operados en el entorno económico, jurídico o técnico. Por ello, las disposiciones comunitarias sobre contratos públicos y concesiones no impiden tener en cuenta estas evoluciones, siempre que se cumplan los principios de igualdad de trato y de transparencia³⁶⁷. Por todo lo expuesto, la comisión, en su comunicación interpretati-

³⁶⁶DOMÍNGUEZ MARTÍN,M, RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO,B; *El régimen de constitución, organización y contratación de las Sociedades Mercantiles Locales*, LA LEY., 2013, pág.326; Sostiene la Comisión que por cuanto la relación entre la sociedad mixta y la Administración Pública que forma parte de ellas se encuentra sometida a los principios de contratación pública, para poder realizar contratos de obras o servicios y concesiones, la elección del socio privado debe realizarse de acuerdo con dichos principios. Es decir, junto a la normativa interior de creación de la sociedad, se debe aplicar la normativa europea de contratación pública. La normativa europea relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (directivas sobre los contratos públicos), imponen a la entidad adjudicadora la observancia de un procedimiento equitativo y transparente a la hora de seleccionar al socio privado que, en el marco de su participación en la entidad de capital mixto, realiza suministros, obras o servicios, o, cuando adjudica un contrato público o una concesión a la entidad de capital mixto, de los principios de prohibición de discriminación por causa de la nacionalidad, la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios, así como la igualdad de trato, la transparencia, el reconocimiento mutuo y la proporcionalidad.

³⁶⁷ BAYONA I ROCAMORA, A, y compañeros; *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2005, pág. 167; Una Administración es transparente cuando presenta a los ciudadanos su imagen, con reiteración, con una amplia difusión de su presencia y de

va, considera que para que se respeten estos principios, cuando la entidad adjudicadora desea, por motivos concretos, que algunas condiciones de la adjudicación se puedan ajustar tras la elección del adjudicatario, deben cumplirse los siguientes requisitos:

1. Han de preverse expresamente las posibilidades de renovación o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la entidad de capital mixto, e indicar las posibilidades de adjudicación opcional de nuevas tareas.
2. Estas previsiones deben realizarse en el anuncio de licitación o en los pliegos de condiciones, de manera que todas las empresas interesadas en participar tengan conocimiento de ello desde el inicio y se encuentren, por lo tanto, en pie de igualdad en el momento de presentar su oferta.
3. La documentación debería indicar, al menos, el número y las condiciones de aplicación de esas opciones. La información así ofrecida debe ser lo bastante detallada para garantizar una apertura a la competencia equitativa y eficaz.

Para finalizar el estudio de las sociedades urbanísticas mixtas, querría establecer algunos paralelismos, similitudes, ventajas y desventajas en relación a las sociedades urbanísticas de capital íntegramente público, objeto principal del presente trabajo de investigación. Quiero destacar desde la aprobación de la LRSL, Ley 27/2013, y especialmente tras su disposición adicional 9ª, la crea-

su actividad. Ello puede parecer, en algunos casos, publicidad comercial o propaganda política, pero eso no siempre es así, e incluso, si lo fuera, no puede desconocerse el efecto positivo que esa comunicación activa produce, porque mantiene la presencia viva de cada Administración e incita a su crítica, al reconocimiento de sus servicios o a la protesta por sus deficiencias. La información sobre los servicios, a la que después nos referimos, debe ir vinculada a una clara identificación de la Administración que los presta, lo que, además de facilitar su utilización, permite también al ciudadano colaborar con ella, a través de sugerencias, protestas o felicitaciones. Las campañas publicitarias de la Administración contribuyen en nuestra época a la transparencia de la Administración en la medida en que reducen el secretismo sobre su propia existencia

ción de sociedades urbanísticas mixtas ha perdido su razón de ser, aun cuando podría parecer la colaboración público-privada una buena forma de gestionar el urbanismo, con la presencia de capital de particulares. Sin embargo las sociedades urbanísticas mixtas³⁶⁸ son una forma de gestión indirecta de un servicio público, todo lo contrario que las sociedades urbanísticas de capital íntegramente público que son una forma de gestión directa de un servicio público, de ahí la importancia del estudio de la relación estructural de dichos entes, y su instrumentalidad respecto a la administración matriz. Y es con carácter general se trata ambas sociedades (capital público y mixtas), sujetos con personalidad jurídica independiente de la administración que lo crea, con plena autonomía patrimonial y funcional, de allí que dude seriamente de la constitucionalidad de la Ley 27/2013, en relación con el principio de autonomía de las entidades locales en relación a la estructura administrativa y gestión de los intereses locales, entre ellos la libertad de elección para gestionar el urbanismo entre el sis-

³⁶⁸ Informe 1/2012 de 01 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación administrativa de Aragón. Formulada Consulta por la Sra. Presidenta de Diputación provincial sobre el alcance de la Disp. Adic. 29ª TRLCSP, en relación con su aplicación al ámbito de la prestación de servicios públicos y, en particular, sobre si una sociedad mixta (51% capital provincial y 49% capital privado) puede considerarse medio propio a los efectos de encomendarle la gestión del servicio integral del agua, previo acuerdo o convenio entre la Diputación Provincial y las entidades locales interesadas, se informa que una sociedad de economía mixta, nunca puede ser considerada “medio propio”, a los efectos de lo dispuesto en los arts. 4.1), 8,2, y 24.6 TRLCSP, tal y como viene fijado por la doctrina del TJUE y, en consecuencia, no pueden encomendársele contratos o concesiones directamente; informándose igualmente que en los contratos de selección de un socio privado, la Disp. Adic. 29ª TRLCSP exime de la tramitación de un doble procedimiento de licitación, (selección de socio y selección de adjudicatario), en los supuestos de constitución de una sociedad de economía mixta para la ejecución de una obra o prestación de un servicio, que previamente deben estar definidos y determinados con la precisión que exige la ley en la preparación de todo contrato. Del mismo modo, se informa que no será posible adjudicar directamente ningún contrato ni concesión a una sociedad de economía mixta, resultado necesario, siempre, tramitar el procedimiento licitatorio correspondiente para adjudicarle el contrato o concesión de que se trate. Finalmente se informa que la Diputación, para los fines que persigue, deberá constituir un ente que pueda ser calificado como medio propio con los requisitos, condiciones y procedimiento que establece el art. 24.6 TRLCSP y para el caso de se optara por una sociedad de derecho privado, en su capital deberán participar los Ayuntamientos de quienes dicha sociedad haya de ser medio propio, en las condiciones que señala la Ley y en la interpretación restrictiva que de tales instrumentos viene haciendo la jurisprudencia del TJUE.

tema de gestión directa e indirecta mermado muy seriamente por la disposición adicional 9º de la citada Ley.

CAPÍTULO 6.- BREVE REFERENCIA AL RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS URBANÍSTICAS

6.1. Régimen general financiero de las sociedades públicas urbanísticas.

6.1.1. Plan de ajuste como reflejo del principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

De conformidad con la disposición adicional novena párrafo segundo la LRSL, las entidades locales con plan económico-financiero o de plan de ajuste, no pueden adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste. Excepcionalmente las entidades locales podrán realizar las citadas aportaciones patrimoniales si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior:

- Hubieren cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria³⁶⁹ y deuda pública.

³⁶⁹FUENTES I GASÓ, J.R.; GIFREU I FONT,J; CASADO CASADO,L; *Estructuras administrativa y racionalización del gasto público, problemas actuales de la expropiación forzosa, la reforma de los entes locales en Italia en el contexto de la crisis económica*, INAP, Madrid, 2012, pág. 345; La nueva redacción del artículo 135 de la Constitución incorpora otros contenidos de gran transcendencia jurídico-constitucional. En particular, prevé en el párrafo segundo de su apartado segundo que una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto, y añade en su apartado quinto que una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere el artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones públicas en materia de política fiscal y financiera. No queda claro si estas dos leyes orgánicas pueden ser las mismas, porque la del apartado segundo fija el límite de déficit estructural máximo, que no entrará en vigor hasta el año 2020, mientras que la del apartado quinto ha de estar aprobada antes del 30 de junio de 2012, según la disposición adicional única de la reforma y tendrá que regular, en todo caso, la distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse, la metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural y la responsabilidad de cada Administración pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. En cualquier caso, lo que no admite du-

- Su periodo medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.

Nuestra opinión crítica, respecto al caso concreto de las sociedades mercantiles municipales es que todas las novedades en relación a los objetivos de estabilidad presupuestaria, no están totalmente justificados desde la noción del interés general y ello podría suponer el cierre de entidades que son económicamente rentables a sus ayuntamientos por insuficiencia de recursos financieros. Además en mi opinión todo ello, va en contra de la normativa urbanística de muchas CCAA, que consideran estas sociedades las destinatarias finales del patrimonio público de suelo (bien mediante cesión o aportación a capital, forma está más rentable en el orden fiscal) como administradores, gestoras y garantes de su destino final, la promoción de viviendas protegidas. Las entidades que desarrollen actividades económicas, están adscritas a cualquiera de las entidades locales a efectos del sistema europeo de cuentas (reglamento CE 2223/96, del consejo, de 25 de junio) y se encuentren en una situación bastante deficitaria. Las mismas dispondrán hasta el 28 de febrero de 2014 para aprobar un plan de saneamiento. Si esta corrección no se cumpliera a 31 diciembre de 2014, la entidad local en el plazo máximo de 6 meses a contar desde la aprobación de las cuentas anuales o de la liquidación del presupuesto del ejercicio 2014 de la entidad, según proceda, disolverá cada una de las entidades que con-

das es que estos dos apartados, que contienen mandatos explícitos al legislador estatal, encierran una cláusula de atribución de competencias al Estado que matiza y amplía las del artículo 149.1.13ª (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) y 14ª (hacienda general y deuda del Estado), de la Constitución.

En efecto, aunque los límites al déficit y al nivel de endeudamiento público los establezca la Unión Europea, el desarrollo de los mismos en el ámbito interno es inequívocamente competencia del legislador estatal, que ve reforzadas así sus facultades para limitar el gasto de todas las Administraciones públicas, por la relación que, como ya se ha apuntado en esta Comunicación, existe entre limitación del déficit y del endeudamiento y restricción del gasto público. Señala a este respecto el apartado sexto de la nueva redacción del artículo 11135 de la Constitución que las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere el propio artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias. En materia de servicios públicos de carácter social y asistencial esto tiene gran relevancia, porque en la actualidad son las Comunidades Autónomas las que financian y organizan la presentación de la mayor parte de aquellos.

continúe en situación de desequilibrio disolverá cada una de las entidades que continúe en situación deficitaria. Si agotado el mencionado plazo de siete meses la entidad local no ha disuelto dichas entidades, quedarán automáticamente disueltas el 1 de diciembre de 2015. Los plazos se ampliarán hasta 31 de diciembre³⁷⁰ de 2015 y 1 de diciembre de 2016, respectivamente en entidades que estén prestando alguno de los siguientes servicios esenciales, como abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros. A estos efectos, y como parte del mencionado plan de corrección, la entidad local de la que dependa podrá realizar aportaciones patrimoniales o suscribir ampliaciones de capital de sus entidades sólo si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, esa entidad local hubiere cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su periodo medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad. Según nuestra opinión, en la situación de desequilibrio financiero viene determinada por el artículo 24.1 del RD 1463/2007 y supone la existencia de una situación en la que concurren simultáneamente las siguientes circunstancias.

- Que la entidad incurra en pérdidas contables.
- Que las pérdidas requieran ser saneadas por ser de una magnitud tal que no puedan ser asumidas con cargo a los fondos propios de la entidad.
- Que la administración titular se vea obligada para reequilibrar la entidad a dotar recursos no previstos en su escenario de estabilidad presupuestaria.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo establece el principio de subsistencia de la sociedad, ya que aunque tenga pérdidas o desequilibrio puntuales pue-

³⁷⁰ MEDINA GUERRERO, M; La reforma del régimen local, Ed. Tirant lo Blanch reformas pág. 88 Los plazos se amplían hasta el 31 de diciembre de 2015 y el 1 de diciembre de 2016, respectivamente, cuando las entidades presten los servicios que se consideran esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; transporte público de viajeros (párrafo tercero del apartado segundo de la Disposición adicional Novena LRBRL).

da ser económicamente viable, mediante aportaciones de capital, reservas u otras posibles situaciones de reactivación de la sociedad previstas por la normativa mercantil. Las sociedades mercantiles locales se rigen íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación (art. 85 ter.1 LBRL). En la misma línea, el art. 103.1 TRRL establece que “la sociedad se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles”. También el art. 89 del RSCL, que afirma “la gestión directa e los servicios económicos podrá serlo en régimen de empresa privada, que adoptará la forma de responsabilidad limitada o sociedad anónima ya que se constituirá y actuará con sujeción a las normas legales que regulen dichas compañías mercantiles, sin perjuicio de las adaptaciones previstas por este reglamento”. Por tanto, estas sociedades se rigen por el derecho privado, salvo en los aspectos específicamente enunciados, en los que les es de aplicación la normativa administrativa. Se ha de tener en cuenta que, a tenor de lo dispuesto en el art. 2 Ley de Transparencia³⁷¹, Acceso a la información pública y buen Gobierno también será de aplicación a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta de las entidades previstas en este artículo (todas las administraciones territoriales y, por lo tanto, también de la administración local) sea superior al 50 por ciento. Como sujeto incluido en su ámbito de aplicación, las sociedades mercantiles locales se ven sometidas a los principios éticos de actuación y a las obligaciones de buen gobierno, incluido el régimen de infrac-

³⁷¹En la Ley confederal sobre Transparencia de la Administración, de 17 de diciembre de 2004, en vigor desde el 1 de julio de 2006, desarrollada por Ordonnance de 24 de mayo de 2006, es igualmente posible limitar, diferir o denegar el derecho de acceso si la comunicación de un documento oficial puede afectar a la esfera privada de los terceros, salvo que un interés público en la transparencia se juzgue, excepcionalmente como preponderante. La Ley prevé, además, que en caso de demanda de acceso a documentos oficiales que contengan datos personales, la Administración debe en primer lugar examinar si es posible anonimizar el documento. En caso contrario, la apreciación de la demanda se enjuicia aplicando la Ley federal de 19 de junio de 1992, sobre protección de datos, que desarrolla el artículo 13.2. de la Constitución federal de 18 de abril de 1999, el cual garantiza el derecho a la protección de datos, como íntegramente de la protección de la esfera privada.

ciones en materia de conflicto de intereses, en materia de gestión económico-presupuestaria³⁷² y disciplinaria. Junto a lo anterior, deberán, en virtud de lo establecido en el art. 6 de la ley, hacer pública la información relativa a numerosos actos de gestión administrativa, entre los que se pueden citar: contratos adjudicados (objeto, importe de licitación y adjudicación, procedimiento de celebración, identidad del adjudicatario, modificaciones, prórrogas y variaciones del contrato); convenios suscritos (partes firmantes, objeto, obligaciones económicas convenidas); subvenciones y ayudas públicas concedidas (importe, objetivo, finalidad, beneficiarios); datos relativos a los presupuestos (descripción de las principales partidas presupuestaria, información actualizada sobre su estado de ejecución); información relativa al grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos de su competencia; retribuciones percibidas por los órganos superiores o directivos, e indemnizaciones en caso de abandono del cargo; etc. Además, en el caso de las sociedades mercantiles sujetas a la ley, la información relativa a las retribuciones de sus altos cargos se amplía al presidente consejero delegado o máximo responsable, tal y como se prevé en el real decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades. Por último, en la disposición adicional quinta de la ley se establece, en relación con las entidades locales, que las leyes de presupuestos generales del Estado establecerán cada año el baremo al que habrán de ajustarse las retribuciones de los miembros de los órganos de gobierno de las entidades locales atendiendo al tipo de entidad local de que se trate, así como a criterios objeti-

³⁷²FUENTES I GASÓ, J.R; GIFREU I FONT, J, CASADO CASADO,L; *Estructuras administrativas y Racionalización del gasto público. Problemas actuales de la expropiación forzosa. La reforma de los entes locales en Italia en el contexto de la crisis económica*; RALI S.A., 2012, pág. 343; En el Boletín Oficial del Estado núm. 233 de 2011, de 27 de septiembre, se publicó la segunda reforma que la Constitución Española de 1978 ha registrado desde su entrada en vigor, y que afecta al artículo 135 de la misma. Este precepto establecería en su versión original el principio de reserva de Ley tanto para emitir deuda pública como para contraer crédito, y añadía que los créditos para satisfacer el pago de intereses y capital de la deuda pública del Estado se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de los presupuestos y no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la Ley de emisión; ahora ha pasado a incorporar un contenido considerablemente más complejo, al otorgar rango constitucional al principio de estabilidad presupuestaria.

vos de población, circunstancias socio-económicas del entorno y otras circunstancias de carácter administrativo. Precisamente el régimen jurídico de las sociedades mercantiles, principalmente sometido al derecho privado y exenta de muchos de los controles y rigores del derecho administrativo, ha sido el factor determinante que hecho de la sociedad mercantil una figura que se ha extendido notablemente como forma de gestión de los servicios públicos. De esta forma, la sociedad pública ha pasado a ser uno de los principales cauces por los que ha discurrido el fenómeno de la “huida³⁷³ del derecho administrativo”. Pero, más allá de esto, en la medida en que las sociedades públicas son empleadas crecientemente como una técnica primordial para la organización de servicios y actividades genuinamente públicas, estamos en presencia de administración pública en sentido material; esto es, sometida a las limitaciones y controles propios de ésta. Más allá de la pura forma jurídica que adopten estas sociedades públicas, si se analizan las funciones que desempeñan, se puede afirmar su inclusión dentro del concepto de “administración instrumental”. Es decir, se puede incluir a las sociedades públicas dentro del mundo de las personificaciones instrumentales de los entes públicos. Cuando la administración constituye sociedades mercantiles como socio único, en realidad, lo que hace es encubrir la creación de un ente filial puro y simple, en el sentido exacto de los entes institucionales, esto es, una organización convencional con fines instrumentales de gestión de algo que es propio y no de un conjunto de personas. Es esta realidad

³⁷³BLAQUER,D, *Derecho administrativo 2º Los sujetos, la actividad y los principios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 208; Cuando se inició la ruptura de la triple ecuación (naturaleza pública, forma pública y régimen de Derecho Administrativo), lo primero que se buscó fue evitar los controles presupuestarios de las Cortes Generales (ya que en aquella época el gasto público realizado a través de la Administración institucional no se incluía en los presupuestos, que sólo contenían las previsiones relativas a la Administración territorial). En una segunda etapa, el objeto fue evitar que a la adjudicación de contratos por la Administración institucional se aplicaran los mismos controles que se imponen para los contratos adjudicados por la Administración territorial. Más tarde, se inició una huida general del Derecho Administrativo (para dejarse caer en los brazos del Derecho privado). El problema es que con el tiempo se ha encendido la luz de alarma; para algunos ahora ya no se trata sólo de fugarse del Derecho Administrativo, sino lisa y llanamente de huir del Derecho, y dejar al margen de todo control jurídico el funcionamiento de personas jurídicas creadas con carácter instrumental por la Administración Pública, como técnica de descentralización funcional distinta a la descentralización territorial.

subyacente a la forma mercantil de personificación lo que permite hablar de una necesaria regulación de aspectos de la misma por el derecho público. La forma mercantil supone la introducción en el tráfico de una entidad que externamente, en sus relaciones con terceros, va a producirse bajo un régimen de derecho privado, pero, internamente, tal sociedad es realmente una pertenencia de la administración, que aparece como socio exclusivo de la misma, un ente institucional propia de la misma. De esta realidad interna surge lo que se ha llamado una capacidad “pasiva” de derecho público de la sociedad para el desarrollo de sus funciones, esto es, un deber de ejecución que debe desarrollarse, precisamente a través de su capacidad ordinaria de derecho privado, que es con la cual se manifiesta ad extra. De esta forma, aun en esta actividad *iure privato* de la administración está presente la idea de realizar intereses públicos o colectivos, lo cual trasciende necesariamente al régimen aplicable a tal actividad. El examen del conjunto de entes instrumentales de la administración, en todas sus variadas formas y niveles pero, muy especialmente, en el caso de las sociedades mercantiles, pone de manifiesto que, en muchos casos, constituye un ejemplo de despilfarro, duplicidades, falta de eficiencia, eficacia y economía, así como de transparencia y rendición de cuentas, consiguientemente, de responsabilidades por la mala gestión. En definitiva, todo ello constituye un ejemplo de mala administración por contraste con lo que consideraríamos una “buena administración”, a la que se tiene que aspirar en toda administración pública, adopte la forma que sea para llevar a cabo su actividad.³⁷⁴Las presentes sociedades se han constituido con la finalidad de dar una facilidad de funcionamiento a la administración, permitiendo mediante esta forma de actuación dos cuestiones concretas:

³⁷⁴Estas ideas presentes en MONTROYA MARTÍN,E; “Nuevas perspectivas sobre la gestión”. Además del anterior trabajo, sobre el concepto de “buena administración” por toda los abundantes trabajos que se vienen publicando desde ya hace años, ver TORNOS MAS,J; *El derecho a una buena Administración*, Sindicatura de Greuges de Barcelona, 2007, RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ,J. *El buen gobierno y la buena Administración de las Administración de las instituciones públicas (adaptado a la Ley 5/2006, de 10 de abril)*, THOMSON-ARAZADI, Cizur Menor, 2006.

Respecto al no sometimiento al régimen presupuestario, debemos señalar que las sociedades confeccionan los denominados "estados de previsión de gastos e ingresos", pero estos tienen, como indica la doctrina mayoritaria, un carácter meramente indicativo y no limitativo ni vinculante, conforme a los criterios generales vigentes para las empresas. Consecuentemente con ello, la ausencia de la intervención previa, y sí el sometimiento, como cualquier sociedad mercantil, al régimen de auditorías. La ley de Haciendas locales (Ley 39/88) y el real decreto 500/1990, hacen referencia a que tanto en el presupuesto como en la cuenta general del ayuntamiento se incluirán los estados de ingresos y gastos y cuentas de estas sociedades. Con carácter ejemplificativo, el artículo 145 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas locales, establece que:

"1. Las entidades locales elaborarán y aprobarán anualmente un presupuesto general en el que se integrarán:

a) El presupuesto de la propia entidad.

b) Los de los organismos autónomos dependientes de la misma.

c) Los estados de previsión³⁷⁵ de gastos e ingresos de las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local". Al objeto de la integración de dichos estados de previsión, el art. 111 del Decreto 500/90, establece que antes del 15 de septiembre de cada año las sociedades deben de

³⁷⁵ ARNAL SURÍA,S y GONZÁEZ PUEYO, J.M.: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas locales*, Madrid, 2005, pág. 947, explican que "la variación sustancial (derivada de la LRHL), consiste en aclarar que , en lo referente a las sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad local, la inclusión de sus previsiones de ingresos y gastos en el Presupuesto General Consolidado de la entidad no supone dar carácter limitativo a los gastos previstos para las mismas. Aclaración, creemos, obligada, puesto que dicho carácter haría absolutamente inviables las finalidades que pudieran haber aconsejado crear tales entidades en forma de sociedad privada, para atender a finalidades relacionadas con las competencias locales, pero cuyo realización, vinculada más directamente con la actividad de gestión empresarial en materias de contenido económico, requiere dotarlas de mayor agilidad operativa.

remitir sus previsiones de ingresos y gastos al ayuntamiento. (PAIF). El contenido del PAIF, de acuerdo con el art. 114 RD 500/1990, es el siguiente:

1. El estado de inversiones reales y financieras a efectuar durante el ejercicio.
2. El estado de las fuentes de financiación de las inversiones con especial referencia a las aportaciones a percibir de la entidad local o de sus organismos autónomos.
3. La relación de los objetivos a alcanzar y de las rentas que se esperan generar.
4. Memoria³⁷⁶ de las actividades que vayan a realizarse en el ejercicio.

Posteriormente, y una vez concluido el ejercicio anual, integra también las cuentas de las sociedades en la cuenta general del ayuntamiento, también el artículo 190 de dicho cuerpo legal indica que:

"La cuenta general que estará integrada por:

- a) La de la propia entidad.
- b) La de los organismos autónomos.
- c) Las de las sociedades mercantiles de capital íntegramente propiedad de las mismas.

³⁷⁶ PAGÈS I GALTÉS, J; *Fiscalidad de las sociedades municipales*, Marcial Pons, 2006, pág. 211; Como explica la doctrina, a diferencia de los estatutos de previsión que hemos comentado en los anteriores epígrafes de este apartado II, que sólo permiten conocer los gastos e ingresos de la sociedad mercantil desde el punto de vista cuantitativo, la documentación a que se refiere el anexo ahora examinado ofrece una visión cualitativa de las actividades a realizar y de los objetivos a alcanzar por la sociedad. Ahora bien, debe destacarse junto a PRIETO GONZÁLEZ, que "En general, los tratadistas coinciden en el carácter no vinculante de (dichos Programas) para la Empresa". Su utilidad se centra, especialmente, en el ejercicio del control sobre la empresa e., incluso, se admite que la desviación de los resultados de la sociedad respecto a las previsiones contenidas puede tener consecuencias jurídicas. Sin embargo, "Pese a todo, no deja de ser cierto que la experiencia de los PAIF (esto es, de los Programas que estamos comentando), tanto en el ámbito estatal como en el autonómico o local, viene siendo tremendamente deficiente". De ahí que el autor proponga sustituirlos por los "Contratos-programas", surgidos en Francia en los primeros años de la década de los setenta del siglo pasado e importados al Estado español por la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria (art. 91)

No obstante ello, esto no supone que la intervención municipal no tenga relación alguna con las referidas empresas, partiendo de la base de que nos encontramos con una sociedad íntegramente perteneciente a la sociedad y que se trata de un sistema de gestión directa de los servicios públicos municipales. Además, con carácter específico se indica en el artículo 185 de la Ley de Haciendas locales (LHL) que "a la intervención de las haciendas locales le corresponde llevar y desarrollar la contabilidad financiera y el seguimiento, en términos financieros³⁷⁷, de la ejecución de los presupuestos de acuerdo con las normas generales y las dictadas por el pleno de la corporación. Asimismo, competirá a la intervención la inspección de la contabilidad de los organismos autónomos y de las sociedades mercantiles dependientes de la entidad local, de acuerdo con los procedimientos que establezca el pleno". También el art. 194 indica que se ejercerán en las entidades locales con la extensión y efectos que se determina (en los artículos siguientes) las funciones de control interno respecto de la gestión económica de las mismas, de los organismos autónomos y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes, en su triple acepción de función interventora, función de control financiero y función de control de eficacia. Es decir, el papel de la intervención será triple, ya que abarca la intervención propiamente dicha, el control financiero y el de eficacia. Pero esto ha de matizarse, precisamente por los siguientes artículos, pues éstos imponen la realización de las tres funciones en la corporación y en los organismos autónomos, pero para las Sociedades mercantiles, solo impone el control financiero y el de eficacia.

³⁷⁷DOMÍNGUEZ MARTÍN, M; RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO,B; *El régimen de constitución, organización y contratación de las Sociedades mercantiles locales*, LA LEY, Madrid, 2013, pág. 243; En una gran mayoría de los municipios españoles no existe un verdadero sistema de control financiero, y menos aún de eficacia. Y, cuando se practican controles financieros, según ha denunciado el Tribunal de Cuentas, en la mayoría de los casos se detecta una inadecuada documentación del mismo. También se han suscitado dudas acerca de si dicho control financiero debe ser ejercicio por el interventor local referido a la propia Administración local y no sólo a los organismos autónomos y a las sociedades mercantiles, para las que, en principio, normativamente está previsto.

6.1.2. Los controles del sector público instrumental a nivel financiero.

El control financiero, tendrá por objeto comprobar el funcionamiento en el aspecto económico-financiero de las sociedades mercantiles de ellas dependientes, informando acerca de la adecuada presentación de la información financiera, del cumplimiento de las normas y directrices que sean de aplicación, y del grado de eficacia y eficiencia en la consecución de los objetivos previstos. El control financiero se realizará por procedimientos de auditoría de acuerdo con las normas de auditoría del sector público. Como resultado del control efectuado habrá de emitirse informe escrito en el que se haga constar cuantas observaciones y conclusiones se deduzcan del examen practicado. Los informes, conjuntamente con las alegaciones efectuadas por el órgano auditado, serán enviados al pleno para su examen. El control de eficacia, tendrá por objeto la comprobación periódica del grado de cumplimiento de los objetivos, así como el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento de los respectivos servicios o inversiones. Posteriormente, la fiscalización externa de las cuentas y de la gestión económica de las entidades locales y de todos los organismos y sociedades de ellas dependientes es función propia del tribunal de cuentas, con el alcance y condiciones que establece la ley orgánica reguladora del mismo y su ley de funcionamiento. A tal efecto, las entidades locales rendirán al citado Tribunal, antes del día 15 de octubre de cada año, la cuenta general correspondiente al ejercicio económico anterior. Desde el punto de vista mercantil, el artículo 203 de la Ley de Sociedades anónimas establece que las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser revisados por auditores de cuentas. Estos auditores³⁷⁸ de cuentas:

³⁷⁸DOMÍNGUEZ MARTÍN, M; RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO,B; *El régimen de constitución, organización y contratación de las sociedades mercantiles locales*, LA LEY, 2013, pág.249; Las cuentas son formuladas por los administradores de la sociedad durante los tres primeros meses del ejercicio social; las cuentas y el informe de gestión deben ser formados por todos los administradores. En un segundo paso, estas cuentas son verificadas por los auditores de cuentas y, son elevadas para su aprobación, junto al informe de los auditores, a la Junta General. Tras su aprobación, las cuentas son remitidas al Registro Mercantil, para su verificación, depósito y publicación.

- Han de ser nombrados por la junta general antes de que finalice el ejercicio a auditar.

- El período de dicho nombramiento no podrá ser inferior a tres ni superior a nueve años. Finalmente se deben comprobar si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio. Esta comprobación se plasmará en un informe detallado, que se mostrará de acuerdo o con reservas en relación a las cuentas y al informe de gestión. El plazo para emitir dicho informe es de un mes. Conjugando la norma mercantil con la administrativa se pueden establecer las siguientes conclusiones:

-La actuación de la empresa pública no se encuentra sometida al régimen de intervención previa por el interventor de la corporación municipal, y que se sigue el criterio de posterior revisión mediante el régimen de auditoría.

-No obstante ello, la intervención municipal deberá realizar un control³⁷⁹ financiero y de eficacia, con carácter posterior, fundamentalmente cuando se liquide el presupuesto debido a que las cuentas de las sociedades forman parte de la cuenta general y se incluirán sus previsiones de ingresos y gastos en los presupuestos del siguiente año. Para ello puede perfectamente servir el informe de los auditores o puede realizar los estudios y análisis que tenga por conve-

³⁷⁹DOMÍNGUEZ MARTÍN, M; RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO,B; *El régimen de constitución, organización y contratación de las Sociedades mercantiles locales*, LA LEY, Madrid, 2013, pág.245; Corresponde al interventor local, según el art. 4.1.1.ª del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, la función de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, que comprende la realización de las comprobaciones o procedimientos de auditoria interna en las sociedades mercantiles dependientes de la entidad con respecto a las operaciones no sujetas a intervención previa, así como el control de carácter financiero de los mismos, de conformidad con las disposiciones y directrices que los rijan y los acuerdos que al respecto adopte la Corporación. Por lo tanto, el interventor está legalmente obligado, sin que pueda excusar su cumplimiento, a comprobar el funcionamiento de tales sociedades en el aspecto económico-financiero; verificando tanto la gestión y su corrección en relación con la normativa de aplicación, como la determinación de su eficacia, de conformidad con lo previsto en el ya citado art. 222.1 TRLRHL.

nientes. Independientemente de ello, el procedimiento mercantil de aprobación de las cuentas es el siguiente:

- Durante el primer trimestre del año, las cuentas deberán ser formuladas por el consejo de administración. Se produce mediante acuerdo, debiendo ser firmadas por los distintos consejeros.
- Una vez formuladas, deberán ser verificadas por los auditores de cuentas.
- Por último, antes del 30 de junio, es decir dentro del primer semestre del año, deberán ser elevadas para su aprobación, junto al informe de los auditores, al pleno del ayuntamiento en función de junta general.
- Tras su aprobación serán remitidas al registro mercantil para su verificación y depósito al registro mercantil.

Dentro de la cuenta general de la corporación municipal, se rendirán las cuentas, una vez aprobadas, al tribunal de cuentas, antes del día 15 de octubre de cada año. Finalmente quiero destacar que es en la disposición adicional 9º, mencionada en capítulos anteriores, en referencia al redimensionamiento del sector financiero, que hemos referencia cuando comentábamos el sometimiento de la creación de sociedades urbanísticas a un plan de ajuste.

6.2. Endeudamiento de las sociedades mercantiles urbanísticas.

Hemos de partir de la base que la sociedad municipal tiene vida independiente al ayuntamiento. Ello incluso es así cuando se trate de una sociedad privada municipal, pues, en esencia, una vez constituida, sólo está ligada a la corporación a través de la junta general, que está designada en la forma que determinen los estatutos aprobados por la propia corporación (cfr. Art. 85. ter LBRL), y a través del presupuesto general, pues sus estados de previsión de gastos e ingresos se integrarán en dicho presupuesto general. (cfr. Art. 164.1.c) TR de la LRHL). Como explica *la doctrina administrativista mayoritaria* esta

vida independiente “se traduce en que la sociedad ha de desarrollar su actividad con sus propios recursos, financiándose con el producto de dicha actividad”. Ello ya nos pone sobre aviso que, salvando las subvenciones (corrientes o de capital) que pueden otorgarse a la sociedad, el presupuesto municipal no financia sus gastos ni sus inversiones. En este marco, nada impide que la sociedad mercantil municipal, como cualquier otra sociedad, se procure ingresos vía el endeudamiento³⁸⁰, tema del que nos ocuparemos en el presente capítulo, donde estudiaremos las peculiaridades³⁸¹ que presenta el recurso al crédito de las sociedades mercantiles municipales. Antes que nada, sin embargo, conviene aclarar qué se entiende por endeudamiento de la sociedad mercantil municipal. A nuestro modo de ver, puede ser definido como toda operación de crédito por la que una sociedad mercantil municipal recibe una cantidad de dinero que se

³⁸⁰ PAGÈS I GALTÉS, J; *Fiscalidad de las sociedades municipales*; Marcial Pons, Barcelona, 2006, pág. 185; Por tanto, entendemos que el régimen de endeudamiento que contempla el TR de la LRHL se aplica a todas las sociedades mercantiles dependientes, lo cual implica tanto a las sociedades de capital íntegramente local, como a las sociedades mixtas que estén controladas por la Administración, ya sea en virtud de su participación mayoritaria en el capital social, ya sea en virtud de otros mecanismos capaces de determinar la política general de la sociedad mixta. Lo que acontece es que el legislador tan sólo considera aplicables algunas de sus prescripciones a las sociedades dependientes que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado, pero, a nuestro entender, ello no es óbice para interpretar que el resto de prescripciones les resultan aplicables. Aclarado esto, lo que más destaca es la amplitud con que se habilita a todas las sociedades dependientes para concertar operaciones de crédito a largo o a corto plazo y podrán conceder avales a sus contratistas de obras o servicios, e incluso, entendemos nosotros, a otras entidades o sociedades dependientes de su propia entidad local, así como a la misma entidad local de la que dependan. Para ello deberán seguir el procedimiento regulado por el legislador.

³⁸¹ La STS de 4 de diciembre de 2003 hace suya la argumentación de la STSJ de Andalucía de 29 de febrero de 2000 en un supuesto en que la sociedad privada municipal pretendía la aplicación del privilegio de no aportar fianza para suspender la ejecución de un acto tributario dictado por un ente público. Concretamente esta Sentencia dice que “al elegirse la forma societaria para la gestión, la Corporación local opta por la exclusión generalizada del Derecho administrativo, el funcionamiento de la sociedad se regula fundamentalmente por el Derecho privado, limitándose de responsabilidad de la Administración a la aportación social, mas aquella exclusión del Derecho administrativo implica no sólo la de las limitaciones propias que añade este Derecho por el control que incorpora, sino también, especialmente en estos supuestos, la exclusión de privilegios. No puede haber, pues, equiparación posible, y en la operación gravada, impuesto de sociedades, y las derivadas como sujeto tributario, se encuentra desprovista la citada sociedad, excepto en los supuestos que la norma establezca un régimen especial, de los privilegios que pudieran tener las Administraciones”.

obliga a devolver. Concepto que en un sentido estricto no engloba los avales de estas sociedades, pero que, dado que aquéllos pueden derivarse para éstas las obligaciones propias del prestatario, son susceptibles de sujetarse a un régimen jurídico de aprobación y autorización de cómputo en el nivel de endeudamiento similar al de las operaciones de crédito, y, por ende, también deben ser objeto de estudio en este apartado. Régimen jurídico que, por el contrario, no se aplica a los depósitos voluntarios o necesarios realizados por particulares u otros entes públicos, lo que, a su vez, motiva que queden fuera del presente estudio.

Por lo que se refiere al aspecto subjetivo, conviene recordar que a la hora de tratar el endeudamiento de las administraciones públicas, resulta preceptivo concretar hasta qué punto computa en la administración matriz el endeudamiento de sus entidades instrumentales, como son las sociedades mercantiles.

Sobre este particular, Ortiz Mallol ha puesto de relieve que “en numerosas ocasiones el origen mismo de la decisión de creación de la entidad instrumental no tiene otra explicación que de desplazar el endeudamiento³⁸² a un ámbito externo que no compute el de la administración matriz, y en el resto de las ocasiones, aunque el endeudamiento no haya sido la razón de la creación de la entidad instrumental, importa de manera muy fundamental a los responsables políticos de la administración matriz saber si la actividad económica que genera su ente instrumental computa a efectos de endeudamiento autorizado a aquélla”. Pues bien, a los efectos previstos en el Tratado según el art. 2 del protocolo aplicable en caso de déficit excesivo, se considera “público, lo perteneciente o relativo a las administraciones públicas”, entendiéndose por ellas “las unidades institucionales que producen, como función principal, servicios no mercantiles”. Por su parte, la definición de deuda relevante para la aplicación del proto-

³⁸² PAGÈS I GALTÉS,J; *Fiscalidad de las sociedades municipales*, Marcial Pons, 2006, pág.271; Uno de los límites para acudir al endeudamiento es el ahorro neto, preveyéndose normas específicas para calcularlo en el caso de sociedades mercantiles locales. Cuando el ahorro neto sea negativo, la operación de crédito estará sujeta a autorización. Si bien, cuando las operaciones sean efectuadas por sociedades mercantiles dependientes que se financien mayoritariamente con ingresos de mercado no les alcanzará este límite.

colo del déficit excesivo se halla en el reglamento 475/2000, de 28 de febrero, en el que se indica que “por público se entenderá lo perteneciente al sector administraciones públicas, con exclusión de las operaciones comerciales según se definen en el SEC-95”. Según Ballester, ello significa que el sector administraciones públicas abarca exclusivamente las unidades institucionales que producen, como función principal, servicios no mercantiles; esto es, las sociedades de servicio público *strictu sensu*. Además, se ha de tener en cuenta la vinculación de la sociedad con la entidad matriz. En este marco, se ha interpretado que “La inclusión en el ámbito de lo que se define como “sector de las administraciones públicas” se vertebra sobre la idea del “control” de la entidad –“unidad institucional”- por la administración pública. Se define el control como la “capacidad para determinar, en caso necesario, la política general de la sociedad mediante el nombramiento de los administradores apropiados” de tal forma que el Euroestar considera que no es la titularidad de la mitad más una de las acciones una condición necesaria, aunque sea suficiente para tener el control de la sociedad. Pero quedan excluidos a efectos de cómputo de endeudamiento las sociedades que reciben más del 50 por 100 de sus ingresos de fuentes distintas de los fondos públicos, o, en otras palabras, que las ventas cubran al menos, el 50 por 100 de los costes de producción. En todo caso, para que no compute como deuda la aportación de la administración matriz al ente instrumental es preciso que aquélla esté relacionada con el uso del servicio”, tal y como prevé la STJUE de 3 de octubre de 2000³⁸³. Las sociedades mercantiles únicamente tienen la consideración de sector público a efectos de la legislación general sobre estabilidad presupuestaría cuando sean dependientes, lo cual acontece.

³⁸³ BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A y BALLESTEROS FERNÁNDEZ, M, 2005, pág. 261; Dejamos apuntando que este criterio ha sido criticado por J. ORTIZ MALLOL, 2004, pág. 261. Este autor advierte que a efectos de endeudamiento quedan excluidas del concepto del sector público entidades instrumentales que, a pesar de recibir regularmente sus ingresos en más del 50 por 100 de fuentes distintas de los fondos públicos, tienen una clara dependencia con la entidad pública matriz. “Así, por ejemplo, no es extraño que las entidades instrumentales que tienen por objeto ejecutar la política de suelo y vivienda de las Administraciones Públicas, obtengan de su propio giro o tráfico recursos externos al presupuesto de la matriz que sean superiores a tal 50 por 100. El endeudamiento de estas entidades no computa –por ende- incrementando el de la matriz, sin perjuicio de que exista una clarísima relación de dependencia”.

Cuando su capital sea íntegramente público y cuando estando participadas por capital público, estén controladas por la administración, ya sea en virtud otros mecanismos capaces de determinar la política general de la sociedad. A nuestro modo de ver, este criterio resulta aplicable para determinar cuál es la administración pública de la que depende la sociedad cuando en su capital social participen una pluralidad de administraciones públicas. Dicho esto, conviene especificar que en todos estos casos de sociedades dependientes, su nivel de sujeción a legislación de estabilidad presupuestaria vendrá determinado por su régimen de financiación. Cuando se financien mayoritariamente con ingresos comerciales –precios privados- tan sólo se les aplicarán los principios generales de la LGEP y las normas que específicamente se refieran a ellas. En cambio, cuando, excepcionalmente, las sociedades dependientes se financien mayoritariamente con ingresos no comerciales –como son las tasas, los precios públicos y las transferencias y subvenciones públicas- creemos que se les aplicará la LGEP en su globalidad. El régimen de endeudamiento que contempla el TR de la LRHL se aplica a todas las sociedades mercantiles dependientes, lo cual implica tanto a las sociedades de capital íntegramente local, como a las sociedades mixtas de capital público y privado que estén controladas por la Administración local. Lo que acontece es que el legislador tan sólo considera aplicables algunas de sus prescripciones a las sociedades dependientes que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado, pero, a nuestro entender, ello no es óbice para interpretar que el resto de prescripciones les resultan aplicables. Las prescripciones del art. 49.1 TR de la LRHL sobre las operaciones de crédito a largo plazo únicamente resultan aplicables a las sociedades mercantiles dependientes que no se financian mayoritariamente con ingresos de mercado, lo cual significa que tales operaciones únicamente pueden tener por finalidad financiar inversiones o sustituir total o parcialmente operaciones de crédito preexistentes. En cambio, las sociedades mercantiles dependientes que se financien mayoritariamente con ingresos de mercado, no tan sólo podrán acudir al endeudamiento a largo plazo para financiar inversiones o sustituir total o parcialmente operaciones de crédito preexistentes, sino también para financiar operaciones

corrientes. Aun cuando resulta discutible, entendemos que las prescripciones del TR de la LRHL sobre las operaciones de crédito a corto plazo son aplicables a las sociedades mercantiles dependientes, sea cual sea su régimen de financiación. Ello determina que su finalidad debe girar en torno a las necesidades transitorias de tesorería, resultándoles aplicable la limitación del art. 51 d.

Aunque ya en varios capítulos del presente trabajo de investigación, hemos hecho referencia a ello, no está demás al aludir al concepto que la LRSAL 2013, realiza al concepto jurídico-económico de la necesidad de financiación. ¿Cómo debe interpretarse dicho concepto? En términos de contabilidad nacional (SEC2010) como capacidad de financiación negativa, en términos patrimoniales como necesidad de reequilibrio patrimonial por negativo o inferior a la mitad de capital social y por último en términos estrictamente financieros como necesidad de instrumentos que proporcionan solvencia o liquidez a la entidad. Dado que se conecta dicha situación con lo ya comentado en capítulos anteriores en relación a las aportaciones patrimoniales, lo más lógico sería pensar que la norma se está refiriendo al concepto de reequilibrio patrimonial y por tanto a todas las entidades que se encuentren en dicha situación. Pero a pesar de ello a nosotros nos queda el siguiente interrogante ¿Se refiere la norma exclusivamente aquellas entidades que tienen necesidad de financiación, es decir sectorizadas, como la administración pública y con capacidad de financiación negativa? La modificación de la normativa básica en materia económica por la LRSAL, ha supuesto a nivel económico una adecuación organizativa para un funcionamiento y mejora del control económico financiero en relación de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos locales, todo ello por la reciente modificación del artículo 135 de la Constitución Española, y su desarrollo mediante Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que han tenido su reflejo en la ya comentada disposición adicional 9ª de la Ley 27/2013, que afecta al redimensionamiento del sector público instrumental.

6.3. El coste efectivo de los servicios.

La Ley 27/2013 señala que el “menor coste efectivo”, concepto que explicaremos a lo largo del presente apartado, constituye el eje medular sobre el que se articula en buena medida el sistema competencial. Únicamente si los municipios menores de 20.000 habitantes acreditan que pueden prestar el servicio a menor coste que la fórmula propuesta por la diputación, podrán recuperar el ejercicio competencial. Y en lo que concierne a la generalidad de los municipios, la detección por parte de la diputación de que los prestan a un coste mayor, no solo le habilita para ofrecer “su colaboración para una gestión coordinada más eficiente de los servicios” (art.36.1 h), sino que además le permite ejercer una genuina competencia de coordinación en sentido estricto, en cuanto le faculta para incluir “en el plan provincial fórmulas de prestación unificada o supramunicipal para reducir sus costes efectivos”(art.36.2^a). De ahí que el cálculo de dichos costes y la exigencia de informar sobre los mismos se erija en una obligación permanente para las entidades locales tras la reforma: “Todas las entidades locales³⁸⁴ – dice el primer apartado del art. 116 ter LRBRL- calcularán antes del 1 de noviembre de cada año el coste efectivo de los servicios que prestan, partiendo de los datos contenidos en la liquidación del presupuesto general y, en su caso, de las cuentas anuales aprobadas de las entidades vinculadas o dependientes, correspondiente al ejercicio anterior”. Será una orden del ministerio de hacienda y administraciones públicas la que desarrolle los criterios de cálculo de dicho coste (segundo apartado del art. 116 ter LRBRL). Y, en fin, “todas las entidades locales comunicarán los costes efectivos de cada uno de los servicios al ministerio de hacienda y administraciones públicas para su publicación” (art. 116 ter. 3 LRBRL). Esta noción de “coste efectivo” es en realidad trasunto del “coste estándar”; concepto este último que, ante las objeciones en torno a su constitucionalidad, formuladas en el dictamen del consejo

³⁸⁴ Sobre esta competencia estatal y la necesaria participación de las CCAA en su gestión, véase MEDINA GUERRERO,M; “Asistencia y cooperación económica a los municipios” Anuncio del Gobierno Local 2011, Fundación Democracia y Gobierno Local/IDP, Madrid/Barcelona, 2012, pág. 185 y ss.

de Estado, sería sustituido por el gobierno introduciendo las correspondientes correcciones en el proyecto presentado a la mesa del Congreso de los Diputados. Sin embargo, a poco que se reflexione, muy probablemente se llegará a la conclusión de las diferencias entre ambas categorías apenas van allá del mero cambio semántico, puesto que el nuevo punto de referencia (coste efectivo) en modo alguno matiza o suaviza las consecuencias lesivas de la autonomía que el primero implicaba. En puridad, el “menor coste efectivo” es un nuevo “coste estándar”, pero difuso y asimétrico. Si en la versión del anteproyecto habría un solo “coste estándar” se determinará a escala provincial o insular, pues su nivel lo marca el coste efectivo de la forma de prestación de los servicios prestados o coordinados por la diputación o entidad equivalente. En definitiva, la autonomía en la vertiente del gasto de los entes territoriales comprende la “capacidad para disponer libremente de sus recursos financiero, asignándolos a los fines mediante programas de gasto elaborados según sus propias prioridades”, lo que entraña que son libres no sólo “en cuanto a la fijación del destino y orientación del gasto público”, sino también “para la cuantificación y distribución del mismo dentro del marco de sus competencias” (SSTC 13/1992, FJ 7º y 68/1996, FJ 10º). Sencillamente, es inherente a la noción constitucional de autonomía priorizar entre los diversos servicios públicos y, por tanto, optar por incrementar el nivel de prestación de aquellos que el ente autónomo considere pertinente, en función de las concretas condiciones socioeconómicas del municipio o de las propias demandas de los vecinos. Así lo expresaría con total nitidez el consejo de Estado al abordar el examen de la función del “coste estándar” en el anteproyecto: la autonomía “lleva implícita la capacidad de cada municipio de adoptar las decisiones que estime oportunas para la configuración de su sistema de prestación de servicios y la definición de los estándares de calidad de los servicios, así como la de calcular y distribuir los costes³⁸⁵ inherentes a tal prestación. Por ello, exigir que cada servicio se preste sin rebasar un

³⁸⁵ Para más detalles, véase MEDINA GUERRERO, M; “El Estatuto Autonómico en tiempos de disciplina fiscal”, REDC, núm. 98, 2013, pág. 138 y ss. Asimismo, CARRASCO DURÁN, M; “Estabilidad presupuestaria y CCAA”, Revista d’Estudis Autònòmics i Federals, núm. 18, 2013.

determinado umbral (coste estándar) y someterlo a una evaluación orientada a determinar que no hay alternativas menos costosas desde el punto de vista de economías de escala puede perturbar el sistema de atribución competencial e interferir en la autonomía municipal de tal modo que su efectividad quede precarizada como consecuencia de estar permanentemente sometida a cuestión, cuando no diluida o seriamente comprometida”. Esta valoración del dictamen del consejo de Estado es claramente aplicable a la Ley 27/2013. El criterio del “coste efectivo” puede, sí, obviamente, ser un criterio a utilizar por el nivel de gobierno responsable de garantizar la suficiencia financiera municipal, al objeto de dotarles de un montante de recursos “mínimo” que asegure un nivel estándar de prestación de los servicios. Pero siempre en el bien entendido de que ese “mínimo” puede ser mejorado por el municipio recurriendo a la reasignación de los recursos entre los diversos servicios o a las fuentes de financiación propias. Determinar qué coste va a asignarse a cada uno de los servicios constituye, inequívocamente, una decisión política consustancial a un ente dotado de autonomía. De ahí, también, que la jurisprudencia constitucional haya subrayado que la autonomía local protegida por la Constitución se proyecta igualmente a la vertiente de los ingresos. Así viene declarándolo expresamente el Tribunal Constitucional desde la STC 19/1987, al afirmar que la autonomía de los entes locales se traduce en que “estos habrán de contar con tributos propios y sobre los mismos deberá la ley reconocerles una intervención sobre su establecimiento o en su exigencia” (FJ 4; asimismo, SSTC 221/1992, FJ 8 y 233/1999, FFJJ 10b) y 18). Y es por mandato directo de la Constitución por lo que los municipios han de tener cierta capacidad decisoria sobre el volumen de la recaudación de los impuestos locales: “la intervención de los Municipios en la ordenación de sus propios recursos tributarios, especialmente en la fijación del *quantum* de dichas prestaciones, viene exigida por los artículos 133 y 142 CE” (STC 233/1999, FJ 19 C)). Y concretando un poco más, en esta misma STC 233/1999 se afirma que “la potestad de fijar la cuota o el tipo de sus propios tributos dentro de los límites de la ley es uno de los elementos indiscutiblemente definidores de la autonomía local” (FJ 26). Por consiguiente, la autonomía

de ingresos de la que gozan los municipios en virtud de la Constitución se explica, precisamente, por esta posibilidad que han de tener de elevar el nivel de prestación de los servicios si lo estiman pertinente, recurriendo al incremento de la presión fiscal para obtener los recursos adicionales. Es todo esta arquitectura constitucional diseñada en torno a la autonomía local (y que se plasma en la articulación entre libertad en la prestación de servicios/asignación de gastos/obtención de recursos) la que resulta desmantelada en la Ley 27/2013. Si se pretende llevar el coste efectivo del servicio prestado por un municipio al nivel menor alcanzado por la fórmula de gestión promovida por la diputación, deberá procurarse la anuencia del correspondiente municipio, ofreciendo aquélla su *colaboración* para una gestión coordinada, como prevé el art. 36.1 h) LRBRL. En la medida en que los artículos 26.2 y 36.2 a) LRBRL se interpreten como habilitaciones a las diputaciones para que impongan obligatoriamente la forma de prestación del servicio por razones de coste efectivo, son inconstitucionales por vulnerar la autonomía local.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- A lo largo del presente trabajo de investigación, ha quedado claro que es muy importante determinar al inicio de la creación de las sociedades municipales urbanísticas, la razón y finalidad de su constitución dotándolas de suficiente infraestructura para llevar a cabo las actividades materiales encomendadas, siempre bajo los principios de eficacia y eficiencia inspiradas en el concepto de interés general. Debemos señalar que hoy por hoy, no existe un concepto ni legal ni dogmático de sociedad mercantil municipal. Se trata de una expresión que comprende una pluralidad de acepciones cuya única nota en común estriba en que, se trata de sociedades participadas por un ayuntamiento o por una personificación del mismo, el control de la sociedad es ejercido por aquellos, ya sea en virtud de una participación mayoritaria en el capital social, ya sea en virtud de otros mecanismos capaces de determinar la dirección de la política general de la sociedad. En este trabajo, hemos utilizado la expresión “sociedad mercantil municipal” en este concepto global. Sin embargo, en multitud de ocasiones resulta imprescindible discriminar entre las distintas acepciones de esta expresión. Por ello es conveniente dotarnos de una clarificación que facilite la interpretación de la vigente normativa.

SEGUNDA.- Las sociedades mercantiles de capital íntegramente público, constituyen una modalidad de gestión directa de servicio público, y tienen como limitación importante los actos investidos de « auctoritas », que están reservados a las administraciones territoriales, en nuestro caso a los consistorios. La actual crisis económica, ha puesto de relieve la actual existencia de una proliferación de entidades instrumentales especialmente en el campo del urbanismo. Ello se ha hecho comprobando precisamente, que los poderes públicos se hayan replanteado sí la administración local se encuentra sobredimensionada y con multitud de duplicidades. Por ello recientemente, se aprobó hace escasa-

mente un año, la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración del sector local en el que se plantea un control exhaustivo en la creación de entidades instrumentales, y en la limitación de la actividad cotidiana de las mismas, potenciando la figura del interventor y secretario municipal, como elementos de control interno (a priori), ya que muchas sociedades urbanísticas se han convertido en un pozo de endeudamiento sin fondo para las entidades locales, no pudiendo ser controladas de manera exhaustivas, por el tribunal de cuentas que siempre es un control, a (posteriori) y quizá menos eficaz que la función del interventor municipal, respecto a las cuentas públicas del consistorio.

TERCERA.- Las sociedades mercantiles locales urbanísticas, no suponen ninguna mejora en la gestión urbanística derivada de las encomiendas de gestión que pueda realizar la administración matriz. Las mismas no están dotadas ni preparadas, para tramitar y elevar a aprobación a los órganos administrativos competentes, los instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, proyectos de dotación de servicios, así como obtener mejor éxito en los resultados respecto a los instrumentos de ejecución de planeamiento tramitados por las gerencias de urbanismo, como organismos autónomos. Una problemática singular que presenta las sociedades municipales urbanísticas es precisamente, como hemos explicado a lo largo de la tesis doctoral, la tramitación de actividades materiales o técnicas de carácter preparatorio de decisiones administrativas. Desde nuestro punto de vista cabe aceptarlo siempre y cuando se instrumenten medidas de control para garantizar la objetividad en el servicio del interés y sometimiento pleno al ordenamiento, como, por ejemplo, puede ser arbitrar que el órgano administrativo competente consigne nota razonada de conformidad o disconformidad sobre la actuación de la sociedad municipal, asumiendo, en todo caso, tal titular la responsabilidad de esta actuación. Otra problemática singular presenta la posibilidad de que la sociedad municipal (privada o mixta) se ocupe de practicar notificaciones. Desde nuestro punto de vista,

este modo de proceder puede ser útil al principio de eficacia siempre y cuando la administración sea consciente de que en la medida que el personal de la sociedad no es funcionario, tampoco goza de la presunción de veracidad, cosa por la cual, en aras al principio de que la carga de la prueba compete al notificador, conviene que se adopten determinadas medidas tendentes a asegurar la prueba de que la notificación se ha verificado legalmente.

CUARTA.- Desde la Unión Europea, se nos recuerda la importancia de la transparencia que deben tener las sociedades municipales urbanísticas en su contabilidad, presupuesto y sobre todo en el régimen de contratación. La importancia de la administración instrumental no es otra que el haber introducido como normal en la gestión directa de la administración, tanto estatal, autonómica, como local, formas más flexibles de actuar, regidas en algunos casos y en ocasiones en parte por el derecho privado, pero que en cuanto han sufrido un crecimiento y abuso desmesurado están chocando con el propio derecho europeo, pues suponen una evasión, principalmente, de las normas sobre contratación y de las garantías a los ciudadanos de que la administración está, con esta administración institucional, optando por la forma de gestión más eficaz - dentro la autonomía de la administración- a través de procedimientos transparentes y no discriminatorios.

QUINTA.- Con el texto refundido de la ley de contratos del sector público (TRLCSP) 2011, ha generado un importante cambio en el derecho administrativo general y en particular en la contratación, porque amplía el concepto del ámbito subjetivo del sector público que queda sujeto a la ley para incrementar ciertas garantías entre los licitadores y la ciudadanía en general. Creemos que realmente todos estos cambios en el régimen contractual de estas sociedades, se deben principalmente a las exigencias del derecho comunitario y especialmente a la confusión, que desde nuestro punto de vista traía a colación el análisis de la

redacción de la disposición adicional sexta de la ley de contratos del 2000, en la que argumentaba que las sociedades mercantiles se someterán en materia de contratación a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios. Desde nuestra opinión, creo que la incompatibilidad con los principios era un concepto jurídico indeterminado, que generaba inseguridad jurídica y que daba pie a numerosas interpretaciones jurisprudenciales. Hemos de señalar, que ya desde los tribunales de justicia europeos y de sus directivas, se habían pronunciado expresamente a través de la jurisprudencia comunitaria en sentencias de 15 y 22 de mayo y 16 de octubre de 2003, que en el estado español había incumplido claramente la normativa contractual. Así, la justicia europea determino claramente que España, incumplía claramente en materia de contratación. En primer lugar, en excluir a entidades de derecho privado, participadas por administraciones públicas, como son las sociedades municipales urbanísticas, y que formaban parte del sector público del ámbito de la aplicación total de las normas vigentes de contratación pública. En segundo lugar queremos señalar que la condición actual de las sociedades mercantiles como poderes adjudicadores que no son administración pública y que valoran su actividad prestacional a través de la actividad realmente realizada, es un criterio que cumple esencialmente con las perspectivas de mejor eficiencia y eficacia en el sector público instrumental, siguiendo la estela del derecho comunitario europeo, y bajo los principios de publicidad, concurrencia y transparencia, que servirán de criterios orientadores, directamente aplicables en función del tipo de contrato público y por su puesto de su cuantía.

SEXTA.- Las sociedades mercantiles locales de carácter mixto constituidas por empresas de capital público y socios privados, se presentaban como una solución alternativa, a la prestación directa por parte de las sociedades de capital íntegramente público, sin embargo nuestra interpretación es mucho más restrictiva, desde la aprobación de la LRSAL de 27 de diciembre de 2013, en re-

ferencia a las taxativas restricciones que la misma realiza a la creación de entidades de segundo nivel, en las que nos atrevemos a incluir a las sociedades urbanísticas mixtas. Dichas sociedades que hasta ahora en el campo del urbanismo habían desarrollado una gestión bastante opaca, en tiempo de crisis no ha sido del todo descabellado apostar por un sistema de gestión indirecta a través de las empresas mixtas, ya que es el socio privado el que gestiona el urbanismo, porque es el único que tiene recursos técnicos y económicos. Sin embargo aunque por su especial constitución hubieran podido suponer un alivio para la crisis del urbanismo, especialmente para el debilitado ámbito local, no lo han conseguido debido a las especiales peculiaridades, harto complicadas de su sistema de contratación pública, especialmente en la elección del socio privado y en la gestión cotidiana de la empresa. No han sido en la práctica las sociedades mixtas todo lo ágiles que se les presuponía, aunque en la época de crisis económica en la que todavía estamos inmersos no estamos totalmente en desacuerdo en apostar por esa colaboración público-privada para agilizar el urbanismo y por supuesto para llegar a una actuación pública más eficiente, en la reestructuración del sector público-local, siguiendo los criterios provenientes de Europa. Se trata en definitiva de ver en las sociedades de economía mixta urbanísticas un poderoso instrumento de gran utilidad por sus mayores posibilidades de gestión sobre la actuación pública directa –aún cuando la participación privada no fuese significativa o no comportase ventajas en la financiación y régimen económico de las operaciones a emprender-. Si la participación privada añade a la flexibilidad del instrumento una mayor capacidad financiera, parece justificada -dentro del esfuerzo señalado tendente a encontrar nuevos instrumentos que amplíen la capacidad de actuación urbanística- la elección de la fórmula para explorar sus verdaderas posibilidades dentro del marco jurídico y financiero español.

SEPTIMA.- La LRSAL de 27/2013 de en su art. 25.2-A, señala que el municipio ejercerá en todo caso, como competencias propias, en los términos de la

legislación del Estado y de las CCAA en urbanismo en las siguientes materias: Planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Promoción y gestión de la vivienda de protección oficial con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación. Como vemos en la LRSAL de 27/2013 se especifica mucho más que antes de la reforma cuales son las competencias urbanísticas de los municipios, y por ende las que pueden realizar las sociedades mercantiles urbanísticas de capital íntegramente público como sistema de gestión directa del servicio público como es el urbanismo. Por ello, y conectando con lo manifestado en el art. 25 2ºA de la LRSAL creemos que el futuro de las sociedades municipales dado su amplio objeto social debe enfocarse bajo los auspicios de la Ley 8/2013 de 26 de junio de rehabilitación, regeneración y renovación urbana. Con la crisis económica actual, es difícil que las sociedades urbanísticas puedan llevar adelante gestión urbanística “*strictu sensu*” con las pocas juntas de compensación que hoy en día están aún en funcionamiento, así como cualquier otro elemento derivado de la gestión urbanística. Tampoco las sociedades mercantiles urbanísticas, han sido durante los últimos tiempos instrumento ideal para la construcción de obra nueva o de viviendas libres, pero sí creemos importante enfocar el futuro de dichas empresas en la rehabilitación de viviendas, tal y como he señalado en el capítulo tercero del presente trabajo de investigación, ya que el artículo 3 del RD 1169/1978 ya señalaba la rehabilitación de vivienda como posible objeto de gestión de las sociedades urbanísticas. En la actualidad debe enfocarse el futuro de las mismas en la rehabilitación de la vivienda y regeneración de cascos urbanos, todo ello de conformidad con los criterios innovadores de la Ley de las “3 R”.

OCTAVA.- A lo largo del presente trabajo de investigación, queremos recordar, los conceptos analizados en el capítulo primero de la Real Academia de la Lengua Española, como son los conceptos de restructuración y de redimensionamiento, del sector público instrumental local. Profundizando en la LRSAL 27/2013 de 27 de diciembre de 2013, nos volvemos a replantear que es redi-

mencionar el sector público local, ya que hemos estudiado conceptos como la prohibición de crear nuevas entidades, la prohibición de saneamiento de entidades existentes, la obligación de disolución de entidades en desequilibrio financiero, así como la prohibición de crear entes de segundo grado y la obligación de su disolución dependiendo de su plan de saneamiento. Por ello llegamos a la conclusión, de que el objetivo actual del legislador, es redimensionar el sector público instrumental no reestructurarlo. Por lo tanto concluimos de manera negativa en la regulación que de las mismas contempla LRSAL de 27/2013, forzando la disolución de entidades existentes e instaurando como norma general la prohibición de creación de nuevas entidades, por ajustes presupuestarios. No nos parece coherente con la política administrativa de agilización del derecho administrativo bajo los auspicios del interés público provenientes del derecho europeo, así como los motivos sociales, que parecen ignorarse pero que han servido de base para la creación de muchas sociedades urbanísticas en nuestro país. La reforma de la LRBRL se ha inclinado claramente por desincentivar que los entes locales presten los servicios a través de sus propios entes empresariales. En esta línea, el nuevo art. 85.2 LRBRL establece que, para la gestión de los servicios, solo podrá recurrirse a entidades públicas empresariales locales o a sociedades mercantiles locales “cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes” que la gestión por la propia entidad local o por organismo autónomo local, “para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica.

NOVENA.- La abundante jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas, en el ámbito de aplicación subjetivo de la ley, incorpora el concepto de poder adjudicador para suavizar y conceptualizar toda la normativa comunitaria en materia de contratación pública. Siguiendo la ley de contratos del sector público, son poderes adjudicadores aquellos entes, entidades u organismos que no tengan la consideración de administración pública y hayan

sido creados para satisfacer necesidades de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil. A estos efectos aquellos entes del sector público que a pesar de no ser administración pública, tengan como objetivo responder a necesidades de interés general, tendrán la consideración de poder adjudicador y les resulta de aplicación respecto a su régimen de contratación la nueva LCSP, que determinará cuáles son las normas que habrán de regir en función de la actividad realmente realizada y de la cuantía-tipo de contrato, todo respetando los principios básicos de contratación pública, a saber, igualdad, libre concurrencia, publicidad y no-discriminación. Así, la LCSP distingue tres tipos de sujetos de contratación: aquellos que tienen la consideración de administración pública, y por lo tanto son poder adjudicador, los entes que no tienen la consideración de administración pública, pero tienen la consideración de poder adjudicador y finalmente aquellos organismos que forman parte del sector público, pero no son poder adjudicador. Todos los organismos que forman parte del sector público, aunque no tengan la consideración de administración pública, les resulta de aplicación la LCSP, ya que la misma ley en función de diversos criterios, entre los cuales se encuentra la fórmula jurídica del sujeto contratante, modulará el grado de exigencia y requisitos procedimentales de contratación a seguir. Por tanto cabe destacar que todas las administraciones públicas son poderes adjudicadores pero no todos los poderes adjudicadores son administración pública. Respecto a las sociedades mercantiles locales, pasan a ser consideradas, poder adjudicador según la definición de la LCSP y la opinión de diferentes informes emitidos por las juntas consultivas de contratación, a razón de consultas formuladas por diferentes entes locales. La relevancia de este hecho, viene dada por el hecho que la sujeción actual de estas sociedades a la LCSP, es más fuerte que con la normativa anterior.

DECIMA.- Las especiales posiciones de las sociedades municipales urbanísticas en el mercado inmobiliario tienen un claro reconocimiento legal, como hemos podido comprobar a lo largo del presente trabajo de investigación. Se trata

de una serie de especialidades que derivan de su inmediata relación que liga a las mismas con la administración matriz, en este caso las entidades locales, criterios ya analizados como ayudas estatales, ventajas competitivas ó subvenciones cruzadas, que conllevan inevitablemente a señalar que la existencia de estas especialidades pueden vulnerar el derecho de la competencia, como hemos explicado de manera detallada en el capítulo tercero. Sin embargo llegamos a la conclusión que esas desigualdades jurídicas provenientes de las relaciones entre administración matriz y ente instrumental pueden considerarse objetivas y racionales. Por tanto las medidas desigualatorias estarían justificadas en la medida en que cumplan con los derechos y objetivos constitucionales, que forman parte de los principios rectores de la política social y económica. Sí esa afirmación fuese del todo correcta y objetiva, bastaría desde nuestro punto de vista que las sociedades municipales urbanísticas argumentasen que su actividad esta genéricamente encaminada a la satisfacción de los principios rectores de la política social y económica como es la vivienda, derivada del artículo 47 de nuestra Carta Magna. Por lo tanto la razonabilidad, objetividad y proporcionalidad por si solas no justifican las especiales posiciones que conservan las sociedades urbanísticas en el mercado sino que debemos profundizar mucho más delimitando con más precisión que actividades pueden llevar a cabo, además de encaminarse a intentar dar satisfacción al derecho a una vivienda digna y adecuada, para argumentar y justificar las especiales posiciones que mantienen en el mercado respecto a la iniciativa privada.

BIBLIOGRAFÍA

ABAGAR SANTOS, A.: “Contratación in house. La eficiencia en el empleo de medios propios”. En el Consultor de los Ayuntamientos, núm. 12, 30 de junio 2008.

ABRAMONTE, G.B; “Cross-subsidisation and Community competition rules: efficient pricing versus equity?”. European Law Review nº23, 1998.

ALBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Ed. Aguilar, Madrid 1960.

ALCOVER GARAU, G; “Aproximación al régimen jurídico de las Sociedades de capital local”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 134, 1994.

ALONSO GARCÍA, R; “El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución española”, en RAR núm. 100-102 1983, vol.I.

ALONSO RIESGO, M.D. y FERNÁNDEZ GANCEDO, L; “Preceptos de la Ley de Economía Sostenible, de 4 de marzo de 2011 (BOE 05-03-2011) que afectan en el ámbito de la Administración Local”, *En el Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 11, 2011.

ALONSO UREBA, A., “*La sociedad mercantil como forma de gestión de los servicios locales*”, Tratado derecho municipal. Madrid. Civitas, 1988.

ARAGON ROMAN, A.: “La contratación de las sociedades mercantiles locales. Conceptos y claves”. En el Consultor de los Ayuntamientos, núms. 15-16, 2012,

ARAGONÉS BELTRAN, E., “La organización económica de los entes locales en la ley de medidas para la modernización del gobierno local”, Cuadernos de Derecho Local núm 5, 2004.

ARANA GARCÍA, E.- “Un tema recurrente: el control de la iniciativa pública local en la actividad económica”, en *Poder Judicial*, núm. 38 1995.

- *Las sociedades municipales de gestión urbanística*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997.

ARGUILLOL MORGADAS, E., “Notas sobre el Régimen jurídico de los equipamientos”, en RDU, núm. 1983.

ARIAS VELASCO, J., «Informe sobre la tributación de las empresas públicas por impuesto de sociedades», en *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 84, 1994.

ARIÑO ORTIZ, G., “Constitución, modelo económico y nacionalizaciones”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1983.

-“De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? Quizás ambas cosas”, en *RAP*, núm. 138 1995.

-“Política y Patrimonios Públicos del suelo”, en la obra colectiva dirigida por J.M. BOQUERA OLIVER, *Derecho Urbanístico Local*, Madrid, Civitas, 1992.

-“Propiedad, libertad y empresas” en *La empresa en la Constitución española*, Pamplona, Aranzadi, 1989.

-*Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 1993.

-Prólogo a la obra *Estudios prácticos sobre contratación local*, de J. SÁNCHEZ ISAC, Madrid, Civitas, 1990.

-*¿Privatizar al Estado? Un retroceso en el camino de la historia, o la antítesis del Estado de Derecho*, Estudios sobre economía pública, Fundación BBV, mayo de 1994.

ARIÑO ORTIZ, G.; DE LA CUÉTARA, J.M., y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., *El nuevo servicio público*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

ARNAL SURÍA, S; *El Impuesto sobre Bienes Inmuebles*, Pb. Abella, Madrid, 1991

-*Comentarios al Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas locales*, El Consultor, Madrid, 2005.

-*Manual de presupuestos y contabilidad de las Corporaciones locales*, Pb. Abella, Madrid, 1995.

ARYMANY LAMOGILIA, E: “La apertura al mercado de los encargos de ejecución de obras de urbanización conferidos directamente a sociedades del sector público: crónica del caso “*Centro de ocio de la ciudad de Roanne*”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 133, año 2007.

ASIS ROIG DE, A (*dir.*), *Legislación del suelo: análisis comparativo. Incidencia de la STC 61/1997*, Madrid, La Ley, 1997.

BAENA DE ALCÁZAR, Administración Central y Administración institucional en el Derecho español, Madrid, 1976.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A; “La aplicación de la LCA por los entes locales”, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados nº17, 1995.

BANDRÉS MOLINE, E: “La privatización de las empresas públicas: un enfoque normativo”, en VELARDE, GARCIA DELGADO Y PEDREÑO (dirs.). *El estado en la economía española*, Madrid, 1994.

BAÑO LEÓN, J.M; “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas”, RAP nº151, 2000.

BAREA TEJEIRO, J Y CORONA RAMÓN J.F; “La Reforma de la empresa pública”. *Documentos de Trabajo de la FIES*, CECA, núm. 121, 1996.

BARQUERO ESTEVAN; J.M; “La organización de las Administraciones locales para el ejercicio de sus competencias de gestión tributaria”, en Revista de Estudios de Administración local y Autonomía, núm. 276, 1998.

BASSOLS COMA, M; *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español*, Montecorvo, Madrid, 1973.

-“Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público”, en RAP, núm. 82, 1977.

BAUZÁ MARTORELL, F.J: *La desadministración pública*, Barcelona-Madrid, Marcial Pons-Consell de Mallorca, 2001.

BAYONA I ROCAMORA, A; y compañeros; *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2005.

BLANQUER, D., Derecho Administrativo vol. II: Los sujetos, la actividad y los principios.

BEESLEY y LITTLECHILD,; “The Regulation of Privatized Monopolies in the United Kingdom”, en *Rand Journal of Economics*, núm. 20, 1989.

BEL I QUERALT, “Privatización en España, OPAS vs premio bursátil ¿Aprendimos algo de la experiencia británica?”, en *Hacienda Pública*, núm. 144, 1998.

-“Privatización y desregulación: cuándo la liberalización no basta para aumentar la competencia”, en BEL I QUERALT (dir), *Privatización, desregularización y ¿competencia?*, Madrid, 1996.

BELLAMY, C Y CHILD, G; *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, en Enric PIGAÑOL (trad.), Madrid. 1992.

BELLOUBET-FRIER. “Privatisations el Droit public”, en REDP, 1994 (suplemento).

BELTRAN Y DE CARDENAS SMITH, “Obligación de información del órgano de administración de la sociedad afectada y limitaciones a su actuación durante una OPA”, en RDBB, núm. 46, 1992.

BERCOVITZ., “Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE”, en GARCIA DE ENTERRIA, GONZALEZ CAMPOS y MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Tratado de Derecho comunitario*, vol. II. Madrid, 1986.

BERKENBROCK, C. *Das herrschende Unternehmen als falsus procurator del abhängigen Gesellschaft*, Die Aktiengesellschaft n.º.26, 1981.

BERMEJO VERA, J; “El interés general como parámetro de la jurisprudencia constitucional”, en Revista Vasca de Administración Pública, núm.10.

BERNAL BLAY, M.A., “Acerca de la transposición de las directivas comunitarias sobre contratación pública”, Revista de Administración Pública, núm. 168, septiembre-diciembre de 2005.

-“Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del art. 3.1. letra D), del TRLCAP”, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 129, enero-marzo 2006.

BETANCOR RODRIGUEZ., A; “Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa”, en DA núm. 246-247, 1997

- “Entidades públicas empresariales”, La Administración independiente, Madrid, 1994.

BLANCA BLANQUER, M. *En derecho urbanístico actual*, vol. II, Montecorvo, Madrid, 1993.

BLANQUER CRIADO, D; *Los sujetos la actividad y los principios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

BLASCO ESTEVE, A; *El Derecho público de la crisis económica, transparencia y sector público, hacia un nuevo derecho administrativo*, INAP, Palma de Mallorca, 2011.

-*Derecho Local de las Islas Baleares*; Ed. IUSTEL, Madrid., 2014.

BOCANEGRA SIERRA, R., “Las sociedades urbanísticas: problemas jurídicas”, *Revista Jurídica de Asturias*. Núm. 15, 1992.

BOQUERA OLIVER, J.M; *El Patrimonio Municipal del Suelo*”, en *Problemas del Urbanismo Actual*, Ed. IEAL, Madrid, 1967.

BORRAJO INIESTA,J: *El intento de huir del Derecho administrativo*, REDA, 2011.

BOTO, A; *El enigma de la descentralización funcional, La utilidad de otros modelos en la reforma de la Administración española*. Ed. ERASMUS, Barcelona, 2013.

BUESO GIRAO, E., “las sociedades mixtas urbanísticas locales tras la comunicación de la comisión Europea”. 2008. *Revista de la Asociación Española de promotores público de viviendas y suelo*. (Boletín).

CACHÓN BLANCO, J.E., *Los contratos de dirección, colocación, aseguramiento y asesoramiento de emisiones y ofertas públicas*, Cuadernos de derecho y comercio, Madrid, 1996.

CALVO CARAVACA, A, “Reflexiones en torno al concepto y funciones del Derecho de la competencia”, *Gaceta jurídica de la CEE y de la competencia*, Boletín 85, 1993.

CANDELA TALAVERO, L.E.; “La gestión directa de los servicios públicos y la huida del Derecho administrativo: especial referencia en la Administración Local”, *Revista de Estudios Locales*, Cunal, nº137 (febrero 2011).

CANDELARIO MACIAS, “Aproximación al derecho de representación de la minoría en la sociedad bursátil” en *RdS*, núm. 16.2001.

CANO CAMPOS, T; *La actividad de las administraciones públicas*; Vol. II, Iustel, 2009,

CARBONELL PORRAS, “Algunas reflexiones sobre la empresa pública como concesionaria de servicios públicos: régimen de responsabilidad”, en *Administración Instrumental*, t. II, *Homenaje a ClaveroArévalo*, Madrid, 1995.

CARCELLER FERNÁNDEZ, A ; *la Gerencia municipal de urbanismo como organismo autónomo local*, en el libro-homenaje al profesor J.L. Villar Palasí, Civitas, Madrid, 1989.

CARREAU Y TREUHOLD, “Privatisations, droit, boursier et pratiques des marchés” en *Rev. des. Soc.*, num. 1, 1994.

CARREU Y MARTIN, “La reforme du regimen juridique des forres publiques”, en *Rev. des.Soc.* núm. 3, 1992.

CASTELAO RODRÍGUEZ, J; *Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas*, LA LEY, Madrid.2013.

CASSESE, S., *La globalización jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

-*Les services publics en Italie*, en Europe, concurrence et service public, Masson, Paris, 1995.

CHINCHILLA MARÍN, C; *Servicio Público ¿Crisis o renovación?*, Régimen jurídico de los servicios públicos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

CHOLBI CACHA, F.A. ; “Breves reflexiones sobre los tipos de control de la actividad económico financiera del sector público y su encaje con la actual regulación del control interno de las entidades locales “, www.elderecho.com, 2010.

CHOROT NOGALES, F, “Administraciones especiales territoriales“, en *Revista de Derecho Urbanístico*, 1978.

CIDONCHA, A ; *La libertad de empresa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

COMÍN Y MARTÍN ACEÑA, *La empresa pública en la historia de España*,

CORELLA MONEDERO, J.M ; *Las Sociedades mercantiles y el Sistema de expropiación. Conferencia pronunciada en las VI Jornadas de Derecho Urbanístico de la Costa del Sol, celebradas en Torremolinos (Malága), en abril de 1989, y publicada en el libro La legislación de las Comunidades Autónomas*

en materia de Urbanismo, Termas de Administración Local, Granada, CEMCI-INAP, 1990.

CORRAL GARCIA, E. y LOPEZ PELLICER, J.A. : *Reglamento de bienes de las Entidades locales*, 2º Ed. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2001.

COSCUYUELA MONTANER, L., “ Teoría general de la gestión urbanística “. Madrid. Montecorvo. 1973.

COSTAS, A; “Desregularización y privatización en la economía europea actual: motivaciones, resultados y enseñanzas”, en *Economistas*, núm. 63, 1995.

CUERVO GARCIA, A; “Las empresas públicas. Razones que explican su ineficiencia y privatización”, en *Economistas*, Civitas, núm 75. 1997.

DE AHUMADA RAMOS, F.J., “Régimen de la imputación de los actos de las entidades instrumentales dependientes o vinculadas a las administraciones públicas territoriales y consecuencias jurídicas”. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 2007.

DE CASTRO, F; “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor”, *Anuncio de Derecho Civil*, vol. 35, núm.4, (1982).

DE JUAN ASENSIO, O; *La Constitución económica española. Iniciativa económica pública versus iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

DE LA CUÉTARA, J.M., *La actividad de la administración*, TECNOS S.A., Madrid, 1983.

DE LA GUARDIA PEREZ-HERNANDEZ, C., *Criterios para la elección de la modalidad gestora de urbanismo*. Madrid. 1994.

DE MARCOS FERNÁNDEZ, A: “Contratación local”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm.6, 2012.

DELGADO BARRIO, J; *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*. Civitas, Madrid, 1991.

DELGADO PIQUERAS, F; *Novedades del régimen básico de los Patrimonios Públicos de Suelo*, *El Derecho Urbanístico del siglo XXI*, Libro homenaje

al profesor Martín Bassols Coma, Urbanismo y Vivienda, Ed. Reus, S.A, Madrid, 2008.

DÍAZ LEMA, J.M; “El Patrimonio Municipal del Suelo en el Texto Refundido de 1992”, RvDU nº. 136, 1994.

DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., “La gestión municipal del urbanismo: las sociedades urbanísticas”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 275, 2012.

-*La organización institucional de los servicios sociales en la Administración local española. El caso del Ayuntamiento de Madrid*, en RODRIGUEZ DE SANTIAGO, J.M., y ORTEGA BERNARDO, J., *Estado social y municipios. Servicios públicos locales y prestaciones asistenciales en España y República Dominicana*, Ed. Catarata, Madrid 2010.

-*El régimen de constitución, organización y contratación de las Sociedades Mercantiles Locales*, Ed. LA LEY, 2013.

EMBID IRUJO, A., *Crisis económica y reforma local*, Anuncio Aragonés del Gobierno Local, núm. 3, 2012.

ENTRENA CUESTA, R., “El modelo económico en la Constitución Española de 1978”, en obra colectiva *La empresa en la Constitución Española*, Pamplona, Aranzadi, 1989.

-“El principio de libertad de empresa”, en la obra colectiva *El modelo económico en la Constitución española*, Madrid, 1981.

-“El principio de igualdad ante la Ley y su ampliación en el Derecho administrativo”, en RAP, núm. 37 (1962).

- “Consideración sobre la teoría general de los contratos de la Administración”, Revista de Administración Pública, nº 24, 1957.

ESCOLA, H.J; *El interés público como fundamento del Derecho administrativo*, Buenos aires, Depalma, 1989.

ESCRIVA CHORDA, R; “La figura del urbanizador. Cuadernos de urbanismo”, Ed. MONTECORVO S.A.

ESCRIBANO COLLADO, P; “El orden económico en la Constitución española de 1978”, en REDC, núm. 14 (1985).

ESCUIN PALOP, V.M; “La intervención del beneficiario en el procedimiento expropiatorio”, en RAP, núms 100-102, 1983, vol. II.

ETXEZARRETA VILLALUENGA,F.A. Y LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO; “Régimen jurídico de la actividad contractual de las sociedades mercantiles locales en la nueva Ley de contratos del Sector Público”, en Contratación Administrativa Práctica, núm. 84, 2009.

FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *La presencia de la Carta Europea de la Autonomía Local en los pronunciamientos jurisprudenciales sobre autonomía local 2004*.

FERNÁNDEZ FARREDES, G., *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Ed. INAP, Madrid, 2004.

FONSECA FERRANDIS, F: “El régimen jurídico de los patrimonios municipales del suelo”, Instituto Pascual Madoz, BOE, Madrid, 1995.

FONT GALÁN, J.I.; *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Studia Albornotian, Zaragoza, 1985-1986.

FUENTES I GASÓ, J.R y otros; *Estructuras administrativas y racionalización del gasto público, Problemas actuales de la expropiación forzosa, La reforma de los entes locales en Italia en el contexto de la crisis económica*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2012

GALÁN GALÁN,A Y PRIETO ROMERO,C; “El ejercicio de funciones públicas por entidades colaboradoras de la Administración”, en Anuario de Derecho Municipal 2008, núm.2, Madrid, 2009.

GALLEGO ANABITARTE, A; *Conceptos y principios del Derecho de Organización*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.

“Transferencia y descentralización”; delegación y desconcentración”, mandato y gestión o encomienda”, en Revista de Administración Pública, núm. 122, 1990.

GALLEGO CORCOLES, I.: “La contratación local ante las sucesivas reformas de la Ley de Contratos del Sector Público”, Anuario de Derecho Municipal, nº4, 2010.

GARCIA ALCORTA, J, *La limitación de la libertad de Empresa en la Competencia*, Edit. Atelier, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ., T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1993.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho urbanístico*, t, II, Madrid, 1981.

GARCÍA-BELLIDO, J., “La liberalización efectiva del mercado del suelo (escisión del Derecho de propiedad inmobiliaria en una sociedad avanzada)”, en CytET, I (95-96), 1993.

GARCIA MACHO, R; “La autonomía municipal y su protección en la Ley de Bases de Régimen local”, RAP, núm. 109, 1986.

-“Momento Práctico Contratos Públicos”. Francis Lefebvre. Madrid. 2009.

-*Comentarios a la legislación de contratos del sector público*, J. Cepeda Morras/C. Yáñez Díaz (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2008.

GARCIA MORAGO, H; “Consideraciones sobre el “servicio público local”, el servicio público económico. Especial referencia a los aparcamientos públicos. La iniciativa local en la actividad económica”, Revista de Estudios Locales, núm.63, 2003.

GARCÍA-MORENO RODRIGUEZ, F., “La rehabilitación y la renovación urbana: actuaciones estratégicas sobre las que se articula y construye el medio urbano sostenible”, en *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, dir. Santiago A. Bello Predes. La LEY, Madrid, 2011.

GARCIA RUIZ, E; *La nueva sociedad anónimo pública*, Ed. Marcial Pons, 2006.

GARRIDO FALLA, F., “El art. 53 de la Constitución”, en REDA, núm.21 (1979).

-Un tema de seguridad jurídica: La regulación de los entes instrumentales” en REDA, núm. 79 (1993)

-“Introducción General”, en la obra colectiva por él dirigida. *El modelo económico en la Constitución española*, Madrid. Instituto de Estudios Económicos, 1981.

GASCÓN MARÍN, J; *Tratado de Derecho Administrativo, Principios y Legislación Española*, tomo I, C. Bermejo, Madrid, 1935.

GIFREU I FONT, J.; *L'ordenació urbanística a Catalunya*. Marcial Pons, Madrid, 2012.

-*La regeneración urbana en gran Bretaña*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 1997.

-“Els reptes dels governs locals i la política local d’habitatge. Perspectives de futur dels patrimonis municipals de sòl i habitatge”, *Revista Governos locals i polítiques d’habitatge*. Balanç i reptes, 2012.

GIMENO FELIU, J.M^a, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*. Civitas, Cizur Menor, 2006.

GÓMEZ-FERER MORANT,R; *Derecho administrativo en la contratación entre privadas (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

GÓMEZ-REINO Y CARNOTA; “El arbitraje administrativo en el Derecho de la Competencia”, *RAP*, núm.162, 2003.

GONDRA ROMERO, J.M; *Régimen jurídico de la Contabilidad del empresario*, Valladolid, Marcial Pons, 1992.

GONZÁLEZ DE BUITRAGO, V: “El problema social de acceso a la vivienda y sus posibles soluciones” *RVDU* n°199, Enero-Febrero, 2003.

GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, S: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo VI, Ed. Civitas, 2012.

GONZALEZ PEREZ, J., “*Comentarios de la Ley del suelo*”. Civitas, Madrid.1993.

GUTIERREZ COLOMINA, V.: “La sociedad mercantil local como instrumento doméstico para la gestión de los servicios públicos locales”, *Revista de Estudios Locales*, Cunal, extra, julio 2007.

-*Régimen jurídico estatal y autonómico del patrimonio municipal del suelo*, Ed. BAYER HNOS, Madrid, 2010.

IBAÑEZ GARCÍA, J: “Las ayudas públicas intangibles y el art. 92 del TCEE, en *Noticias*, 1991

HURTADO HURTS, F: “La iniciativa pública local en la actividad económica”, *Valencia, FVMP*, núm. 12, 1994.

JIMÉNEZ ASENSIO, R: “Las instituciones locales en tiempo de crisis: reforma institucional y gestión de recursos humanos en los Gobiernos locales”, Cuadernos de Derecho Local núm 25 de 2011.

JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A; “Servicio público, interés general, monopolio. Recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, REDA núm.84, 1994

JIMENEZ CAMPO, J; “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, REDC, núm 9, 1983.

LOMO CASANOVA, T: “El personal al servicio de las Sociedades Públicas Locles”, El Consultor de los Ayuntamientos, núm. 12/2011.

LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.B. *Los patrimonios municipales del suelo*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

LOPEZ MENUDO, F: “Informe sobre la viabilidad legal de transmisión de parcelas del patrimonio municipal del suelo, a título oneroso a cambio de finca sita en suelo urbano”, Sevilla, julio 2006.

LÓPEZ RODÓ,L; *El modelo económico de la Constitución*”, en *Administración y Constitución, Estudio en homenaje al profesor Mesa Moles*, Madrid, Presidencia del Gobierno, 1981.

LUDO SILVESTRE, J: “Un ámbito de exclusión de la legislación de contratos públicos: las operaciones in house. Su regulación en la LCSP”, El Consultor de los Ayuntamientos, núm. 19, 15 de octubre 2008.

LUZON CÁNOVAS, A; “Los caudales de las empresas públicas como posible objeto del delito de malversación” en *Actualidad Arzadi*, núm. 276, 1997.

LLISET BORRELL., F., “Ampliación de la Ley 8/1990, Gestión del tiempo urbanístico y naturaleza de la edificación en dicha Ley”, RDU, núm. 126.

-“Los convenios interadministrativos de los Entes locales”, en REDA, núm. 67.

- “La actividad empresarial de los Entes locales”, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid 1990.

MARTÍN BLANCO.J: *El Texto refundido de la legislación urbanística estatal*, Colex, Madrid, 1994.

MARTIN HERNANDEZ, P: *Derecho urbanista de la Comunidad de Madrid, los Patrimonios Públicos del Suelo*, El Consultor, Madrid, 2002.

MARTIN HUERTA,P; “Los convenios interadministrativos,” Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000.

MARTÍN MATEO, R., *Municipio y vivienda*, Madrid, IEAL, 1967.

MARTIN VALDIVIA, S: *Urbanismo y especulación, los patrimonios públicos del suelo*, Montecorvo S.A., Madrid, 1998.

MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ, J.M.; *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

MATTERA RICIGILIANO, A; *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991.

MAURI MAJOS, J “Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública”, Cuadernos de derecho local.

MEDINA GUERRERO,M; *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch reformas, Valencia, 2014.

MELIAN GIL,J.L, “La actuación contractual de la Administración Pública española. Una perspectiva histórica”, en Revista de Administración Pública, núm. 99, 1982,

-*La estructura de los contratos públicos Norma, acto y contrato*. Ed. Iustel, Madrid. 2008.

MENENDEZ GARCÍA, P; “Sociedad privada municipal y aportación de bienes de dominio público”, en Civitas-Revista española de Derecho Administrativo, núm. 127, 2005.

MENÉNDEZ REXACH, A; “Reflexiones sobre el significado actual de los Patrimonios Públicos”, Ciudad y Territorio 95-96, 1993.

MENÉNDEZ REXACH, A e IGLESIAS GONZÁLEZ, F; *En Lecciones de Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid*, Ed. Montecorvo, 2004.

MERINO ESTRADA, V. “Nuevos enfoques en el sistema competencia local”, Revista de Estudios Locales Cunal.

MESA VILA, M: *Manual de Contratación de las Entidades Instrumentales de la Administración*, LA LEY, Madrid, 2011.

MONTOYA MARTIN, E, “Nuevas perspectivas sobre la gestión de los servicios locales, incidencia de la crisis económica y necesidad de racionalización del sector público instrumental”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, 2011.

-*Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.

-“Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales, Fundación Democracia y Gobierno Local”, *Serie Claves del Gobierno Local 9*, Barcelona, 2009

MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del sector público. Estudio sistemático*, Editorial la Ley, Madrid 2007.

MORENO TRAPIELLA,P; “Servicios de interés general y Derecho a la competencia: análisis desde el Derecho comunitario europeo y desde el Derecho español (I y II)”, *Actualidad Administrativa* nº14 y 15, 1998.

MOZO AMO, J; *La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, desde la perspectiva de los pequeños municipios*, en *Revista de Estudios Locales*, núm.73, 2004.

MUÑOZ MACHADO, S, *La sociedad mercantil como forma de empresa pública local*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

NIETO GARCÍA, A. “Entes territoriales y no territoriales”, *RAP*, núm. 64, Madrid. 1971.

-*La Administración sirve con objetividad los intereses generales*, en el libro colectivo *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t, III, Madrid, Civitas, 1991.

NOGUERA DE LA MUELA, B: *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de contratos de las Administraciones públicas*, Ed. Atelier, Barcelona, 2001.

OLLER RUBERT, M: *Saneamiento de aguas residuales y reforma del Derecho administrativo*, Atelier, Madrid, 2008.

ORTEGA JIMENEZ, P.; “La racionalización del sector público instrumental local”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 152 (2012).

ORTIZ MALLOL, J; “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración: algunas notas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 163, 2004.

ORTIZ VAAMONDE, S, *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo*”, LA LEY, 2004.

PAGÈS I GALTÉS, J; *Fiscalidad de las sociedades municipales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006

PALOMAR OJEDA, A: *La organización administrativa: tendencias y situación actual*, Ed. Comares, Granada, 1998.

PAPALARDO, A; “Government equity participation under the EEC rules on States aids, recent developments”, *Fordham International Law Journal*. Vol.2 núm.2, 1988

PAREJO ALFONSO, L.J.: “La potestad de autoorganización de la Administración local”, *Documentación Administrativa*, núm. 228, 1991

-*Comentarios al Texto refundido de la Ley de Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*, IUSTEL, Madrid, 2009

PASCUAL GARCÍA, J; “Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de contratos del sector público”, *Boletín Oficial del Estado*, 2010.

PEREZ CARRIÓN, L; “La sentencia 166/1998 del Tribunal Constitucional: un cambio de rumbo doctrinal en el tratamiento de inembargabilidad de los bienes patrimoniales de las entidades locales”, en *El Consultor*, núm. 3, 1999.

PERNAL GARCIA,J., *Las operaciones in house y el derecho comunitario público, análisis de la jurisprudencia del TJCE*. Ed. Iustel, Madrid. 2008.

-“Las exigencias de control análogo en las encomiendas a medios propios”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 311, 2009.

-“Exigencias y límites a la configuración y a la actuación de los medios propios, como entes encomendados en el marco de las relaciones in house”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 12. 2010.

PORTO REY, E; “Técnicas urbanísticas que pueden facilitar la promoción de viviendas de protección pública”, Revista de derecho urbanístico y medioambiental, ed. Montecorvo nº185, 2001.

PRIETO ROMERO, C; “las recientes reformas de la legislación local y su aplicación a las estructuras administrativas y de funcionamiento de las grandes ciudades: la gestión del cambio organizativo en el Ayuntamiento de Madrid”, Cuadernos de Derecho Local, núm. 9, 2005.

ORTEGA,F; *Actuaciones urbanísticas para el fomento de la edificación y la reducción del precio de los solares*; Comares/Urbanismo,Granada,2008.

ORTIZ VAAMONDE, S., *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo, Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*. Ed. LA LEY, 2004.

QUINTANA LÓPEZ, T; Tema 11, “Los Patrimonios Públicos del Suelo. Constitución y Gestión. El derecho de superficie”, Manual de Urbanismo, INAP, Madrid, 2001.

QUIROS ROLDÁN, A; *Comentario a la Ley Andaluza de Bienes de las Entidades Locales*, Ed. Centro de Estudios Municipales y Cooperación Internacional-CEMCI Publicaciones, Granada, 2004.

RAMIO, C, *Provisión de servicios públicos en el contexto de la administración local en España*. Madrid. 2008.

REBOLLO PUIG, M; *Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio*.

RIVERO ORTEGA, R.; “¿Cómo hacer sostenible la iniciativa económica local?”, Revista de Estudios Locales Cunal, núm. 137 (2011).

RODRÍGUEZ CURIEL, J.W; “Ayudas de Estado a empresas públicas”, Centro de Publicaciones del Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1989.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M; “Los convenios interadministrativos en el Derecho italiano”, Revista de Administración Pública nº163, 2004.

ROMERO HERNÁNDEZ, F; “Las empresas municipales de promoción de iniciativas empresariales y de empleo”, en Administración instrumental, AAVV, Tomo II, Madrid, 1994.

SALA ARQUER, J.M; “La empresa mixta como modo de gestión de los servicios públicos en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, REDA nº90, 1996.

SÁNCHEZ MARTÍN, A y SÁNCHEZ GARCÍA, R: *Gestión directa de servicios públicos locales. En particular las Sociedades Municipales*, CEMSI, Granada, 1992.

SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A., “La tributación en el impuesto sobre sociedades de los entes locales, como especial referencia a las sociedades anónimas municipales”, en Revista de Derecho Financiero, núm. 81 (1994).

SANJUÁN ALBACETE, J; “Reflexiones en torno a las formas de gestión de los servicios públicos locales”, en El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 23, 2005

SANTIAGO IGLESIAS, D; *las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Edit. IUSTEL, 2010.

SCHOLZ,R; “Art.12”, en T. Maunz y G. Düring (eds), Grundgesetz. Kommentar (5 vol. 106, núm. 13, 1991.

SERRA SERRA, N., ROCA JUNYENT, M; SOLER LLUSÁ, J; “Las Sociedades de economía mixta de actuación urbanística”, publicado, parcialmente, Ed. RDU, NÚM 14, Barcelona, 1969.

SERRÁN ALBERCA, J.M. *El Derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*, 2ª ed. ARANZADI, Navarra, 2003.

SESMA SÁNCHEZ, B., cita “Breves reflexiones sobre los tipos de control de la actividad económico financiera del sector público y su encaje con la actual regulación del control interno de las entidades locales”, www.edderecho.com, 5 de octubre de 2010.

SORIANO GARCÍA,J.E; *Hacia la tercera desamortización (por la reforma de la Ley del Suelo)*, Madrid, coed. Marcial Pons e IDELCO, 1995.

SOUVIRON MORENILLA,J.M; *Sobre la Administración pública y el Derecho administrativo: en torno a la sustantividad del Derecho administrativo y su vis expansiva*”, *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, Libro homenaje al profesor R. Martín Mateo, Tomo I, coordinador F. Sosa Wagner, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2000.

SUÁREZ PANDIELLO, J., “Radiografía del presente y propuestas del futuro” FEMP. Madrid. 2008.

SUAY RINCON, J; *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, IEAL, Madrid, 1985.

-“La expropiación por incumplimiento en la nueva Ley del Suelo. Su carácter sancionador y sus consecuencias jurídicas”, en RDU, núm. 123. 1991.

-*El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995.

TORNO MÁ, J; *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Bolonia, Pb, del Real Colegio de España, 1982.

VÁZQUEZ PITA, J.M; *La actividad urbanizadora como servicio de interés económico general*; INAP, Madrid, 2014.

VELASCO CABALLERO, F., “Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”. Anuario de Derecho Municipal, núm. 6 (año 2012) (2013).

VILATA REIXAC, M., *La encomienda de gestión, entre la eficiencia administrativa y la contratación pública*. Ed. ARANZADI, Pamplona 2012.

VILLAR PALASÍ, J.L.; “Poder de policía y precio justo”, en Revista de Administración Pública, núm. 16, 1956.

VIVER PI-SUNYER,C; “La reforma de los estatutos de autonomía con especial referencia al caso de Cataluña”, Madrid, 2005.

WOUTERS, J; *Les entreprises publiques et les règles européennes en matière d'aides d'Etat*, RMUE N°2, 1999.