

La organización de los servicios económicos

SUMARIO: 1. LAS POTESTADES DE LOS MUNICIPIOS EN RELACION CON LA ORGANIZACION DE LOS SERVICIOS. 2. LOS ORGANISMOS AUTONOMOS LOCALES. 3. GESTION MEDIANTE SOCIEDAD DE CAPITAL INTEGRAMENTE PUBLICO. 4. LA SOCIEDAD MIXTA. REFERENCIA A LAS COOPERATIVAS Y SOCIEDADES LABORALES: A) La aplicación del Derecho privado. B) Creación. C) Especialidades orgánicas. D) Los programas de actuación, inversiones y financiación. E) Transformación, fusión, disolución, régimen de liquidación y escisión. 5. LA GESTION INTERESADA. 6. EL CONCIERTO. 7. EL ARRENDAMIENTO: A) Concepto. B) Obligaciones de las partes. 8. LOS CONSORCIOS: A) Concepto y naturaleza jurídica. B) Los Estatutos. C) Creación, representación y Registro. D) Potestades. E) Utilización de las formas de gestión. F) Recursos financieros.

1. LAS POTESTADES DE LOS MUNICIPIOS EN RELACION CON LA ORGANIZACION DE LOS SERVICIOS

Los Municipios ostentan plenas potestades para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia. Es ésta una afirmación bien conocida que se encuentra en el artículo 30 del Reglamento de Servicios (en adelante, RS) y que la jurisprudencia recuerda desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1935 («es facultad privativa de la Administración la de acordar lo más adecuado para atender a la distribución y aprovechamiento de un servicio público») hasta la del 21 de febrero de 1979 (que habla del «poder de organización del servicio público que corresponde al Ayuntamiento como órgano administrativo titular del servicio, según criterios de oportu-

tunidad y buena administración» y, en igual sentido, las de 11 de marzo de 1988 y 26 de febrero de 1990).

Son dos las cuestiones imbricadas que aquí se quieren plantear y, si es posible, resolver. Ambas vienen enunciadas en el propio artículo 30 RS: es una, la de constituir los servicios, es decir, establecerlos o implantarlos; es otra, la de, una vez constituidos, organizarlos, modificarlos o suprimirlos.

En cuanto a la primera, la legislación local ha contenido siempre soluciones más progresivas que las propias de la legislación estatal como demuestran la técnica de los servicios mínimos (arts. 102 a 104 y 245 a 254 de la antigua Ley de Régimen Local) y la distinción entre gastos obligatorios y voluntarios a la hora de confeccionar los presupuestos (del art. 706, también de la antigua legislación local) ¹.

La moderna legislación local no ha hecho sino ahondar en esta tradición, conservando, de un lado, los instrumentos existentes [art. 26 Ley Básica, en adelante LB, art. 447.2.b) Texto Refundido, en adelante TR y 152.2.b) de la nueva legislación de Haciendas Locales]; de otro, configurando como un auténtico derecho de los vecinos exigir el establecimiento del correspondiente servicio público, cuando constituya una competencia municipal propia de carácter obligatorio [art. 18.1.g) LB]. El precepto ² pone en pie un instrumento de cuya real implantación está encargándose la jurisprudencia ³. Una vez creado el servicio, la admisión al mismo se hace de acuerdo con su propia reglamentación («las normas que rijan cada uno de ellos», en los términos del artículo 32 RS y de la jurisprudencia, en tal sentido, Sentencia, entre otras, del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1982) que, en todo caso, deberá respetar la igualdad de los afectados, exigencia constitucional y, además, del artículo 2 RS. En palabras del Tribunal Supremo «en el acceso al servicio ya implantado aparecen reglas jurídicas más precisas, entre las que destacan las exigencias del principio de igualdad» (así, Sentencia de 26 de febrero de 1990).

Asunto distinto es la organización del servicio. Una vez creado o constituido éste, su organización es decidida por la Corporación (en uso de facultades no enteramente discrecionales, Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1983), de acuerdo con algunas reglas que proporciona la legislación vigente. La más importante es la que ex-

¹ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1981, tomo II, p. 69. Asimismo P. ESCRIBANO COLLADO, «El usuario ante los servicios públicos», en la *Revista de Administración Pública*, núm. 82. Con carácter general, mi libro *La gestión de los servicios públicos locales*, Madrid, 1992, en el que se abordan en extenso estas cuestiones.

² Estudiado por QUINTANA LÓPEZ, *El derecho a la prestación de los servicios municipales obligatorios*, Madrid, 1987. Véase asimismo el *trabajo* de Escribano antes citado.

³ Véanse especialmente las SSTs de 9 de mayo de 1986 y de 25 de abril de 1989 así como el comentario a esta última de QUINTANA, «Justicia administrativa, medio ambiente y servicios municipales», en el núm. 65 de la REDA, pp. 113 y ss.

cluye los servicios que impliquen ejercicio de autoridad de la gestión indirecta (art. 85.2 LB) ⁴. Otras es la que limita el recurso a la técnica del arrendamiento para los servicios cuya instalación se haya hecho directamente por la Corporación o que sean propiedad de ésta (art. 95.2 TR).

En la ley catalana se incorpora la «potestad de modificación» y la «inclusión implícita de la cláusula de actualización del servicio de conformidad con los estándares económicos y sociales» (art. 235) y, además, como criterio, la participación de los usuarios cuando «las características o la naturaleza del servicio lo permitan» (art. 232.2).

Fuera de estas previsiones, la libertad de la Corporación es total para optar entre cualesquiera de las formas previstas en el artículo 85 LB. ¿Es posible utilizar alguna fórmula no prevista en el elenco del precepto citado? Mi contestación es afirmativa pese a la forma de su redacción (la gestión... «adoptará alguna de las siguientes formas...») y ello porque así lo impone la potestad de autoorganización de las Corporaciones Locales, la más significada seña de identidad de su autonomía [art. 4.1.a) LB y fundamento jurídico 6.º de la Sentencia Constitucional de 21 de diciembre de 1989].

La modificación habrá de hacerse, según el principio de *contrarius actus*, de acuerdo con el procedimiento seguido para la organización y respetando los derechos de los particulares que hayan sido implicados en la gestión del servicio. Ello quiere decir que la modificación de la reserva de un servicio habrá de ser declarada por una ley; la que afecte a los términos de su concreta gestión, incluido el abandono del régimen de monopolio (previsto en el art. 96 RS) por un específico acto administrativo de contrario imperio ⁵.

La supresión del servicio será imposible en los supuestos de los servicios mínimos obligatorios, aunque nada impide la transformación de su concreto modo de gestión. En los demás casos, el servicio puede dejar de prestarse aunque no resulta superfluo preguntarse si es posible suprimir «la efectiva ejecución en régimen de monopolio», o dicho con la terminología clásica, si es posible abandonar el régimen de municipalización (o provincialización, en su caso). Contestar a esta pregunta exige tener presente el contenido de los artículos 98 y siguientes RS. Unos preceptos estos que, a mi juicio, confunden el fin del régi-

⁴ La STS de 26 de enero de 1990 declara nulo un acuerdo de adjudicación por gestión indirecta, del servicio de recaudación «por constituir un servicio que implica ejercicio de autoridad».

⁵ En tal sentido es preciso interpretar hoy el artículo 97 RS del que hay que considerar derogado el párrafo primero que se refiere a los supuestos en los que de modo obligatorio era preciso alterar la forma de gestión del servicio municipalizado o provincializado, a saber, aquellos en que se permitía declarar a las Entidades Locales en régimen de tutela ya que éste ha desaparecido en la vigente legislación local. Véanse, no obstante, las consideraciones de ALBI, *Tratado...*, cit., pp. 225 y ss.

men de municipalización con el fin de la concreta forma de gestión adoptada. Entiendo que el abandono de la prestación del servicio en régimen de monopolio es posible si media un acto de contrario imperio cuando así estuviere previsto «en los actos constituyentes», «por resultar más desventajoso para los usuarios» «por la imposibilidad material de realizar el fin previsto» y «en cualquier tiempo» (por utilizar las expresiones del art. 98, párrafos primero, segundo, quinto y sexto que, en realidad, otorgan facultades discrecionales a las Corporaciones Locales) y siempre que se adopten los acuerdos con las mismas formalidades que revistieron aquellos que decidieron el régimen de monopolio, incluida la aprobación del órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma. Los demás supuestos del artículo 98 RS son, en rigor, casos en que puede bastar una simple transformación del modo de gestión. Tal ocurre, por ejemplo, con las «pérdidas que reduzcan el capital...» o la «quiebra», supuestos estos en los que puede mantenerse el régimen de monopolio cambiando el sistema concreto de gestión ⁶.

Resta por indicar que un parámetro general que condiciona la libertad de los Municipios viene constituido por el mandato (contenido en el art. 31.2 RS) de evitar duplicidad de servicios prestados por otros organismos públicos, reforzado en la actualidad por los deberes de colaboración y coordinación entre Administraciones Públicas que, como mandato a la local, figura en el artículo 10.1 LB.

Lo dicha hasta aquí vale para el ejercicio de competencias propias pero también para el de las delegadas pues las técnicas de dirección y control propias de esta modalidad de asignación de competencias «en todo caso, habrán de respetar la potestad de autoorganización de los servicios de la Entidad Local» (art. 7.3 LB, que parece contradecir el art. 230.2 de la Ley catalana de 8 de abril de 1987 y, sin embargo, respeta el art. 187 de la Ley Foral de Navarra de 2 de julio de 1990).

2. LOS ORGANISMOS AUTONOMOS LOCALES

La legislación tradicional de Régimen Local contempló como forma de gestión la llamada Fundación Pública del Servicio, denominación importada del derecho francés ⁷.

⁶ Esta simple posibilidad de transformación es la que está contemplada, cierto que de una forma confusa, en el artículo 100 RS. Por su parte, el artículo 101 RS atiende a la revisión de los bienes que en su día fueron expropiados para hacer la efectiva la municipalización o provincialización.

⁷ Así ALBI señala que «función pública es una nomenclatura inusitada en nuestro derecho positivo, a la que hemos de oponer serios reparos. Procede el segundo período de redacción del RS y sus autores se inspiraron, sin duda, para adoptarla en un criterio doctrinal que equipara a la fundación civilista el sistema de descentralización funcional que los tratadistas franceses desig-

La LB ha prescindido de la misma y la sustituye por la de organismo autónomo local, inspirada sin duda en la terminología del Derecho del Estado. La adopción por el Municipio de esta forma organizativa es discrecional al no existir ninguna regla imperativa al respecto. En cualquier caso, la fórmula puede ser utilizada para cualquiera de las actividades o servicios que pueden gestionarse de forma directa.

Los Estatutos constituyen la norma rectora de estas organizaciones y son aprobados por el Pleno de la Corporación de acuerdo con las reglas de la mayoría simple pues la cualificada (exigible para la adopción del acuerdo inicial referido a la gestión de servicio) no tiene por qué aplicarse a los actores posteriores ya independientes de aquél.

Son pues los Estatutos los que determinan los fines, los órganos de gobierno y administración, el personal ⁸, los bienes, los presupuestos, el régimen de sus actos, la modificación o, en su caso, disolución del organismo, en fin, el ámbito o extensión de las facultades de tutela que sobre él ejerce la Corporación. Esta tutela habrá de abarcar como mínimo la facultad del Presidente de dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y del Pleno para la aprobación del presupuesto y de las cuentas. Podrá referirse, asimismo, a la aprobación de los planes o programas de actuación del organismo, del Reglamento de Servicio o de régimen interior, de las plantillas y relaciones de puestos de trabajo de su personal y de determinados actos de gestión patrimonial (por ejemplo, adquisición de bienes inmuebles o formalización de créditos).

La Ley de las Haciendas Locales contiene la distinción, existente en el ámbito estatal ⁹, entre organismos autónomos administrativos y de carácter comercial, industrial, financiero o análogo debiendo indicar las normas de creación el carácter del mismo. Tal distinción debe ser saludada como positiva aunque subsisten los problemas de régimen jurídico que acompañan a sus homólogos del Estado. Los Municipios deben, a la hora de redactar los Estatutos de los mismos, aten-

nan con el nombre de establecimiento público, considerando sinónimas ambas denominaciones... [pero] entre las Entidades Administrativas descentralizadas y la función clásica existe una incompatibilidad absoluta», *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Madrid, 1960, pp. 329 y ss. Idéntica confusión se percibe en GARRIDO FALLA en *Administración indirecta y descentralización funcional*, Madrid, 1950, p. 129 y GARCÍA TREVIANO en «Aspectos de la Administración económica», en *RAP*, núm. 12, pp. 70 y ss.

⁸ Problemas de personal de estos nuevos organismos autónomos se contemplan en las SSTs de 11 y 14 de marzo de 1988.

⁹ Estudiados por JIMÉNEZ DE CISNEROS en *Los organismos autónomos en el Derecho público español: tipología y régimen jurídico*, Madrid, 1987. La bibliografía anterior es muy abundante: de carácter general, VILLAR, «La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo», en *RAP*, núm. 3, pp. 43 y ss. y CLAVERO, «Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular de las Administraciones autónomas», en *DA*, núm. 58, pp. 13 y ss.; más específicos son los estudios de GARRIDO FALLA, *La descentralización administrativa*, San José de Costa Rica, 1967; BAENA DEL ALCÁZAR, «Los entes funcionalmente descentralizados y su relación con la Administración central», en *RAP*, núm. 44, pp. 59 y ss.; ARIÑO, *La Administración institucional*, Madrid, 1976.

der con especial cuidado este extremo aclarando, en la medida de lo posible, el derecho aplicable, que cuando sea el público, será el propio de las Administraciones Públicas contenido en la legislación de desarrollo del artículo 149.1.18 CE.

El patrimonio del organismo autónomo estará constituido por los bienes que el Municipio le pueda atribuir para el cumplimiento de sus fines, que deberán conservar su calificación jurídica originaria así como por cualesquiera otros que el organismo pueda adquirir por medio de título legítimo (productos o rendimientos de su patrimonio, aportaciones del Ayuntamiento hechas con cargo a sus presupuestos, precios públicos derivados de la prestación de servicios, donativos o auxilios, etc.).

Los beneficios permanecen en el patrimonio especial para mejorar y ampliar las instalaciones, una vez cubiertos los gastos y los fondos de reserva. Los Estatutos pueden prever el destino a fondos de reserva (contabilizados como valores independientes y auxiliares del presupuesto) de los superávits que la actividad del organismo genere así como sus aplicaciones (mejora de edificio o equipamientos, ampliación de instalaciones, etc.). Si hubiera déficits, éstos deberán enjugarse por el Municipio en la forma que disponga su Pleno.

El presupuesto de estos organismos se integra en el general de la Entidad Local y se somete al régimen de contabilidad pública y de control financiero y de eficacia. Comprenderá las previsiones necesarias para atender el normal funcionamiento de los servicios, la adquisición de material y de bienes no inventariables, el mantenimiento de edificios e instalaciones, las retribuciones del personal, el pago de intereses y amortización de préstamos así como los demás gastos de carácter ordinario o que estén destinados a la adquisición de bienes de capital que pasarán a formar parte del patrimonio del organismo.

Estos organismos pueden fijar precios públicos siempre que les atribuya esta competencia la Entidad Local. Sólo cuando tales precios no cubran el costo del servicio (es decir, cuando se trate de lo que los hacendistas llaman precios políticos), su fijación corresponderá a la Corporación misma.

Cuando se produzca su supresión, la Corporación se subroga en el *status* del organismo desaparecido, es decir, el patrimonio con todos sus incrementos y las aportaciones que figuren en el activo, revierten a la Entidad Local. Tal supresión deberá ser acordada por el órgano que decidió su creación y tendrá lugar en aquellos supuestos que el propio Estatuto pueda prever o, simplemente, cuando así se considere procedente.

El problema (que lógicamente afectaría tan sólo a grandes Municipios) de si es posible la creación de estos organismos autónomos como *holdings* de sociedades participadas debe contestarse de manera

afirmativa, supuesta la contrastada utilidad de la fórmula en otros ámbitos (notoriamente, el estatal) y la inexistencia de reglas que lo impida.

Si bien la Fundación Pública del Servicio ha desaparecido en beneficio de este otro instrumento que venimos analizando, no existe obstáculo alguno a la utilización por las Corporaciones Locales de las fundaciones a que se refiere el Código Civil (a diferencia de aquellas constituidas por un particular pero cuyo patronato se confía al Ayuntamiento), supuesto el obligatorio fin de interés general que hoy impone a las mismas el artículo 34.1 CE. El Municipio deberá tomar el acuerdo que contenga su voluntad como fundador con la mayoría reforzada del artículo 47.3//) LB y cuidar de la efectiva disponibilidad de los bienes según las reglas generales. No se precisa escritura pública otorgada ante notario por lo que basta con el acuerdo referido y la certificación que del mismo pueda realizar el Secretario, que tiene carácter de escritura pública según el artículo 1.216 del Código Civil. Tampoco se precisa, a afectos generales, inscripción alguna pues, como ha dicho el Tribunal Supremo, «el nacimiento de fundación como persona jurídica viene determinado por la voluntad o acto fundacional sin necesidad de acto administrativo previo, con personalidad jurídica desde el momento de su constitución» (Sentencia de 10 de julio de 1985).

3. GESTION MEDIANTE SOCIEDAD DE CAPITAL INTEGRAMENTE PUBLICO

Esta modalidad de gestión exige la creación de una sociedad «con financiación y predominio exclusivo de la Administración Pública, pero dotada formalmente de autonomía patrimonial y fundacional y sujeta al derecho peculiar de las sociedades mercantiles de capital»¹⁰.

¹⁰ Son las llamadas sociedades de un solo socio, lo que parece, a juicio de ALBI, *Tratado...*, cit., pp. 347 y ss., una *contradictio in adjecto* «porque es notorio que la pluralidad de elementos personales constituye precisamente la nota esencial de la sociedad, cualquiera que sea su naturaleza [pero] una realidad por diversas razones de conveniencia que la legislación y la doctrina admiten». Con posterioridad a las obras que sobre este asunto cita ALBI, puede verse ALONSO UREBA, «La sociedad unipersonal», en el vol. col. *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, pp. 217 y ss. La existencia de sociedades que devienen de un solo socio está admitida igualmente en el caso de personas privadas. No me resisto a dar cuenta aquí de la excelente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de junio de 1990 en la que se contienen las siguientes afirmaciones (hechas, por cierto, con infrecuente buena pluma): «de ello cabe deducir que la reunión en la misma mano de todas las acciones, en la medida en que no afecta a la existencia de múltiples participaciones independientes o puestos de socio, no determina la invalidez conceptual de la sociedad unipersonal que constituirá, probablemente, una *contradictio in terminis* pero no una *contradictio in substantia*... La pluralidad de socios constituye una condición de erección de la persona jurídica corporativa pero no es una condición de subsistencia del ente que, una vez creado, por su vocación de permanencia y la trascendencia supraindividual de sus fines queda independizada de sus miembros... La personalidad jurídica como técnica instrumental para autonomizar patrimonios y aislar esferas de imputación no se pone en entredicho por la *reductio ad unum*...». Y más adelante: «la reunión en una

Las fuentes de su regulación hay que buscarlas en los preceptos de la LB [que se limita a citarla, art. 85.3.c)]; los preceptos del TR (especialmente, su art. 103); los del Reglamento de Servicios; las reglamentaciones propias de cada servicio; los preceptos del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales (en adelante, ROF) en materia de procedimiento y adopción de acuerdos; las leyes mercantiles relativas a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (básicamente las de 22 de diciembre de 1989 y 17 de julio de 1953, con las modificaciones introducidas por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación a las directivas comunitarias de la CEE).

Con la forma privada, el Municipio excepciona la rigidez presupuestaria, las reglas de la contratación administrativa y las de selección del personal. El Municipio ostenta el control de la empresa por la vía del nombramiento de los administradores y a través de la censura de cuentas ¹¹. Rige igualmente el control financiero y de eficacia previsto en la Ley de Haciendas Locales (arts. 201 y 202) y el interno efectuado por la propia empresa de acuerdo con las reglas de verificación contable contenidas en los artículos 203 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas ¹². Por último, es de aplicación la responsabilidad de

sola mano de todas las acciones *no dispensa* de la observancia de las reglas de funcionamiento de la sociedad, no sólo de las que atañen a intereses de terceros sino de las que disciplinan la organización interna, razón por la cual la sociedad unipersonal ha de contar con órganos legales y observar los preceptos legales y procedimentales relativos a la toma de decisiones y acuerdos.»

¹¹ En aquellas Comunidades Autónomas que dispongan de órganos fiscalizadores parecidos al Tribunal de Cuentas del Estado y que son las de Andalucía, Canarias, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Islas Baleares, Navarra y País Vasco se ha planteado el problema de la posibilidad de un doble control (estatal y autonómico) de las Corporaciones Locales pues en el concepto de «sector público» (contenido en los arts. 136 CE y 1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de 12 de mayo de 1982) se incluyen las empresas públicas [art. 4.1.f) de la Ley Orgánica citada]. No existen criterios claros ni en esta norma orgánica ni en la posterior Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas de 5 de abril de 1988, acerca de la articulación de competencias entre los Tribunales de Cuentas estatal y autonómicos, confusión que mantiene el Tribunal Constitucional en sus Sentencias de 17 de octubre de 1988 (sobre la Ley catalana de Sindicatura de Cuentas) y de 31 de enero de 1991 (sobre la Ley gallega del Consejo de Cuentas). Según este alto Tribunal se acomoda al reparto constitucional de competencias la existencia de un doble control (estatal y autonómico) sobre la actividad económica de las Corporaciones Locales y de sus organizaciones instrumentales. Una buena solución para que el sistema simplemente no funcione.

¹² Y que ha generado una amplia bibliografía entre los mercantilistas. En tal sentido, BROSETA, «Reflexiones sobre la reforma de la censura de cuentas en la Ley de Sociedades Anónimas y sobre la verificación contable en el Código de Comercio», en el *Homenaje a Uría*, 1978, pp. 59 y ss. y Vicent CHULIÁ, «Las cuentas anuales», en el vol. col. *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1987, pp. 225 y ss. En el Ordenamiento federal alemán disponen los Municipios de un derecho a elegir entre distintas modalidades de control, bien estrictamente mercantiles o más propiamente públicas. Véanse los comentarios al artículo 162 del *Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, Handkommentar* de Adler-Dürig y Schmalz, edición de 1983. En Italia, un análisis no estrictamente jurídico, pero de interés se contiene en el libro de NIBALE, *L'efficienza economica nelle aziende pubbliche*, Milán, 1978. Véase asimismo el trabajo de ANDREANI, *Saggio sulla responsabilità patrimoniale degli amministratori degli enti pubblici economici* (y las referencias bibliográficas en él contenidas) en la *Riv. Trim. di Diritto Pubblico*, 1989, pp. 17 y ss.

los administradores que regula la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 133 y ss.).

Es posible elegir entre la forma de sociedad anónima o la de responsabilidad limitada. La sociedad comanditaria, al exigir al menos dos socios, debe ser descartada en esta concreta forma de gestión de servicios. Las llamadas sociedades de capital riesgo no pueden ser utilizadas en esta modalidad de socio único ya que se exige siempre la presencia de más de un socio (cinco en el Decreto-ley de 14 de marzo de 1986 y más de uno en todo caso en la Orden de 26 de septiembre de 1986), aunque puede una empresa, al enumerar su objeto social, citar expresamente las operaciones de capital-riesgo como una más de sus actividades.

Estas sociedades son de fundación simultánea, con el Municipio como único socio fundador (art. 14.2 LSA) aunque también es posible la adquisición por la Entidad Local de las acciones o participaciones de una sociedad ya constituida con anterioridad, que puede hacerse por vías jurídico-privadas pero también por la vía expropiatoria. La Corporación interesada es la propietaria exclusiva del capital, que habrá de estar determinado y desembolsado por el ente público desde el momento de su constitución en una cuarta parte, por lo menos. Es posible la transmisión de acciones de acuerdo con el procedimiento que haya llevado a su creación si bien tales transmisiones habrán de hacerse siempre por subasta¹³. La responsabilidad de la Corporación se reduce estrictamente al capital que se aporta, lo que es consustancial con el régimen de este tipo de sociedades¹⁴. Es obligatoria la escritura pública y su contenido será el determinado en el artículo 8 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Los Estatutos constituyen la norma básica de la vida interna de la sociedad, por lo que deben fijar la competencia de cada uno de sus órganos, es decir, de la Junta General, del Consejo de Administración

e id. «Profili giuridici del controllo interno degli enti pubblici», en la *Riv. Trim. di Diritto Pubblico*, 1987, pp. 1038 y ss.

¹³ Hoy, además, con la intervención de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de acuerdo con lo establecido en el artículo 62 de su Ley reguladora.

¹⁴ Es preciso recordar de nuevo la doctrina sentada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de junio de 1990 a cuyo tenor «la limitación de responsabilidad de las sociedades de capital no se funda en la estructura corporativa del ente, en la pluralidad de los miembros que la integran, sino que se justifica por la creación o dotación —poco importa si a cargo de uno o de muchos socios— de un fondo de responsabilidad adecuado. Y es razonable que así sea. A los terceros —y no puede olvidarse que el problema de la responsabilidad es un problema de terceros— les resulta del todo punto indiferente que una sociedad se halle formada por uno o más socios; lo que les interesa es que su capital se dote y publique adecuadamente y que se preserve, mediante una estricta observancia de las normas de defensa del capital, para hacer frente a las responsabilidades que la sociedad vaya contrayendo frente a ellos... desde el punto de vista del Derecho positivo, la confirmación de este razonamiento se halla en la ausencia de una norma que imponga al socio único la sanción de la responsabilidad ilimitada».

y la Gerencia y, además, la forma de designación y el funcionamiento de los dos últimos. Contendrán, además, la denominación de la Entidad, el capital, su objeto y duración, el domicilio central y el número de acciones así como las posibles restricciones a su libre transmisibilidad.

El capital mínimo exigido es de diez millones de pesetas y las acciones de titularidad del Ayuntamiento son bienes patrimoniales, sujetos como tales al Régimen Jurídico propio de los mismos.

El objeto social se encuentra citado entre las determinaciones que deben contener los Estatutos y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado han insistido en que tal mención debe hacerse «en forma precisa y determinada, estableciendo con claridad su naturaleza pues es éste el elemento esencial del contrato que permite, entre otras importantes funciones, fijar el límite de las atribuciones de los representantes de la sociedad» (así, entre otras, las de 5 de noviembre de 1956, 9 de febrero de 1979 y 4 de marzo de 1981).

La aprobación de los Estatutos corresponde al Pleno del Ayuntamiento en sus funciones de Junta General no siendo necesario el voto reforzado del artículo 47 LB que se refiere a la adopción del acuerdo sobre la forma de gestión. También corresponde al Pleno, como Junta General, la modificación, cuando proceda, de los Estatutos, es decir, y de acuerdo con las previsiones mercantiles, cuando así lo entienda conveniente el accionista o lo pidan, mediante escrito, los administradores.

La Junta General, órgano soberano, es el Pleno de la Corporación¹⁵, aunque el derecho al voto de los corporativos se regula y modula en la escritura social donde se permite determinar quiénes tienen derecho a emitir voto representando al capital social.

Las competencias de la Junta se derivan de la legislación mercantil¹⁶ donde se contiene una lista de materias: modificaciones estatutarias, designación y revocación de administradores, exigencia de responsabilidad a los mismos, aumentos o reducciones de capital.

La Junta se rige «en cuanto a procedimientos y adopción de acuerdos» por la LB y el ROF (art. 91.2 RS) aunque no producen actos administrativos porque para que exista un acto de esta naturaleza es obligada la presencia de una Administración Pública.

¹⁵ Sin que en modo alguno puedan confundirse. En tal sentido es sumamente expresiva la STS de 29 de diciembre de 1989.

¹⁶ Al contrario de lo que ocurre en el RS donde se recoge una enumeración (art. 92.2; no así en el PRS): nombrar al Consejo de Administración, fijar la remuneración de los Consejeros, modificar los Estatutos, aumentar o disminuir el capital, emitir obligaciones, aprobar el inventario y el balance anual.

ALBI denunció tempranamente que un exceso de atribuciones de la Junta General (es decir, del Pleno) acarrearía la negación misma de la forma autónoma de gestión que la sociedad local supone, *Tratado...*, cit., pp. 372 y ss.

El Consejo de Administración, forma de órgano necesario, es nombrado por la Junta General limitándose el número de corporativos que pueden formar parte del mismo hasta un máximo del tercio del propio Consejo¹⁷. La duración en el cargo está sólo limitada por la duración del propio cargo de Concejal o Diputado Provincial o por la concurrencia de causas de incapacidad o incompatibilidad. El mínimo de duración en el cargo es de dos años¹⁸.

El Consejo tiene plenas facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de la empresa dentro de las normas estatutarias y de los preceptos de la legislación mercantil aunque son las normas estatutarias las que definen el ámbito de competencias del Consejo. La legislación mercantil confía a los administradores la representación de la sociedad y su ámbito se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos.

Las retribuciones son fijadas por la Junta General. Cuando el cargo de administrador recae en Concejales, éstos sólo pueden cobrar por participar el Consejo si no disfrutan del régimen de dedicación exclusiva, pues su percepción «es incompatible con la de cualquier otra retribución con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes» (art. 75.1 LB).

El Gerente, también órgano necesario, ostenta las atribuciones que los Estatutos señalen aunque compartirá con el Consejo de Administración las facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de la empresa. Podrá ser un funcionario, si así se establece en los Estatutos o un contratado laboral.

Ha sido práctica registral frecuente la inscripción de sociedades municipales con un capital social constituido por la transferencia de bienes a las mismas de dominio público. Sin embargo, una Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 12 de septiem-

¹⁷ No puede el número de Consejeros exceder de cinco en los Municipios de población inferior a veinte mil habitantes ni de nueve en los de población superior según el artículo 73 RS al que se remite el 93,2 del mismo texto reglamentario.

¹⁸ ALBI explica así esta regla del Reglamento: «este criterio de la revocabilidad *ad nutum* de los administradores se mantiene inalterablemente en todas las legislaciones mercantiles de todos los tiempos... Nosotros, al considerar el problema para la redacción del Reglamento, estimamos que el mismo debía apartarse, radicalmente, de la orientación tradicional, la cual, al aplicarse al pie de la letra a la empresa municipal o provincial, dejaría al Consejo totalmente a merced de la Corporación interesada y, por ende, convertiría a la empresa en una verdadera *régie* con órgano especial...», véase *Tratado...*, *cit.*, p. 379. En contra, sin ofrecer razones convincentes, ALONSO ÚREBA, «La sociedad mercantil de capital como forma de gestión de los servicios locales», en vol. col. *Tratado de Derecho Municipal*, tomo II, Madrid, 1988, p. 1359. En la actualidad y por lo que se refiere a la afirmación de ALBI, es preciso señalar que en el derecho alemán se exige para la destitución de los administradores en las sociedades privadas «ein wichtiger Grund», véase el libro de LÓPEZ MEDRANO, *La separación de los administradores en la sociedad anónima*, Barcelona, 1985. Matiza la libre revocabilidad en el derecho italiano, ANDREANI, «La responsabilità...», *cit.*, pp. 56 y ss.

bre de 1985 ha cuestionado este modo de proceder. A mi juicio más correcta parece la práctica de muchos Estatutos de este tipo de sociedades que precisan que tales bienes, necesarios para el cumplimiento de sus fines, les son adscritos por las Administraciones titulares de los mismos, «conservando su calificación jurídica originaria» y correspondiendo tan sólo a la sociedad su utilización, administración, explotación y conservación. Y es que, en efecto, la sociedad puede ser titular de derechos reales no dominicales (un usufructo, la constitución de una servidumbre) y, en tal sentido, lo admite la nueva legislación de sociedades al establecer que «toda aportación se entiende realizada a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo» (art. 36.2).

En estas sociedades no hay presupuesto propiamente dicho sino previsiones de gastos e ingresos. Su aprobación corresponde a la Junta General ¹⁹ para pasar a integrarse en el presupuesto general de la Entidad Local sin el carácter limitativo propio de éste ²⁰.

4. LA SOCIEDAD MIXTA. REFERENCIA A LAS COOPERATIVAS Y SOCIEDADES LABORALES

A) LA APLICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Prevista en el artículo 85.4.e) LB que se refiere a la «sociedad mercantil cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad Local», se trata de una figura que permite excepcionar el régimen de contratación administrativa, el de personal y, además, modular el de contabilidad pública y el de fiscalización externa de cuentas.

Sin perjuicio de la aplicación básica del Derecho privado, el Ordenamiento jurídico-administrativo contiene algunas singularidades de su régimen y así en el acuerdo constitutivo de la sociedad, pueden establecerse las excepciones necesarias a la aplicación de la legislación societaria siempre que se refieran sólo a especialidades internas y se establezcan «sin perjuicio de tercero», es decir, de los demás socios y «en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa mixta o cooperativa».

¹⁹ Conservan su independencia, como es lógico, respecto del de la Entidad Local. La Corporación se reserva, no obstante y en los términos que ya conocemos, el control y la fiscalización interna (arts. 147.3, 149.3; 185, 190 y 201 LHL).

²⁰ La técnica de la «integración» es una aplicación al ámbito que nos ocupa de la previsión contenida en el artículo 134 CE a cuyo tenor es obligatoria la inclusión de la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal en los Presupuestos Generales del Estado. De esta concepción deriva pues el artículo 143 de la Ley de Haciendas Locales. También, para el ámbito del Estado, los artículos 48 y 50 de la Ley General Presupuestaria.

Pueden ser utilizadas las formas de las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada; el problema se plantea, sin embargo, en relación con las sociedades comanditarias que suelen entenderse incompatibles con este tipo de sociedades porque la exclusión de la gestión social, típica del socio comanditario, se acomoda mal a la exigencia de la legislación local de obligar a la Corporación a compartir dicha gestión y porque, además, rige el principio de responsabilidad ilimitada de las deudas sociales. Sin embargo, el razonamiento expuesto lo único que impide es que el Municipio sea socio comanditario pero no que sea socio colectivo que es el que desempeña, en este tipo de sociedades, la dirección y la gestión social. Mayor consistencia ofrece el argumento de la responsabilidad ilimitada, que prohíbe el artículo 105 TR y cuya aplicación conduciría a la responsabilidad de la propia Entidad Local.

Por lo que se refiere a las sociedades laborales²¹, su Ley reguladora (de 25 de abril de 1986) admite la participación en ellas de las Entidades Públicas modificando la regla general que afecta a este tipo de sociedades según la cual «ninguno de los socios podrá poseer acciones que representen más del 25 por 100 del capital social» (art. 18). Las Entidades Públicas pueden superar este tope y llegar hasta el 49, con lo que se respeta la exigencia de que la participación de la Corporación sea de la suficiente entidad para garantizarle «compartir la gestión social» pero sin que quede claro si, a su vez, este tope puede superarse en virtud de los mecanismos de transmisión de acciones previsto en el artículo 8 de la Ley.

Otro es el problema que suscitan las sociedades cooperativas admitidas como forma de gestión en la legislación local, según nos consta, como innovación de la LB. La Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987²², sin embargo, no tiene muy presente a las Entidades Locales en su articulado aunque admite como socios «tanto a las personas físicas como a las jurídicas, públicas o privadas» (art. 29.1 de la Ley). En efecto, la condición de socios se limita a «las personas que tienen intereses o necesidades socioeconómicas comunes, para cuya satisfacción y al servicio de la comunidad desarrollan actividades empre-

²¹ Sobre las sociedades anónimas laborales, véase SERRA MALLOL-CANO RICO, *Las sociedades anónimas laborales*, Madrid, 1987 y VEGA VEGA, *Sociedades anónimas laborales: régimen jurídico*, Cáceres, la 2.ª ed. es de 1987.

²² Que por cierto convive en el Ordenamiento con normas autonómicas ya que algunas Comunidades Autónomas ostentan competencias exclusivas en materia de cooperativas situadas en su territorio y en relación con las operaciones realizadas dentro de ello con sus socios (es así como ha entendido dicha competencia exclusiva la STC de 29 de julio de 1983 en relación con el País Vasco, lo que vale asimismo para Cataluña, Andalucía y Comunidad Valenciana que, en efecto, ha dictado sus propias leyes), por lo que en ellas la norma estatal será supletoria en virtud del principio contenido en el artículo 149.3 CE. Las demás Comunidades Autónomas ostentan tan sólo facultades de desarrollo reglamentario y ejecución.

sariales», dicción que entraña ya alguna dificultad para la utilización de esta forma por una Corporación Local a menos que la misma viniera ya desarrollando una determinada actividad empresarial o económica. También cuando se refiere a los promotores, la ley habla de la «clase de explotación de que el promotor es titular» o de la «actividad profesional que ejerce» (art. 11.2 de la Ley). Aunque todo ello es cierto, estas dificultades no parecen insalvables porque está claramente expresada la referencia a las personas jurídico-públicas como posibles socios de la cooperativa salvo, como es lógico, aquellas pensadas exclusivamente para personas físicas, caso de las de trabajo asociado, de las de consumidores y usuarios o de las educacionales²³.

Es posible la participación de la Entidad Local como asociado o colaborador, pues aunque éste tiene limitada su participación en la gestión social ello no contradice el mandato de la legislación local que se limita a exigir que la participación de la Corporación Local sea suficiente para compartir la gestión social.

B) CREACIÓN

Es posible la creación de una sociedad mixta mediante la adquisición por el Municipio de acciones o participaciones de una sociedad ya existente, a través del acuerdo con los titulares de acciones o participaciones sociales o, en su caso, mediante la compra del paquete de acciones en Bolsa²⁴. La competencia para decidir la ostenta el Pleno que adoptará el acuerdo con la mayoría cualificada del artículo 47.3 de la Ley Básica cuando se trate de operación cuya cuantía exceda del

²³ Algún autor ha visto la mayor dificultad en el régimen de responsabilidad de los socios al ser éstos responsables subsidiarios y sin límite de responsabilidad. En tal sentido, ALONSO UREBA, en «La sociedad mercantil...», *loc. cit.*, pp. 1317 y ss. Sin embargo, ello olvida el principio (contenido en el art. 71 de la Ley General de Cooperativas) de no responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales, salvo disposición contraria de los Estatutos. VICENT CULIÀ es el autor que más detenidamente ha estudiado el régimen de las cooperativas en nuestro Derecho. Véanse, entre estos trabajos, «El régimen económico de la cooperativa en la nueva ley de 19 de diciembre de 1974» en *Est. Coop.*, 1975, núms. 36-38 así como «El accidentado desarrollo de nuestra legislación cooperativa», en *Rev. Jur. de Cataluña*, 1979, pp. 869 y ss. Ahora también en la 3.ª ed. de su *Introducción al derecho mercantil*, Barcelona, 1990, pp. 206 y ss.

²⁴ A la que será de aplicación el régimen contenido en la Ley de Mercado de Valores de 28 de julio de 1988. No parece, sin embargo, que pueda ser de aplicación el actual régimen de ofertas públicas de adquisición (OPAs) toda vez que el Decreto de 26 de julio de 1991 cita entre los supuestos excluidos «aquellos que se realicen de conformidad con la Ley de Expropiación Forzosa, y las demás que resulten del ejercicio por las autoridades competentes de facultades de Derecho público previstas en la normativa vigente» [art. 4.b)]. Es preciso añadir que cosa bien distinta es que la Entidad Local adquiera en Bolsa acciones no con el fin de constituir una sociedad mixta sino con la finalidad de obtener unas rentas derivadas de la percepción de dividendos.

5 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto [apartado g) del citado precepto].

Junto a la adquisición en Bolsa ²⁵, cabe igualmente la expropiación de acciones. En el caso del convenio o acuerdo con los titulares de acciones o participaciones, es justamente en él donde deben regularse las peculiaridades que en la vida de la sociedad sea necesario introducir como consecuencia de la presencia en ella de la Entidad Local. Si tal acuerdo no existe o hay en él lagunas, es preciso estar a lo dispuesto en el artículo 105 del Reglamento de Servicios según el cual seguirán en vigor sus Estatutos «si ello es posible» aun cuando la Junta General podrá modificarlos.

En segundo lugar, puede crearse una sociedad mixta mediante la participación en la fundación de la sociedad de la Corporación Local junto a otros sujetos privados.

A tal efecto, los procedimientos admitidos son: la suscripción pública de acciones y el concurso de iniciativas.

La elaboración del «programa de fundación» corresponde al propio Municipio cuando actúe, en el supuesto de fundación sucesiva de una sociedad anónima, como promotora. Aprobado dicho programa por la Entidad Local procede su depósito en la Comisión nacional del mercado de valores y en Registro mercantil así como su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*; a continuación, tienen lugar las demás fases: suscripción de acciones, junta constituyente, otorgamiento de la escritura social y, por último, inscripción en el Registro mercantil. Por las dificultades de acomodación de esta fórmula a la legislación local parece que la Corporación Local no puede actuar como simple suscriptora sino, en cualquier caso, como promotora. Es posible asimismo el «convenio con empresa única ya existente, en el que se fijará el Estatuto por el que hubiere de regirse en lo sucesivo» (art. 104.3 Reglamento de Servicios).

En estas sociedades mixtas, ya lo sabemos, el capital social sólo parcialmente pertenece al ente público local y podrá ser desembolsado en la forma que hoy autoriza el artículo 12 de la Ley de Sociedades Anónimas. La transmisión de acciones es posible así como imponer las restricciones a la libre transmisibilidad que admite el artículo 63 LSA ²⁶.

²⁵ Admitida por ALBI cuando escribe: «esta modalidad de expropiación parcial, que el Reglamento no puntualiza exactamente, puede semejar dudosa al primer golpe de vista, pero un examen cuidadoso de la cuestión nos demostrará su posibilidad legal. Cabe, indudablemente, que a la Administración le interese intervenir parcialmente en una empresa ya constituida con carácter privado. Si no hay acuerdo con los interesados, no vemos inconveniente en que la Corporación, previo cumplimiento del trámite municipalizador, se haga cargo, en forma coactiva, de aquella parte del capital que considere necesario para sus fines», *Tratado...*, loc. cit., p. 410.

²⁶ Por todos, BROSETA, *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones*, Madrid, 1964 (hay una 2.ª ed. de 1985). En la práctica de las sociedades locales y en lo que he podido comprobar, las acciones son generalmente nominativas.

Se permite tanto la aportación dineraria como *in natura* por parte del ente local siempre que el bien aportado sea valorable, convertible en dinero y susceptible de ser llevado al balance. En los casos de aportación de bienes patrimoniales se impone el expediente de enajenación sin necesidad de subasta²⁷. Cuando se trate de bienes de dominio público, me remito a lo dicho en la conferencia dedicada a las sociedades de capital íntegramente público.

El TR dice que «las Entidades Locales podrán aportar exclusivamente la concesión, debidamente valorada...» ¿Qué se quiere decir con ello? A mi juicio, una concesión no puede ser objeto de aportación por el elemental argumento de que la concesión aparece únicamente cuando se ha instaurado una relación jurídica típica entre la Administración y un sujeto a favor del cual se ha creado un *status*. Sólo si éste sujeto existe, se ha instaurado ese específico modo de gestión; si, por el contrario, este sujeto no existe, entonces no se ha trabado la relación concesional, que, por su propia naturaleza, requiere la presencia de dos personas.

Ahora bien, a la condición de concesionario se llega por un determinado camino procedimental, nunca por el atajo de crear una sociedad de economía mixta a la que se atribuiría la situación jurídica del concesionario porque, si así se obrara, se estaría produciendo una inadmisiblemente yuxtaposición de modos de gestión que el Ordenamiento ha querido diferenciar. Por tanto, la Entidad Local no puede «aportar» una concesión porque si existiera, ésta estaría atribuida ya a un concesionario. Tampoco puede «aportar» la concesión en el sentido de invertir a la empresa mixta con el *status* del concesionario porque para eso sería preciso seguir las reglas procedimentales contenidas en el RS.

Entonces ¿qué es lo que ha querido decir el legislador? A mi juicio, únicamente se admite la aportación de una antigua concesión que haya sido rescatada y que, por lo mismo, ya no es tal *concesión* sino una mera organización cuyo exacto valor económico se conoce por el expediente de justiprecio tramitado en el marco del procedimiento de «efectiva ejecución de actividades en régimen de monopolio» o, como se decía en la terminología antigua, del procedimiento de municipalización previo a la constitución de la sociedad mixta.

La Corporación puede ostentar una situación privilegiada en la sociedad reservándose derechos propios de los fundadores o promotores por medio de las llamadas «cédulas o bonos de fundador»²⁸ o accio-

²⁷ Como ha defendido la mejor doctrina mercantilista, así, DUQUE, «La sociedad privada municipal», *Revista de Estudios de la Vida Local*, 1973, pp. 57 y ss.

²⁸ Que incluirían «derechos especiales de contenido económico» en los términos del artículo 11.1 LSA, cuyo valor en conjunto no puede exceder del 10 por 100 de los beneficios netos según balance una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal y por un período de diez años. Véase OTERO LASTRES, «Las ventajas particulares en la fundación de las sociedades anónimas», en *Rev. Der. Mercantil*, 1978, pp. 7 y ss.

nes privilegiadas que le atribuyen un mayor dividendo, una mayor cuota liquidación; no, sin embargo, la percepción de un interés ni la atribución de un voto plural ni, por supuesto, la privación a las restantes acciones de los derechos mínimos inderogables establecidos por la legislación de sociedades.

Fuera de estas singularidades, la Entidad Local, en su posición de socio, no cuenta con especiales ventajas; sin embargo, tal como hemos visto, el artículo 104.2 TR admite que puedan establecerse «especialidades internas tanto estructurales como funcionales que, sin perjuicio de terceros, exceptúen la legislación societaria». Entre éstas pueden citarse, una relacionada con el principio de proporcionalidad entre participación en el capital y los derechos de voto de los accionistas, y otra referida al principio de separación entre socio y sociedad. Veamos cada una de ellas por separado.

En primer lugar, la contenida en el artículo 106.1 RS a cuyo tenor en los Estatutos sociales podrá fijarse que «el número de votos de la Corporación en los órganos de gobierno y administración sea inferior a la proporción de capital con que participare en la empresa» (lo que estaría en consonancia con el contenido del art. 105.1 de la Ley de Sociedades Anónimas), salvo los cinco años anteriores al fijado para su extinción, época para la que deberá establecerse que el número de votos de la Entidad Local sea igual o superior al que le corresponde según su participación en el capital ²⁹.

En segundo lugar, el artículo 224.1 del Reglamento de Organización y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales señala que «cuando la Entidad Local explote una industria o empresa como persona jurídica de Derecho privado, le serán aplicables las disposiciones del Código Civil sobre responsabilidad por daños y perjuicios», lógicamente a la *sociedad* no a la Entidad Local. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1982 aunque existe también la responsabilidad en que puedan incurrir las personas que hayan sido designadas para representar a la Entidad Local en los órga-

²⁹ La legalidad de esta última posibilidad —es decir, la de disponer de un voto superior al derivado de la participación en el capital— ha sido cuestionada por GARRIGUES-URÍA, *Comentarios...*, cit., p. 439, pues supone la creación de acciones de voto plural, expresamente prohibidas por la legislación mercantil, como hemos visto. ALONSO UREBA entiende acertadamente, a mi juicio, que «el artículo 38 LSA, bajo la denominación de acciones de voto plural ha querido prohibir sin excepción cualquier combinación que directa o indirectamente rompa el principio de proporcionalidad entre la participación de capital y el derecho al voto, de forma que el artículo 106.1 RS habría configurado una importante especialidad respecto del derecho de sociedades anónimas. Sin embargo, se plantea aquí un problema de jerarquía de normas pues en la anteriormente vigente LRL no se preveía nada al respecto y entendemos que un reglamento no puede modificar la LSA. Resulta además significativo en este sentido el hecho de que en la nueva normativa local, concretamente en la LB y en el TR tampoco se prevé nada al respecto, de modo que no existe precepto paralelo al artículo 106.1 RS...», «La sociedad mercantil...», cit., p. 1348.

nos sociales quienes responderán cuando sigan sus instrucciones (analogía con el art. 121.2 LEF) ³⁰.

C) ESPECIALIDADES ORGÁNICAS

En estas sociedades mixtas la representación que ostentan en su Junta General los representantes de la Entidad Local responde al régimen de representación legal propio de las personas jurídicas ³¹. En cuanto al régimen de adopción de acuerdos, hay que tener en cuenta que en los Estatutos de las sociedades mixtas podrá establecerse que determinados acuerdos de los órganos de gobierno y administración de la sociedad deberán ser adoptados por la mayoría de las tres cuartas partes del número estatutario de votos, *siempre que la legislación societaria aplicable a las mismas lo permita*, lo que es el caso pues los *quorums* y mayorías legales pueden aumentarse con tal de que no quede desvirtuado el principio mayoritario (art. 103.3 LSA) ³².

El Consejo de Administración es órgano cuya existencia deriva de lo previsto en el artículo 108 del Reglamento de Servicios ³³.

Un problema clásico es el relativo a si el ente local puede dar instrucciones u órdenes a los Consejeros. Creo que difícilmente se va a impedir que existan este tipo de relaciones directas, como corrobora, para el Estado, el artículo 101.2 de la Ley del Patrimonio del Estado, que expresamente concede dicha facultad al Ministerio de Hacienda, al que a su vez se le atribuye el ejercicio de los derechos de socio.

Los Consejeros son nombrados por la Entidad Local en la proporción de un 50 por 100 entre los miembros que la constituyan y los técnicos. Los acuerdos se adoptan por mayoría de votos, excepto lo previsto en el artículo 107 del Reglamento de Servicios.

³⁰ Aunque no es fácil, como ha señalado ALONSO UREBA en «La sociedad mercantil...», *cit.*, p. 1349, configurar una acción directa de los terceros frente a la Entidad Local, cuando existe una persona jurídica perfectamente diferenciada por medio y cuando uno de los objetivos de la actuación a través de sociedades es justamente el de configurar reglas especiales de responsabilidad. Igual ocurre en el Derecho alemán, véase OSSENBÜHL, «Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht», en *Die öff. Verwaltung*, 1971, pp. 513 y ss.

³¹ Por cierto que las restricciones o limitaciones derivadas del antiguo artículo 60 LSA, aplicadas sólo a la representación voluntaria (y dirigidas contra los bancos), han desaparecido, lo que ha sido saludado positivamente por la doctrina que ha resaltado el «realismo» de la solución, así BROSETA, *Manual...*, *cit.*, p. 262.

³² La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de junio de 1979 se enfrenta al problema de la constitución de las Juntas Generales de las empresas mixtas cuando existe una voluntad obstruccionista por parte de los socios privados permitiendo la asistencia de un solo socio, sin perjuicio de los supuestos de *quorums* especiales, que no se planteaban en el supuesto al que la citada Resolución se enfrenta.

³³ Y en la legislación autonómica: artículo 37 del Estatuto de la Empresa Pública catalana y 66 de la Ley de Administración Institucional de Madrid.

El Gerente, órgano de carácter obligatorio, comparte con el Consejo de Administración las facultades de dirección y ejecución de la empresa correspondiendo a los Estatutos la precisión acerca de sus competencias y su forma de actuar, siempre en el marco de la legislación mercantil. Es órgano unipersonal cuyo nombramiento corresponde al Consejo de Administración, porque esta función no aparece entre las atribuidas a la Junta General. Deberá el nombramiento recaer en cualquier caso en persona especializada, por lo que el cargo tiene un carácter técnico. La duda que suscita la configuración del Gerente como órgano social o simple apoderado debe resolverse en el sentido de su carácter de órgano pues así viene definido, para las sociedades íntegramente públicas, en el propio artículo 90 RS ³⁴. No existe en nuestro Ordenamiento la figura del Director General de la sociedad anónima aunque se da con frecuencia en la práctica al recogerla muchos Estatutos ³⁵.

D) LOS PROGRAMAS DE ACTUACIÓN, INVERSIONES Y FINANCIACIÓN

Se incluyen como anexos del presupuesto general de la Entidad Pública, siempre que la participación de la Entidad Local sea mayoritaria. Las previsiones de estos programas no tienen el carácter limitativo propio de los presupuestos de las Administraciones Públicas. Su contenido implica tan sólo la aceptación de unos compromisos que serán de especial utilidad a la hora del ejercicio del control sobre la empresa. Estos programas comprenden el estado de inversiones reales y financieras a efectuar durante el ejercicio; el estado de las fuentes de financiación de las inversiones con especial referencia a las aportaciones que hayan de ser recibidas de la propia Entidad Local o de sus organismos autónomos; la relación de los objetivos a alcanzar y de las rentas a generar y memoria de las actividades que vayan a realizarse (art. 114 del Reglamento aprobado por Decreto 500/1990).

La formación de estos programas no excluye la obligación de las sociedades cuyo capital se encuentre mayoritariamente en manos pú-

³⁴ ALBI admite el posible nombramiento, además, de delegados y mandatarios siempre que no lo prohíban los Estatutos y que sus funciones se acomoden a las previstas en las normas mercantiles, véase *Tratado...*, cit., p. 382; en tal sentido, véase el artículo 141 LSA. Para la distinción entre delegación de facultades y simple apoderamiento, escurridiza y confusa en la práctica, véase IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid, 1971 y RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados, Comisiones ejecutivas y Consejos de Administración (la delegación en el órgano administrativo de la sociedad anónima)*, Madrid, 1971.

³⁵ Y referirse a ella expresamente el artículo 95 (y, correlativamente, 105 y 106) de la Ley del Mercado de Valores que los define como «aquellas personas que desarrollen en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración o de comisiones ejecutivas o Consejeros delegados del mismo».

blicas de remitir anualmente sus previsiones de gastos e ingresos, que deben incorporarse asimismo al presupuesto general de la Entidad Local, tal como ordena el artículo 149.3 de la Ley de Haciendas Locales.

La contabilidad de estas sociedades mercantiles será prácticamente la misma que la de cualquier sociedad mercantil privada no siéndoles por consiguiente de aplicación la Instrucción de contabilidad (aprobada por Orden de 17 de julio de 1990). La inspección de su contabilidad parece que se hará por la intervención de la Entidad Local (el art. 185.2 de la Ley de Haciendas se refiere a las «sociedades mercantiles *dependientes* de la Entidad Local»). Sí parece claro, en cambio, el sometimiento de estas sociedades a los controles financiero y de eficacia que se refieren a la comprobación del funcionamiento de los aspectos económico-financieros de las sesiones y al análisis del cumplimiento de sus objetivos así como al control general del Tribunal de Cuentas.

E) TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN, DISOLUCIÓN, RÉGIMEN DE LIQUIDACIÓN Y ESCISIÓN

La disolución procede en los términos de la legislación mercantil. El Tribunal Supremo ha dicho en la Sentencia de 24 de marzo de 1987 que «el Ayuntamiento carece de potestad para disolver, por sí mismo y por propia autoridad, una sociedad anónima en la que participa como socio, aunque se trate de una empresa mixta, porque para ello ha de acudir al acuerdo de la Junta General o a una resolución judicial, según establece el artículo 152 de la LSA...».

En la legislación local existe, además, la singularidad que deriva de la existencia del tope máximo de cincuenta años. Cuando este plazo expira, revierte a la Entidad Local todo el activo y pasivo así como las instalaciones, bienes y material de la empresa. No parece que pueda aplicarse a la sociedad mixta el sistema del rescate pero sí la rescisión del contrato, previsión que ha de ser necesariamente consignada.

Por último, el capital privado presente en la sociedad debe quedar amortizado durante el período de vigencia de la sociedad, por lo que no existe, en puridad, el llamado derecho a la cuota de liquidación³⁶.

³⁶ Por otro lado, es muy dudoso que siga en vigor el artículo 112 RS dado el sistema instaurado por el artículo 86 LB y el artículo 97 TR.

5. LA GESTIÓN INTERESADA

Por gestión interesada se entiende aquella forma de gestión de un servicio público en la que el gestor, comprometido en la prestación del servicio público, cuenta, de un lado, con la colaboración de la Administración (que frecuentemente aporta una parte relevante de las instalaciones necesarias para su desarrollo), de otro, con una remuneración mínima en forma de interesamiento que se concreta en una cláusula en virtud de la cual, cuando se producen beneficios por encima del mínimo asegurado, se atribuye al gestor una parte de ellos con el objeto de fomentar la prestación eficaz del servicio público encomendado. Como el mínimo asegurado cubre habitualmente gastos de inversión y gastos de actividad, el gestor no explota «a riesgo y ventura» sino que tiene siempre garantizada la retribución de sus inversiones con independencia del resultado de la gestión que se cuantifica de acuerdo con la fórmula adoptada para el interesamiento.

Es el interesamiento lo que obviamente define este modo de gestión. Como ha escrito Lorenzo MARÍN RETORTILLO «de la gestión interesada podemos deducir que lo más importante es, sin duda, el interesamiento, esto es, la especial conexión entre la Administración y el gestor que trata de conseguir no sólo el funcionamiento normal del servicio, sino incluso el perfeccionamiento del mismo a través de esta especial forma de remuneración del gestor en cuanto el servicio logre un desarrollo más eficiente, la posibilidad de que el gestor se interese, en definitiva, en el buen funcionamiento del servicio, es lo que hace que a este tipo de gestión se le califique de interesada»³⁷.

Como figura autónoma aparece en la Ley de Contratos del Estado. Según su artículo 66.2 se trata de un contrato «a cuya virtud el Estado y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato» y, con tal carácter, se introduce en el artículo 85.4.b) LB. Ninguna previsión contiene, como es lógico, el TR (fuera de las del art. 108 que son, de acuerdo con su naturaleza, de aplicación) y el Proyecto de Reglamento de Servicios recoge lo dispuesto en la legislación de contratos del Estado y, en especial, dos reglas: a) que se podrá estipular un beneficio mí-

³⁷ En el trabajo más clásico de la literatura española sobre este asunto, «De la "gestión interesada" a las "cláusulas del interesamiento"», en *RAP*, núm. 36, p. 70. Y añade: «tal interesamiento se nos presenta como un mecanismo para lograr que, asegurado el buen funcionamiento del servicio, sea lo más útil posible, desde un punto de vista económico tanto para la Administración como para el gestor. De donde resulta que el mecanismo del interesamiento, aparte de incitar al gestor a un mejor funcionamiento del servicio con la esperanza del aumento de los beneficios, trata de conseguir, por lo menos, dos efectos económicos que interesan fundamentalmente a la Administración [que] pueden ser tenidos en cuenta conjuntamente si la observación se lleva a un período de tiempo un poco extenso». *Ibid.*, p. 71.

nimo en favor de cualquiera de las partes asociadas atendiendo a los resultados de la explotación y *b*) que se determinará en el contrato el régimen obligacional de la gestión y, en especial, las responsabilidades que incumban al empresario.

Tampoco la ley catalana es muy explícita. Según su artículo 243 en la gestión interesada, el servicio público se prestará a través de una empresa gestora, a cambio de una participación en el resultado de la explotación; esta participación puede ser sustituida por remuneración que consista en primas o asignaciones fijas o variables; en ningún caso, el gestor podrá asumir la condición de funcionario y la relación no podrá ser considerada como societaria o de capital compartido.

6. EL CONCIERTO

El concierto permite convenir con una persona natural o jurídica la prestación de un servicio público, siempre que esa persona realice como propio de su giro o tráfico las prestaciones caracterizadoras de ese servicio.

El concierto es así, en primer lugar, un convenio o contrato; en segundo lugar, el concierto no origina el nacimiento de una nueva persona jurídica (art. 143 RS); en tercer lugar, exige que los servicios que la Corporación Local contrate se encuentren ya instalados y en funcionamiento, de forma que ésta se limita a utilizarlos.

En un concierto se dan cita, pues, el contratante o sea la Corporación Local, el concertado o gestor del servicio que podrá ser otra Entidad Pública (otro Ayuntamiento o una Diputación) o un particular y, por último, el beneficiario o usuario del servicio.

El pago del servicio se hace por la Corporación «a tanto alzado» (art. 146 RS), y se fija de forma *global*, por un período de tiempo o por unidades de prestación; *estimativa* pues, aunque no hay criterios legales, habrán de tomarse para su cómputo fórmulas nacidas de la valoración de los antecedentes, del volumen de las prestaciones, etc.; *previa*, es decir, se pacta con anterioridad a la prestación del servicio y es inalterable.

La duración del concierto puede ser, como máximo, de cincuenta años, corrección injustificada a mi juicio operada por el TR (art. 108) sobre los diez del artículo 144.1 RS, que es más lógica pues el concierto debe ser siempre una fórmula transitoria sobre todo si se tiene en cuenta que pueden autorizarse prórrogas siempre que se fundamente la imposibilidad de cualquier otra fórmula o se demuestre que resulta ser el medio más ventajoso para el interés público ³⁸.

³⁸ En tal sentido, la STS de 21 de febrero de 1990 que admite la tática reconducción como «plenamente aplicable a la contratación administrativa».

Sería bueno incorporar en el futuro una garantía para resolver el contrato consistente en la notificación al concertado de la intención de proceder a instalar un servicio propio, respetando el plazo de preaviso que se haya establecido en el contrato y determinado en función de las características del servicio.

Por las singularidades que el concierto ofrece (y tanto si se conviene con persona pública como con persona privada), la Corporación contratante no dispone de las potestades propias que derivan del contrato administrativo, notoriamente el *ius variandi*, lo que deriva del hecho, antes señalado, de que la Corporación se limita a «utilizar» instalaciones ya en funcionamiento. Estamos ante un «contrato administrativo especial», en la terminología del artículo 6 del Reglamento de Contratos del Estado y, por tanto, a las normas allí invocadas hay que acudir para determinar su Régimen Jurídico (lo que autoriza la cláusula de supletoriedad contenida en la Disposición Adicional 2.ª del Reglamento de Contratos de las Corporaciones Locales).

7. EL ARRENDAMIENTO

A) CONCEPTO

La nota que caracteriza al arrendamiento viene determinada por el hecho de que la instalación que sirve de base al servicio es propiedad de la Corporación. Así lo dice el artículo 138.1 RS: «las Corporaciones Locales podrán disponer la prestación de los servicios mediante arrendamiento de las instalaciones de su pertenencia» y para el TR «sólo podrán ser objeto de arrendamiento los servicios cuya instalación se haya hecho directamente por la Corporación o que sea propiedad de ésta» (como se ve, ligero retoque de redacción para venir a decir lo mismo, art. 95.2). La Ley catalana de 8 de abril de 1987 insiste en el «arrendamiento de las instalaciones» (art. 245).

Ahora bien, también la concesión puede consistir en el mero ejercicio del servicio público concedido cuando las instalaciones existieren ya; es más, entre las cláusulas que deben consignarse en toda concesión se encuentra precisamente la que se refiere a las obras e instalaciones de la Corporación cuyo goce se entregare al concesionario. El RS manda aplicar al arrendamiento las reglas de la concesión, si no son incompatibles con la naturaleza del sistema (art. 140.2, en lo que insiste el art. 245.4 de la Ley catalana).

A mi juicio, si se descarta el elemento diferenciador de la propiedad de las instalaciones, tenemos, de un lado, que el concesionario dispone de un haz de facultades y derechos más consistente que el más bien endeble Estatuto del arrendatario (sobre los de carácter econó-

mico hay que añadir en beneficio del concesionario el reconocimiento de la vecindad, art. 128.1.1 RS, a su favor y a favor de sus dependientes y operarios); de otro, el sistema de retribución es distinto, tarifas a percibir por los usuarios, precio (o canon en la terminología del RS) en el supuesto del arrendamiento. Estos elementos me parecen suficientes para manejarnos con cierta soltura, más allá de lo que a veces indican los propios instrumentos jurídicos otorgados por las Corporaciones que propenden a confundirlos.

Como de lo que se trata es de prestar servicios públicos obviamente conectados con las competencias de las Corporaciones Locales, interesa saber ahora cuáles son los elementos que intervienen en el arrendamiento para alcanzar tal objetivo. En primer lugar, está el objeto o, más precisamente, el contenido material del arrendamiento que consiste en las instalaciones que, perteneciendo a la Corporación Local, se ponen a disposición del particular para que éste pueda prestar el servicio.

En segundo lugar, el precio. No es modelo de perfección el tratamiento que del precio hace el RS. Es éste un elemento básico en este contrato; para el ámbito del Derecho privado así lo dice el artículo 1.544 del Código Civil; pues bien, en ningún sitio se dice *de forma directa* en el RS que el precio sea la contraprestación del arrendatario a la cesión de las instalaciones hecha por la Administración. Hay, sí, dos referencias que entiendo son lo suficientemente significativas como para poder afirmar que el precio constituye elemento esencial de este modo de gestión: me refiero a las de los artículos 139.2 RS (al fijar la garantía en relación con el canon) y 140.1 RS (al señalar como causa de resolución la demora en el pago por más de treinta días)³⁹.

Aunque hubiera sido deseable mayor precisión, creo que estos datos normativos son suficientes. Así y todo, es lícito preguntarse si podría existir un arrendamiento gratuito, un arrendamiento sin merced. Creo que la contestación negativa hay que buscarla hoy en el artículo 108.e) del TR y, en todo caso, en las reglas de supletoriedad que establecen las Disposiciones Adicionales del Reglamento de Contratos: normas aplicables a la Administración del Estado y Derecho privado, donde el «precio cierto» constituye elemento conformador del arrendamiento (arts.1.542 y ss. del Código Civil). En la ley catalana, la referencia al precio es explícita (art. 245.3).

En cuanto al tiempo, la limitación de los diez años, establecida en el RS, hay que entenderla ampliada a cincuenta, por aplicación del artículo 108.a) TR y así lo ha entendido el PRS⁴⁰.

³⁹ La STS de 13 de febrero de 1990 admite la revisión de precios en los términos que se hayan pactado en el contrato.

⁴⁰ La STS de 27 de septiembre de 1989 admite la prórroga del contrato por consentimiento tácito de la Administración.

B) OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Las del *arrendador*, es decir, el Municipio contratante, consiste, en primer lugar, en entregar la instalación. El cumplimiento o la resolución del contrato será la consecuencia anudada al incumplimiento de esta obligación. En segundo lugar, la de mantener tal situación durante el tiempo que dure el contrato.

En cuanto al *arrendatario* deberá prestar el servicio, incluso en el supuesto de aparición de circunstancias imprevisibles; pagará asimismo el precio en los términos vistos; deberá conservar las instalaciones atribuyéndosele el pago de las reparaciones necesarias⁴¹ pero no pudiendo introducir mejoras si no cuenta con autorización de la Administración arrendadora (regla del artículo 108, *in fine* del TR; por último, el arrendatario deberá devolver las instalaciones en el mismo estado en que las recibió, excepto en los supuestos de fuerza mayor previstos en el artículo 57 del Reglamento de Contratos por ser este precepto de aplicación general. A esta revisión son aplicables, en la medida que su naturaleza lo consienta, las reglas de la reversión concesiona.

Se extingue este contrato por incumplimiento de las partes, pudiendo la Corporación acordar o el contratista pedir la resolución u optar por el cumplimiento, con derecho al resarcimiento de daños y perjuicios; falta de pago del canon o precio y, por último, cuando se produzcan deficiencias del arrendatario en la conservación de las instalaciones cedidas, valoradas caso por caso, en último término, por el juez.

A todo ello hay que añadir el fallecimiento del arrendatario, el desistimiento unilateral de la Administración, que sería fórmula cercana al rescate de las concesiones y el transcurso del término. La tácita reconducción no es aplicable, por las singularidades procedimentales de la contratación administrativa, a este modo de gestión que se viene analizando.

Si el arrendatario no abandona las instalaciones de la Corporación una vez el contrato de arrendamiento se ha extinguido, procede el desahucio, en los términos del Reglamento de Bienes (arts. 120 y ss.).

⁴¹ En los términos de la STS de 22 de julio de 1988 «las reparaciones ordinarias pero no las extraordinarias que sean consecuencia de acontecimientos imprevistos ajenos a las previsiones que sirvieron de base a la hora de celebrar el contrato». Y más expresivamente, la sentencia apelada que acepta el alto Tribunal «ha de tenerse en cuenta el principio de buena fe que ha de informar toda relación contractual y debe presidir el ejercicio de los derechos... pues ha de valorarse, de un lado, el concepto mismo de obra de conservación, como aquella destinada a mantener en buen estado una cosa, reparando los deterioros normales u ordinarios, con lo que han de excluirse los quebrantos debidos a sucesos imprevisibles, extraordinarios y ajenos a los supuestos fácticos tenidos en cuenta al perfeccionarse el contrato...».

8. LOS CONSORCIOS

A) CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

El consorcio es una fórmula jurídica con la que toma cuerpo el interés que varios sujetos tienen en hacer juntos algo que a todos ellos interesa. Si se estudia aquí (en el marco de un trabajo sobre la organización de los servicios municipales) es por la frecuencia con que se produce la incorporación de un Municipio a la fórmula consorcial. Es en el RS donde hay que buscar los únicos preceptos prácticamente existentes referidos a los consorcios. Según su artículo 37, las Corporaciones Locales pueden constituir consorcios en Entidades Públicas de diferente orden para instalar o gestionar servicios de interés local. Tienen carácter voluntario, están dotados de personalidad jurídica y pueden utilizar cualquiera de las formas de gestión de servicios.

A partir de estos datos normativos, se ha discutido la condición de ente local del consorcio⁴². Parece que los consorcios no son simples modalidades gestoras de servicios sino auténticas Entidades Locales, lo que se vería ratificado por la posterior evolución legislativa de la figura del consorcio ya que el Decreto-ley de 12 de noviembre de 1970, sin calificarlos como entes locales, les asignó tal consideración a los efectos de disfrutar de los beneficios fiscales propios de las Corporaciones Locales. Con posterioridad y, ya de una forma explícita, el artículo 107 del Real Decreto 3046/1977 en su apartado segundo, atribuye a los consorcios «la consideración de entes locales». A partir de 1977, no podía existir ninguna duda legal ni doctrinal al respecto.

Sin embargo, la LB produciría una sensible conmoción motivada por los siguientes factores: *a)* los consorcios no aparecen en la nómina de entes locales de su artículo 3; *b)* los consorcios se incluyen en el capítulo de actividades y servicios, con lo que el legislador parece apuntar hacia su consideración como simple modalidad gestora de servicios; *b)* se permite convivir en el seno del consorcio junto a Entidades Públicas, Entidades Privadas sin ánimo de lucro; *d)* las escasas pistas que de su regulación ofrece la citada LB y, posteriormente, el Texto Refundido; en fin, *e)* su equiparación con los convenios.

A mi juicio y para salir de este embrollo hay que distinguir entre:

a) Consorcios constituidos entre Administraciones Locales. Es éste cabalmente el consorcio regulado por la legislación local. La utilización en este caso del Ordenamiento local es plena y no parece que pueda ofrecer duda: Administraciones Locales se asocian para fines de

⁴² Véase MARTÍN MATEO, *Los consorcios locales*, Madrid, 1970, un libro clásico; asimismo MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Los consorcios en el Derecho español*, Madrid, 1974.

interés común, es decir, locales, y producen una persona jurídica que, al no poder ser una simple forma de gestión (porque puede utilizar las formas de gestión), tiene que tratarse justamente de un ente al que es de aplicación al Ordenamiento local.

b) Consorcios constituidos entre una o varias Administraciones Locales y las Administraciones del Estado o de la Comunidad Autónoma. Entiendo que, en estos casos, la presencia del Estado o de la Comunidad Autónoma modifica el *status* de la figura que se cree con tal intensidad que será el Ordenamiento estatal o el autonómico el aplicable. Nos hemos salido del Ordenamiento local y hay que recurrir al propio del ente superior que en el consorcio interviene. Sus normas generales sobre consorcios —si es que existen— o las creadas *ad hoc* serán las directamente aplicables. Cabe la remisión expresa al Ordenamiento local pero, aun así, será inevitable realizar adaptaciones.

c) Consorcios en los que participan Entidades Privadas sin ánimo de lucro. En estos casos, la expresión consorcio hay que entenderla referida a convenio o acuerdo (sin que exista nueva persona jurídica), concluido al amparo de lo previsto en los artículos 3 de la Ley de Contratos del Estado y 8 del Reglamento de Contratos de las Corporaciones Locales.

Resulta anómalo que del acuerdo entre una Entidad Pública y un particular nazca una persona jurídica pública. El legislador no ha podido querer crear una figura atípica que tantas disfunciones produce sin dotarla a renglón seguido de un Régimen Jurídico seguro. Además, un argumento adicional proporciona el consorcio previsto en el artículo 12.2 del Reglamento de Gestión Urbanística. Según este precepto «a los consorcios se podrán *incorporar* particulares, previo *convenio* acerca de las bases que hayan de regir su actuación». De esta redacción se deduce con claridad que el consorcio está creado, existe como persona jurídica, incorporándose a él particulares con quienes se pacta («previo convenio») la actuación que se quiere llevar a cabo.

B) LOS ESTATUTOS

Se trata de la norma básica del consorcio. Determinarán las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero, delimitarán los fines de la Entidad así como las actividades o servicios que se le encomienden o asignen; el régimen de organización y funcionamiento interno, incluidos los aspectos económico-presupuestarios, que tendrán en todo caso carácter jurídico-administrativo, siendo de aplicación supletoria la legislación de Régimen Local; el régimen al que quedarán sometidas las relaciones jurídicas con terceros derivadas de las activi-

dades del consorcio, que podrán ser de Derecho privado; sus recursos económico-financieros y el régimen de personal.

Como vemos, los Estatutos sólo contienen especialidades por lo que el Régimen Jurídico aplicable normal será, salvadas tales especialidades, el de los entes locales. El Título V de la LB o el VI del ROF serán, por consiguiente, de aplicación normal en lo que se acomode a los fines y sentido del consorcio. En los Estatutos se deberá hacer por ello un esfuerzo clarificador a tal efecto ⁴³.

En cuanto a su ámbito territorial, la legislación catalana de Régimen Local de 1987 prohíbe a los Municipios participar en aquellos en los que intervengan comarcas diferentes a la cual pertenezcan si el objeto del consorcio es coincidente con una actividad o con un servicio declarados de interés comarcal en el programa de actuación de su comarca, aunque se puede excepcionar tal regla por el Consejero de Gobernación, de acuerdo con el procedimiento expresamente previsto.

C) CREACIÓN, REPRESENTACIÓN Y REGISTRO

Nada nos dice la legislación vigente sobre la tramitación que conduce a la creación de un consorcio. A falta de norma explícita de la Comunidad Autónoma, habrá de aplicarse por analogía la regulación existente en materia de Mancomunidades para llenar el vacío o hueco legal existente. Por ello valdrá el acuerdo de voluntades entre los entes locales intervinientes, sin que sea preciso pronunciamiento alguno de los órganos de la Comunidad Autónoma.

El acuerdo de la Corporación para constituir un consorcio o incorporarse válidamente a uno ya constituido, requiere el voto favorable de la mayoría absoluta el número legal de miembros de la Corporación, según el artículo 47.3 LB que habla de la «creación, modificación o disolución de Mancomunidades y otras organizaciones asociativas, así como aprobación y modificación de sus Estatutos».

Dese la perspectiva del consorcio ya constituido, no requiere sin embargo modificación de los Estatutos la admisión de nuevos miembros o la separación de alguno de ellos, materias estas que pueden quedar confiadas a los órganos de gobierno de la Entidad, a menos que los Estatutos dispongan otra cosa.

La representación que corresponda a cada Entidad consorciada será determinada en los Estatutos, sin que éstos puedan excluir a ninguna,

⁴³ Los Estatutos de consorcios recientes que he podido consultar evitan pronunciarse sobre el régimen jurídico aplicable a la actividad del mismo, lo que origina, a mi juicio, confusión. Tal ocurre entre otros con el Centro de Cultura contemporánea, consorcio constituido entre el Ayuntamiento de Barcelona, la Diputación y el Ministerio de Cultura.

al ser ésta la única regla material fijada en el Texto Refundido (art. 110.4).

En el Real Decreto 382/1986, que organiza el Registro de las Entidades Locales, no aparecen los consorcios como Entidades a inscribir, por lo que sería deseable que las Comunidades Autónomas organizaran, para mayor seguridad y una adecuada publicidad, un Registro de estas características o dispusieran la utilización, a tales efectos y previo acuerdo con éste, del Registro del Estado.

D) POTESTADES

Una vez más, es necesario remitirse a la legislación autonómica que habrá de precisar cuáles son las potestades públicas atribuidas a los consorcios. En relación con la expropiatoria entiendo que los consorcios únicamente pueden ser beneficiarios de la expropiación aunque en la práctica se puede acudir al ejercicio de la potestad expropiatoria mediante la reiteración del procedimiento en cada uno de los Municipios consorciados. Por el carácter *sui generis* que, como Entidad Local, tienen los consorcios es preciso que la legislación autonómica precise el elenco exacto de potestades de que pueden disponer los consorcios pues no es admisible ningún tipo de interpretación extensiva.

E) UTILIZACIÓN DE LAS FORMAS DE GESTIÓN

Podrán utilizar los consorcios cualquiera de las formas de gestión (art. 110.5 TR). Así, las formas de gestión directa son todas ellas posibles; de las indirectas, cabe igualmente la concesión y también las demás aunque, en la práctica, será raro (porque carece de sentido) que se utilicen las fórmulas del concierto o el arrendamiento.

F) RECURSOS FINANCIEROS

La legislación anterior a la actual básica autorizaba a los consorcios a recaudar tasas y contribuciones especiales (así, el art. 129 del Real Decreto 3259/1976 de 30 de diciembre, de desarrollo de la Ley 4/1975), debiéndose aprobar para ello las correspondientes Ordenanzas fiscales en la forma prevista en la legislación general de Régimen Local y en sus propios Estatutos.

La nueva legislación hacendística permite atribuir a los consorcios la fijación de los correspondientes precios públicos, salvo cuando dichos precios no cubran el costo de los mismos.

Muchas dudas ofrece la supervivencia del régimen de beneficios fiscales pues el nuevo régimen de las Haciendas Locales ha derogado las previsiones anteriores sin que parezca que existan normas sustitutorias claras.

Resta por indicar que, a la vista de las dificultades de régimen que los consorcios presentan, es previsible que se conozca, como antes he adelantado, un declive de esta figura que puede verse desplazada por otras modalidades asociativas de perfiles más seguros.