

Tres tipos de participación local en la empresa

José Antonio Moltó Carbonell

Licenciado en Derecho

Especialista universitario en Contabilidad General

Funcionario de carrera de la Diputación de Alicante

Sumario. I. INTRODUCCIÓN. II. LA ÍNTEGRA TITULARIDAD DEL CAPITAL Y LA RESERVA DE SERVICIOS. 1. Concepto. 2. Procedimiento de iniciativa local económica. 3. Constitución y unipersonalidad. 4. Control. a) El control político y el de legalidad. b) El control económico-financiero. 5. Naturaleza, calificación y demanialidad. 6. Objeto social y reserva de servicios. III. LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA. 1. Concepto; propuesta de criterios para su definición. 2. El control como elemento definitorio. a) Control económico-financiero. b) Control político. c) Control de legalidad. 3. Objeto social, control y libre competencia. 4. Calificación patrimonial y control. IV. LAS INVERSIONES FINANCIERAS PATRIMONIALES. 1. Concepto. 2. Distinción, naturaleza y control. 3. Adquisición e iniciativa económica. 4. La técnica de la participación indirecta. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, inicialmente concebido como una guía básica para Ayuntamientos inversores, pretende enunciar el cuadro de posibles decisiones —preceptivas y potestativas— sobre el control, la calificación patrimonial y el régimen empresarial que exige el uso de técnicas organizativas mercantiles destinadas a instrumentar la gestión de servicios, la ejecución de medidas de política económica o la obtención de ingresos para la Hacienda local. Así intenta responder a ciertas dudas de práctica municipal cotidiana, tradicionalmente relacionadas con la empresa pública, excluyendo los casos de Organismos autónomos, entidades públicas empresariales y relaciones laborales.

La mayoría de las dificultades subsistentes provienen de la coyunturalidad de los criterios de política económica que se adopten y de la indefinición de los principales conceptos que las respuestas incluyen, indefinición que reside, en última instancia, en el diseño constitucional inacabado o abierto del sistema económico¹; pero se agrava, al producirse dentro del marco cambiante de la convergencia europea, del continuo cuestionamiento del poder local y del servicio público, y ante la fenomenología de

¹ Apertura, suficientemente atestiguada por STC 37/1981, 16 nov., y numerosos autores.

la globalización y de las medidas privatizadoras cuya competencia incumbe a las Entidades Locales.

Pero tales dificultades no implican necesariamente el abandono del subsector local empresarial, ni deben disuadir de precisar los requisitos y procedimientos que el Ayuntamiento realiza para valerse de las formas empresariales en cuestión, así como de los ámbitos discrecionales que le asisten, porque ninguna de ellas fundamenta la desregulación que provoca, ni elimina la necesidad de que las Administraciones Locales sigan detentando, sino la propiedad, al menos, la titularidad de ciertos servicios que no pueden ser enteramente confiados al sector privado ni a las multinacionales.

Es lugar común que el estudio de la empresa pública comprende el de la normativa civil, mercantil y contable de la que se sirve; el paso siguiente es cuantificar la participación, lo que inmediatamente distingue a la sociedad unipersonal de la de economía mixta, pero añade el problema de diferenciar esta última de los casos en que la participación no origina tipo alguno de sociedad pública, sino que limita el papel de la Administración al de mero socio. La participación local en capital puede ser íntegra o parcial; y en el segundo caso, mayoritaria o minoritaria. Será su volumen, la índole de la actividad o servicio y la finalidad de la inversión los que exigirán una concreta forma de control público, así como una especial calificación jurídica —patrimonial o demanial— y un determinado régimen empresarial, libre o monopolizado.

Ahora bien, ninguna de estas circunstancias tiene perfiles demasiado claros, ni en la norma, ni en la práctica. S. MARTÍN-RETORTILLO ha avisado de «la situación caótica y atomizada»² de la regulación, de lo relativa y accidental que es la forma jurídica de las empresas públicas, y de la inutilidad de reconducir a una sola figura el concepto, pese a la obsesión por intentarlo. Por eso intentaré no hablar de empresa pública; la posición subjetiva del Ayuntamiento es, en cualquier caso, la de propietario de acciones o participaciones; y desde ahí, la teoría mercantil de los títulos valores permite considerar una realidad común a los tres tipos participativos anunciados, a fin de compararlos y analizar sus especialidades.

Por otra parte, la doctrina más autorizada ya ha avisado de los peligros que conlleva la denominada «huida del Derecho administrativo»³. En su

² S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente», *RAP* 126, 1991.

³ S. MARTÍN-RETORTILLO B., op. cit. Bernard-Frank MACERA revela los orígenes de la expresión en nota 4 a pie de pág. 238, de «La sujeción a control contencioso-administrativo del fieri de los con-

lugar, el adecuado planteamiento de la cuestión mercantil debería considerar la delimitación del subsector desde la ubicación constitucional del Ayuntamiento, permitiendo una perspectiva pública de lo privado. Y a la vista de los postulados de la Constitución (CE, en adelante) y de que las potestades municipales que aquí interesan constituyen manifestaciones de la iniciativa local económica que caracteriza el modelo constitucional multinivel de sector público⁴, no sólo debería indagar los tipos de control democrático aplicables, especificar los intereses generales de cada clase de propiedad, e identificar a los posibles agentes económicos⁵, sino, también, describir las vías que garantizan los principios rectores de la política económica, y clasificar los sectores económicos en función de su publicidad.

II. LA ÍNTEGRA TITULARIDAD DEL CAPITAL Y LA RESERVA DE SERVICIOS

1. Concepto

Es siempre un modo de gestión directa de servicios públicos locales (*ex* artículo 85.2 Ley 7/1985, 2 abril; LRBRL, en adelante) la participación íntegra, total o exclusiva, del capital de una sociedad por un solo Ayuntamiento, acordada previo procedimiento establecido en el artículo 97 RD Legis. 781/1986, 18 abril (TR-DLVMRL, en adelante), para el ejercicio de actividades económicas.

La Ley 71/1995, 24 mar. (LSRL, en adelante), calificó como sociedad unipersonal los casos en que un solo socio es propietario de todas las participaciones⁶, ya originaria, ya sobrevenida (artículo 125). Obvio es que, por ello, la inversión no puede corresponder a más de una Entidad Local; la concurrencia de varias constituye colaboración interadministrativa en sociedad mixta.

tratos celebrados por ciertas sociedades mercantiles públicas: un remedio improcedente a una tendencia privatizadora ilegítima», *RAP* 155, 2001.

⁴ Delimitar el ámbito de la iniciativa pública económica es una de las principales dificultades para la articulación del subsector local, como se deduce de «Servicios públicos e iniciativa económica pública», Joaquim BISBAL I MÉNDEZ, en *Informe sobre el Gobierno Local*, Varios autores, INAP, 1992.

⁵ R. MARTÍN MATEO, *El marco público de la Economía de Mercado*, Trivium, 1999, pág. 71, se refiere a identificar a los auténticos protagonistas y al papel que desempeñan.

⁶ A instancias de la Directiva 89/667, 21 dic., de la CEE.

La participación unipersonal adoptará cualquiera de las formas admitidas por los artículos 103 TR-DLVMRL y 89 del Decreto de 17-6-55 (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, o RSCL, en adelante); es decir, SA o SRL. Aunque pueden concurrir especialidades normativas autonómicas, en atención a los criterios de ubicación del domicilio y de la actividad social, no obstante, se ha cuestionado que las Comunidades Autónomas puedan permitir tipología social distinta a la mencionada, a la vista de la DF 7.^a.1, b) del TR-DLVMRL —declarada inconstitucional por STC 385/1993, 23 dic.— y del proceso de armonización europea; éste, en mi opinión, irreconciliable con la regionalización de los tipos sociales⁷.

2. Procedimiento de iniciativa local económica

Por exigencias del artículo 86 LRBRL, en relación con el 97 TR-DLVMRL, la creación de mercantiles locales atraviesa dos fases. En la primera —común a los demás tipos de participación aludidos en los siguientes epígrafes— el Pleno municipal considera y decide asumir la iniciativa económica que la sociedad implica, esto es, el tipo de intervención que se va a producir. En la segunda se constituye la sociedad, adquiriendo personalidad jurídica⁸ mediante inscripción, en el Registro Mercantil, del documento que formalice el contrato y los estatutos (artículos 8 LSA y 9 LSRL)⁹.

La primera fase culmina con la aprobación del Reglamento del servicio y el proyecto de estatutos sociales¹⁰. Y entiendo que también debería

⁷ Entiéndase; con motivo de la consagración por el Acta Única Europea de 1986 de las libertades de establecimiento y circulación de personas y capitales, la CEE dictó Directivas que obligaron a los países miembros a armonizar los respectivos Derechos societarios internos, a fin de implantar un modelo común operativo en cualquier país europeo; lo recuerda el *Manual de Derecho Mercantil* de Manuel BROSETA PONT, Tecnos, 1985. Regular después especialidades derivadas del Derecho autonómico, en virtud del 149.1, 6.^a CE, no parece la dirección adecuada para reafirmar el papel europeo de los entes locales o autonómicos, ni para potenciar la iniciativa vecinal allende el marco regional.

⁸ De la personalidad provienen la condición de sujeto de derechos y la autonomía patrimonial, según Rodrigo URÍA (*Derecho Mercantil*. Marcial Pons, 2000, págs. 168 a 172 y 233).

⁹ Y esto, ya sea en escritura pública notarial, ya en «documento administrativo, dando fe, en este caso, el Secretario de la Corporación» (artículo 113. 6.^a TR-DLVMRL), que también debe autorizarlo —es decir, en ejercicio de la función asesora (92.3 LRBRL), controlar su legalidad—, tal cual haría el Notario, cuya intervención no es necesaria porque el documento administrativo es «título suficiente para acceder a cualquier registro público» (artículo 54.1 LCAP). Véase también artículo 71.5 RD 1098/2001, 12 oct. (RD 1098/2001, 12 octubre; RG-LCAP, en adelante).

¹⁰ L. P. BOURGON TINAO, *Manual de Servicios Públicos Locales*, MAP, 1991.

incluir pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas (artículo 67 RD Leg. 2/2000, 16 junio; LCAP, en adelante). Su tramitación es discutible. Mientras a ALCOVER GARAU¹¹ le parece inexplicable la complicación que presenta el procedimiento, cuando se trata de servicios públicos locales necesarios, SOSA WAGNER considera que la aprobación de los estatutos es decisión posterior que el Pleno adoptará en cuanto Junta General¹², pero conviene en que la competencia es del Pleno (artículos 22.2, f LRBRL y 97.1, d TR-DLVMRL).

El artículo 47.3, f) LRBRL exige mayoría absoluta del número legal de miembros para la municipalización de actividades «en régimen de monopolio y aprobación de la forma concreta de gestión del servicio correspondiente», habiéndose entendido que basta mayoría simple (Concejales presentes en la sesión) cuando la actividad queda de libre concurrencia¹³; interpretación que no distingue sino un supuesto fáctico en la tipificación del apartado, cuando la aprobación de los estatutos implica crear una forma de gestión y un singular tipo de bienes demaniales: las acciones o participaciones —como luego intentaré demostrar—. Por eso creo que, en virtud al 47.3, k) LRBRL —que exige mayoría absoluta para la calificación demanial— debe distinguirse el quórum exigible en función de las diferentes formas de participación que la iniciativa decida; de manera que proceda mayoría absoluta legal para casos de sociedad íntegramente participada; mayoría simple, para mera adquisición de participaciones; y en el caso de la empresa mixta, según se califique la naturaleza —patrimonial o demanial— de la inversión.

El procedimiento es complejo también porque, tratándose de un plenario, está exceptuado del procedimiento administrativo común regulado en la Ley 30/1992, 26 nov. (DA 1.^a); y aunque se inicia de oficio (*ex* artículo 97, a, TR-DLVMRL), puede ser instado por el vecino (artículo 18.1, g, LRBRL) en casos de servicio obligatorio (artículo 26 LRBRL); incluso, con motivo de la reclamación contra el Presupuesto (151 Ley 39/1988, 28 dic.; LHL, en adelante), debiéndose aplicar entonces la Ley 30/1992, en cuanto a los intereses ciudadanos.

¹¹ G. ALCOVER GARAU, «Aproximación al régimen jurídico de la sociedad de capital local». *RAP* 134, 1994, pág. 96. La observación es importante; algunas opiniones y prácticas juzgan innecesario seguir procedimiento alguno para establecer los servicios mínimos del artículo 26 LRBRL, como si su obligatoriedad legal tuviera un efecto automático o de establecimiento *ipso iure* del servicio.

¹² F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, 1999, pág. 103.

¹³ Refrenda últimamente esta opinión F. J. MARCOS OYARZUN, en *Nuevo escenario de poderes en la Administración Local municipal*, Aranzadi, 2000, Cap. XIV.

3. Constitución y unipersonalidad

La sociedad local unipersonal es contrato privado mercantil porque la LCAP lo excluye del régimen del contrato administrativo de gestión de servicios públicos (artículo 154.2)¹⁴. Y es paradójico que el carácter del contrato sea menos público allá donde es más evidente la presencia de la Administración, ya que el contrato social donde se admiten particulares —la sociedad de economía mixta— es indudablemente administrativo, según el artículo 156.d) LCAP; esto es, a menor participación pública, mayor carácter público.

Aprobado el proyecto de estatutos, la segunda fase del proceso debería seguir los trámites previstos para la contratación de las Administraciones Públicas (artículo 9 LCAP). De ahí la conveniencia de aprobar también los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas y económicas particulares (67 LCAP), durante la fase anterior, que entonces serviría de expediente de contratación previo a la adjudicación (67 a 77 LCAP)¹⁵.

Ahora bien, la naturaleza del acto constitutivo ha sido debatida por la doctrina mercantil, que en ocasiones ha eludido la calificación de contrato, sustituyéndola por la de «acuerdo colectivo, acto complejo o contrato plurilateral»¹⁶. El Tribunal de Defensa de la Competencia ha asumido que «las sociedades anónimas resultan gestoras del servicio sin ningún tipo de concurso ni subasta»¹⁷. En la doctrina administrativa, SOSA WAGNER niega que aquí la Administración ejerza potestad de contratación; la que ejerce —escribe¹⁸— es la de organización de los servicios públicos.

Y en efecto, aunque las leyes se refieran al contrato de sociedad, la mercantil en cuestión se resiste férreamente a vestirse de contrato porque la íntegra participación del capital social implica una unipersonalidad que atenta contra la alteridad característica. El único participante es la Corporación¹⁹ que, por ficción jurídica, contrata consigo misma. Luego, la constitución no deriva de un libre acuerdo de voluntades susceptible de generar concurrencia digna de aplicar el régimen de adjudicaciones de la LCAP, sino, de nuevo, un acto de procedimiento común.

¹⁴ Aunque no, de su posible consideración como contrato administrativo, en la amplia definición de su artículo 5 («Carácter administrativo y privado de los contratos»).

¹⁵ De acuerdo con los principios de simplificación y coordinación procedimental *ex* artículos 147 y 167 RD 2568/1986, 28 nov. (ROF, en adelante).

¹⁶ BROSETA PONT, *op. cit.*, pág. 170; también, RODRIGO URÍA, *op. cit.*, pág. 165.

¹⁷ Resolución Pleno TDC, de fecha 21-9-1993, FD. 1º.

¹⁸ SOSA WAGNER, *op. cit.*, pág. 87.

¹⁹ «La Corporación interesada será propietaria exclusiva del capital (...)\», dice el artículo 89.2 RSCL.

Extremar la ficción contractual hasta aplicar el procedimiento de adjudicación negociado sin publicidad (73.4 y 92 LCAP), como medio de satisfacer la predeterminación del único contratista posible, no aportaría ninguna documentación relevante al expediente; es cierto. No obstante, perdura la indefinición técnica del órgano de contratación competente para formalizar el contrato (11 y 53 LCAP), que en la práctica otorgará siempre el Alcalde. En teoría, unas veces, en cuanto tal; otras, sólo en cuanto representante del Pleno.

De la unipersonalidad derivan las principales características del tipo societario estudiado, pues obliga al uso del procedimiento de fundación simultánea (artículo 14 LSA), ya que no hace falta dar parte a otro socio —el mismo otorgante suscribe inmediatamente todas las acciones, sin dedicar tiempo a ofertarlas—; sujeta la empresa a lo que establezca el Capítulo XI LSRL («Sociedad unipersonal de responsabilidad limitada») —también, si es Anónima—; condiciona el tipo de control, y provoca su calificación como modo de gestión directa de servicios.

Las especialidades de la estructura orgánica social, suficientemente estudiadas por SOSA WAGNER y ALCOVER GARAU, tienden, en opinión del último, a asegurar que la Entidad Local pueda velar por el servicio público²⁰, lo que remite al asunto del control, examinado como sigue.

4. Control

Determinar el control del capital público invertido en sociedades mercantiles significa describir el papel que cada uno de los poderes públicos ejerce sobre éste, y definir el carácter del mercado en que puede actuar la empresa. Porque el control es, en parte, lo contrario de la libre competencia; y de él se habla, al menos, en los siguientes sentidos.

a) El control político y el de legalidad

El control político es el control de la voluntad de la persona jurídica social; en este caso, inseparable de la titularidad del capital²¹. Según

²⁰ ALCOVER GARAU (op. cit., pág. 98).

²¹ A este tipo de control se refiere SOSA WAGNER (op. cit., pág. 95), cuando observa que la Corporación retiene el poder de nombramiento de administradores; la censura de cuentas, por otro lado, integraría el control económico financiero.

CUERVO GARCÍA ²², es esta titularidad o derecho de propiedad lo que explica el comportamiento de la empresa pública, la capacidad de decidir sobre sus propias inversiones y el derecho a obtener la renta residual (beneficios); en el esquema que propone, los Gobiernos locales cumplen el papel de «agentes delegados» respecto de los verdaderos propietarios de la empresa, los ciudadanos votantes, gracias al sistema de control que implica el «mercado político». Defender totalmente este esquema, al que me adscribo, conllevaría una larga digresión sobre la naturaleza de las propiedades públicas, pero puede aceptarse sin demasiadas objeciones lo relativo a la titularidad del capital.

En efecto, el control de la voluntad de las mercantiles íntegramente participadas por Entidad Local se asegura «por cualquiera de los medios establecidos en la legislación mercantil que resulte aplicable» —en palabras de la Ley 5/1995 ²³ (artículo 1.1)—, de acuerdo con la aplicación conjunta de los artículos 311 LSA, 127 LSRL y 90 a 94 RSCL, que atribuyen a la Corporación las funciones propias de la Junta General de la Empresa y, por ende, la decisión última sobre cualquier negocio.

No es que se excluya cualquier otro mecanismo de control; lo que opera es una remisión de la voluntad social al régimen general administrativo, conforme a la cual, «El funcionamiento de la Corporación constituida en Junta general de la Empresa (socio único que ejercerá las competencias de la Junta General, según 127 LSRL) se acomodará, en cuanto al procedimiento y a la adopción de acuerdos, a los preceptos de la Ley y del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales» (artículo 92.1 RSCL). En consecuencia, el control de la voluntad social no es otro que el establecido sobre la actividad del Pleno corporativo por la normativa básica de Régimen Local.

En ese sentido, el control político se somete, a su vez, al de legalidad, ejercido por los Tribunales que «controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (106.1 CE).

²² Álvaro CUERVO GARCÍA, «La empresa pública: una explicación para su comportamiento. Los derechos de propiedad» (en «Empresa pública y privatizaciones», a su vez, en *Los nuevos retos del Sector Público ante la Unión Monetaria Europea*, varios autores), Arthur Andersen, Cinco Días, 1997, págs. 91 y 92.

²³ Ley 5/1995, 23 marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas (Ley 5/1995, en adelante).

Y es justamente aquí donde surgen trascendentes interrogantes que producen la mayor divergencia doctrinal, pues, como dice S. MARTÍN-RETORTILLO²⁴, la gestión empresarial de la Administración supone una privatización operativa no exenta de control y dirección administrativos. Ya en 1991²⁵, este autor sostenía que la reducción del sector público estaba ocasionando varios fenómenos de privatización enmarcados en un proceso de huida del Derecho administrativo general, con diversas acepciones; para ilustrar una de ellas, citaba la STS 29-11-1990, que considera el uso de sociedades anónimas «ad hoc», cuyo capital sea enteramente público, «como fórmula de evasión del Derecho público para hacer más flexible y eficaz el funcionamiento de ciertas actividades de carácter empresarial». A su juicio, la gestión de ciertas sociedades unipersonales invadía, en ocasiones, el ámbito de las funciones públicas y, además, se usaban o interponían con el fin de exonerar de responsabilidad directa a la Administración²⁶. Posteriormente²⁷, el mismo autor ha perfilado los conceptos de privatización, e insistiendo en el aquí comentado —sociedades estatales de forma mercantil— destaca que la organización privatizada persigue básicamente eludir los controles administrativos, a la vez que dispone de patrimonios públicos²⁸.

Aquí, la gran proximidad entre el ámbito público y el privado cuestiona la procedencia de un régimen unitario aplicable, ya mercantil, ya administrativo, lo que se ha intentado resolver aplicando la doctrina de los actos separables. Al respecto, B.F. MACERA²⁹ describe la sujeción al control de la jurisdicción contencioso-administrativa del *feri* de los contratos sociales como un remedio legal improcedente; dichos contratos no serían siquiera contratos privados de la Administración sino «contratos de Derecho privado» o «contratos civiles»; en consecuencia, no habría lugar a distinguir ni actos separables, ni un *feri* contractual (preparación, adjudicación, celebración) de naturaleza distinta al *facto* (vínculo, efectividad) del mismo negocio jurídico³⁰.

²⁴ S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente», *RAP* 126, 1991, pág. 84.

²⁵ Ver nota anterior.

²⁶ En alerta contra dicho efecto, el autor recordaba la doctrina jurisprudencial del «levantamiento del velo» (op. cit., nota a pie de la pág. 128). Actualmente habría de contarse también con la posibilidad de exigir responsabilidad de los artículos 139 y 144 Ley 30/1992, 97 LCAP, 2 y 29 Ley 29/1998, 13 julio.

²⁷ S. MARTÍN-RETORTILLO B., «Reflexiones sobre las privatizaciones», *RAP* 144, 1997.

²⁸ S. MARTÍN-RETORTILLO B., «Reflexiones...», op. cit., págs. 10, 12, 23, y 26.

²⁹ B.F. MACERA, «La sujeción a control (...)», op. cit., *RAP* 155, 2001.

³⁰ Asunto más complejo aún, si el singular contratista de la mercantil es, en el determinado sector, la propia Administración Pública titular del servicio, lo que, según Huergo, constituye un fenóme-

En parecido sentido, SOSA WAGNER niega se pueda tener por actos administrativos los de la Junta General de la sociedad, de lo que resulta inaplicable la LRBRL en cuanto a técnicas de impugnación y deber de información. El propio SOSA cita a Nicolás MARTÍ³¹, proclive a que el orden civil conozca incluso de la válida constitución de la Junta; ésta, formada por socio único, el Ayuntamiento Pleno; y no, por los miembros del Pleno.

Según ALCOVER³², la exclusión del control contencioso-administrativo no conllevaría una caída al vacío, sino sometimiento general al Derecho mercantil, lo que puede implicar menor control público, pero no, menor garantía jurídica; en definitiva, una mera sustitución del orden jurisdiccional aplicable. Control y libre competencia son antónimos de hecho, no de Derecho.

Al Tribunal de Defensa de la Competencia, en efecto, le ha parecido suficiente la forma jurídica de la sociedad en la que el Ayuntamiento «ostenta la titularidad de la acción única que representa su capital», como único punto de conexión «para aplicar en su integridad el derecho de la competencia»³³; es decir, el Derecho mercantil. Y arguye que la Ley no admitiría una sociedad que «actúe como ente administrativo y, cuando lo prefiera, actúe como sujeto privado» porque sería «un ente jurídico extravagante que podría utilizar alternativamente el ordenamiento privado o el público cuando le conviniera, encontrándose así permanentemente en tierra de nadie (...) un ente inaprensible desde la perspectiva jurídica que utilizaría “pro domo sua” las normas jurídicas para convertir en privilegios permanentes de su actuación lo que en los demás sujetos del ordenamiento es un conjunto equilibrado de beneficios y desventajas»; con ello, «sería un simple haz de privilegios que, como tales, constituyen supuestos exorbitantes y no figuras del ordenamiento común»; en consecuencia, «carecería de ordenamiento regulador y como ente apátrida podría jugar con ventaja frente a los demás sujetos del ordenamiento que, de esta forma, nunca sabrían con quién están contratando o relacionándose jurídicamente». De aquí —razona el Tribunal— que «no haya duda alguna de que nos

no de «contratista interpuesto» ajeno al modelo económico de la CE; y por tanto, una posición mercantil privilegiada, acaso incompatible con la misma (A. HUERGO LORA, «La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas», *RAP* 154, 2001).

³¹ SOSA WAGNER, op. cit., pág. 105 y nota al pie; Nicolás MARTÍ, en *REDA* 75.

³² G. ALCOVER, op. cit., pág. 98.

³³ Resolución TDC, de 21-9-1993; las citas posteriores, del FD 2.º. La actuación empresarial pública, también considerada en Resoluciones de 1-3-1991, 21-9-1993, 30-11-1993, 17-1-1995, 29-10-1997, 20-3-1998, 30-3-1998, 12-6-1998, 4-12-1998, 29-3-2000.

encontramos ante un sujeto que actúa sometido al ordenamiento común y susceptible de ser enjuiciado desde dicha perspectiva».

Personalmente creo que las opiniones anteriores pueden reconciliarse, planteando, en primer lugar, la distinción mercantil entre Junta General, socio único y administradores y, en segundo lugar, la distinción administrativa entre las diferentes potestades que ejerce el Pleno municipal, en cuanto órgano que aprueba el Reglamento del servicio, de un lado, y en cuanto órgano contratante, de otro. Presente la distinción, acaso el asunto sea, por una vez, más sencillo en la práctica que en la teoría. En tanto órgano competente para aprobar el Reglamento y las tarifas del servicio, los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo enjuiciarán la actividad del Pleno municipal.

Sin embargo, el desarrollo del objeto social que pueda efectuar el Pleno compete al orden civil, pues no corresponde a ningún órgano contratante de la Administración, sino a la mercantil. Los estatutos y apoderamientos de la Junta son los que establecen la identidad, las facultades de sus órganos contratantes y la amplitud de las mismas. No corresponden a la Junta las que no se reserve, que suelen ser las más numerosas; y, por tanto, tampoco corresponderán al Pleno ni a ninguna unidad del organigrama administrativo, de modo que deben ser competencia de los Tribunales del Orden Civil.

Además, el Pleno municipal no constituye Junta General³⁴ sino socio único. Indiscutiblemente, la sociedad municipal unipersonal carece de Junta sometida al régimen que para la formación de la voluntad de los órganos colegiados establece la LSA o la LSRL. El Alcalde y los Concejales no son socios de la mercantil; el único socio es la propia Corporación³⁵. Y ante la inexistencia de otras voluntades, la del socio único no sujeta su formación a procedimiento ritualizado alguno, sino que viene dada³⁶. Por eso la LSRL elude hablar de acuerdos; de lo que habla es de «decisiones del socio único», cuando establece (artículo 127): «En la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada el socio único ejercerá las competencias de la Junta General, en cuyo caso sus decisiones se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la

³⁴ Esto, pese al confuso tenor del artículo 92.1 RSCL, de «imperfecta dicción», según ALCOVER, op. cit., pág. 99.

³⁵ Nicolás MARTÍ, citado por SOSA WAGNER, en op. cit., nota 104, al pie de la pág. 105.

³⁶ Viene dada; su formación incumbe a un nivel psicológico, fáctico; no, legal, ni jurídico.

sociedad». Naturalmente, las decisiones del socio único son competencia del orden civil.

Pero la actividad del Pleno municipal es de fiscalización contencioso-administrativa. Con esto, los requisitos de jurisdicción aplicable no vienen dados por la doctrina de los actos separables ni por la distinción entre el *fieri* y el *facto* de la actividad comercial de la sociedad, sino por el nivel de exteriorización de la voluntad del socio único.

En parecido sentido, LLISSET BORRELL³⁷ diferencia entre Junta (persona privada) y Corporación (persona pública), entendiéndolo que la primera no tiene papel alguno en estas sociedades, sino que el ordenamiento administrativo integra el Derecho especial de éstas, resultando aplicable la impugnación administrativa de los acuerdos plenarios, conforme a lo que denomina doctrina de los «aspectos separables»; distinta —matiza— a la de los actos separables.

Es decir, que a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo corresponden las cuestiones relativas a la formación de la voluntad interna del socio único —su nulidad, simulación, vicio, dolo, etc., desde el punto de vista civil— porque el socio único es un órgano administrativo colegiado (el Pleno). Y de otro lado, a los Tribunales de lo Civil corresponderán las cuestiones relativas a la actuación social, una vez se haya exteriorizado la voluntad conforme a las formas mercantiles (acta, inscripción registral).

Del modo descrito, el orden civil podrá, por ejemplo, anular determinados negocios formalizados por el socio único o por sus administradores, de lo que quedarán sin efecto los acuerdos plenarios que los autorizaron, sin mediación de ninguna instancia administrativa ni contencioso-administrativa. No podrá, sin embargo, juzgar el funcionamiento del Pleno conforme a la LRBR o al ROF; es decir, no podrá entrar en cuestiones de convocatoria y orden del día de las sesiones, ni de mayorías exigibles para el acuerdo, ni de requisitos procedimentales del mismo. La personalidad jurídico-pública de la Corporación se lo impide.

Y paralelamente, el orden contencioso-administrativo podrá juzgar la regularidad de los acuerdos plenarios, pero sin cuestionar la validez de los actos comerciales eficaces y notorios o que válidamente figuren en los registros; esto es, sin perjuicio de terceros, y salvando la buena fe del comercio.

³⁷ «Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales», comentado por F. LLISSET BORRELL, LÓPEZ PELLICER y redacción de *El Consultor*, 2002 (págs. 355 y 356).

b) *El control económico-financiero*

En cuanto al control económico-financiero, se distingue de los anteriores por la materia a la que afecta. La LHL lo establece también para estas sociedades (201 LHL), que asimismo quedan sujetas al régimen de contabilidad pública, con «obligación de rendir cuentas de las respectivas operaciones, cualquiera que sea su naturaleza, al Tribunal de Cuentas» (182 y 190 LHL). Sin embargo, el tipo no es tan riguroso como el que se aplica a la propia Corporación; la LHL permite las auditorías (201.3 LHL).

Conviene aclarar que las sociedades mercantiles pueden efectuar ciertas operaciones comerciales, industriales o análogas vedadas a la Corporación titular, que precisamente constituyen su razón de ser, y que no se sujetan al régimen limitativo de los créditos presupuestarios, sino que comprenden meros «estados de previsión de gastos e ingresos» —anualmente integrantes, éstos, sí, del Presupuesto General de la Corporación (112 LRBRL y 145 LHL)— porque se trata de operaciones típicas del tráfico empresarial, cuya realización presiden criterios estratégicos de oportunidad o coyuntura, y cuyo resultado puede ocasionar beneficios inopinados o gastos que no pueden presupuestarse salvo como previsión. Se trata, en definitiva, de operaciones de riesgo, exentas de un catálogo legal exhaustivo; en atención a ellas, la LHL ordena una remisión genérica a la contabilidad mercantil empresarial (181.2 y 190.3 LHL).

El panorama fiscal, contable y financiero ha sido analizado por VALLE TORRES³⁸, que habla de dos tipos de control, el típico de toda SA y los específicos; a su vez, el del Tribunal de Cuentas y el de la Intervención local. La última realiza auditorías dirigidas a comprobar la situación financiera —grado de cumplimiento de objetivos y programas, economía, eficacia, eficiencia, rendimiento, sistemas y procedimientos—, pero sin intervención crítica previa; la auditoría se produce *a posteriori*, y, según opiniones, puede incluir técnicas de muestreo (200.3 y 200.4 LHL), no extendiéndose entonces a comprobar todas las operaciones sino únicamente muestras aleatorias.

El control del Tribunal de Cuentas también es posterior y se limita a las cuentas «de las sociedades mercantiles de capital íntegramente propiedad» de la Corporación (190.1 LHL), que se integren en su Cuenta General (204 LHL). Se plasma en informes anuales elevados a las Cortes Generales

³⁸ J. L. VALLE TORRES, «La sociedad mercantil de capital íntegro local», *El Consultor* 17/2001.

(artículos 9 a 14 LOTCU³⁹), sin perjuicio de la fiscalización de órganos autonómicos análogos.

El TR-DLVMRL prescribe un especial tipo de control de eficacia relativo a la situación financiera de la sociedad, pues cuando «las pérdidas excedan de la mitad del capital social, será obligatoria la disolución de la sociedad, y la Corporación resolverá sobre la continuidad y forma de prestación del servicio» (artículo 103.2). Es la misma causa sobre la que la LSA especifica sean pérdidas «que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente» (artículo 260, 4.º). La disolución es igualmente obligatoria si, como consecuencia de la reducción, el capital social queda por debajo del mínimo legal⁴⁰.

Con estas cautelas se intenta lograr que la sociedad goce de unas cuentas suficientemente saneadas; de no conseguirlo, no parece coherente mantener la específica forma mercantil; la Constitución exige eficacia (artículo 106)⁴¹. Para garantizarla, la LSA confía en la tutela financiera del Estado, pues excepciona la disolución «cuando el Gobierno, a instancia de accionistas que representen, al menos, la quinta parte del capital social, o del personal de la empresa, juzgase conveniente para la economía nacional o para el interés social la continuación de la sociedad» (artículo 265). En este caso, el Pleno municipal —único accionista— podrá prorrogar la vida de la sociedad y la explotación de la empresa, si así lo acuerda en el plazo de tres meses, o bien soportar que el Gobierno de la Nación decrete «la forma en que ésta habrá de subsistir y las compensaciones que, al ser expropiados de su derecho, han de recibir los accionistas»⁴².

5. Naturaleza, calificación y demanialidad

El régimen dominical de los bienes implicados en la titularidad o en la gestión de la mercantil local unipersonal resulta condicionado por su relación con los servicios públicos porque, según la LRBRL (artículo 79), son bienes de dominio público los destinados a un uso o servicio público.

³⁹ Ley Orgánica 2/1982, 12 mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCU, en adelante).

⁴⁰ El mínimo son 60.101, 21 euros, diez millones ptas. (artículo 4 LSA).

⁴¹ «La reducción del capital tendrá carácter obligatorio para la sociedad cuando las pérdidas hayan disminuido su haber por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio» (163 LSA, 79 LSRL).

⁴² Ver Ley de 1 de septiembre de 1939 y Decreto-Ley 18/1969, de 20 de octubre.

La DGRN⁴³ se ha opuesto tajantemente a que las mercantiles detenten titularidades demaniales, mediante Resolución de 12-8-1985; «no pueden ser aptos, para ser objeto de las aportaciones sociales, los bienes de dominio público, porque por su régimen son opuestos legalmente a ser calificados como patrimoniales (...), y en particular, por ser legalmente inembargables», dice; y aclara que tal aportación supondría «un cambio efectivo de titularidad».

El presente trabajo no aportaría nada al respecto, insistiendo sobre los completos análisis de SOSA WAGNER, ROMERO HERNÁNDEZ, o PABLO MENÉNDEZ⁴⁴, según el cual, la aportación implica un acto de enajenación incompatible con el demanio. COLOM PIAZUELO⁴⁵ observa que las mercantiles no pueden detentar bienes demaniales, por ser personas jurídico privadas, sin perjuicio de los adscritos conservando «su calificación jurídica originaria» (artículo 48.3 LOFAGE⁴⁶).

Entiendo, sin embargo, que el problema no se agota al plantear si la sociedad puede detentar dominio público, sino que se extiende a determinar si ella misma no es un bien de dominio público afecto a un servicio público, conclusión a la que se llega, abstracción hecha de la personalidad, una vez se distingue entre patrimonio social y capital social, de acuerdo con la normativa mercantil y, con SOSA WAGNER, quien advierte sobre la improcedencia de confundir entre las acciones de la sociedad y su propio patrimonio⁴⁷.

El patrimonio social es el conjunto de bienes y derechos de propiedad de la empresa, persona jurídica plena, de la cual nadie salvo ella misma resulta dueño o titular, pues tal es la amplitud de la ficción personalista en nuestro Derecho. Está formado por el inmovilizado material e inmaterial, las existencias o mercaderías y los demás elementos valorables de que habla el Plan General de Contabilidad.

Por otra parte, para la Entidad Local que la constituyó y la controla la sociedad no es más que un conjunto de acciones o participaciones, «partes

⁴³ DGRN, por Dirección General de los Registros y del Notariado.

⁴⁴ SOSA WAGNER (op. cit., págs. 109 y sigs.), quien cita «La Empresa Privada Municipal y los bienes de servicio público», de F. ROMERO HERNÁNDEZ, y «Sociedad privada municipal y aportación de bienes de dominio público», de Pablo MENÉNDEZ; ambos últimos, en REDA 47, 1985.

⁴⁵ Eloy COLOM PIAZUELO, «La gestión de los servicios públicos por las Administraciones locales y el dominio público: posibilidades de articulación», REDA 101, 1999.

⁴⁶ LOFAGE, por Ley 6/1997, 14 abril.

⁴⁷ SOSA WAGNER, op. cit., nota 96 a pie de pág. 100.

alícuotas del capital social» (47 LSA, 5 LSRL), la suma de cuyos valores nominales representa la cifra de éste, recogida en los estatutos (9 LSA, 13 LSRL).

El patrimonio es de la sociedad; el capital de los accionistas. Aunque el capital social no sea más que una cifra contable de retención que equilibra el patrimonio, las acciones o participaciones sí que tienen una realidad jurídica susceptible de titularidad, ya como créditos incorporados a títulos valores de naturaleza real, ya como derechos asociados a anotaciones en cuenta, según el medio de representación que corresponda (51 LSA⁴⁸, 5 LSRL). Es a través de ellas que la Entidad Local puede ejercer sus potestades, por lo que cabría calificarlas de bienes demaniales —aunque no lo contemple el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL, en adelante)—, y otorgarles la misma protección de que goza cualquier bien demanial (5 y 44 RBEL), siempre que la sociedad unipersonal gestione un servicio público. Apoyando esta tesis, el RSCL (artículo 89.2) dispone que «La Corporación interesada será propietaria exclusiva del capital de la Empresa y no podrá transferirlo ni destinarlo a otras finalidades, salvo en los supuestos regulados (...)»; es lo mismo que decir que el capital es inalienable y está afecto al servicio público gestionado; o sea, dos características demaniales típicas, según la CE (artículo 132.1) y la Ley.

Acciones y participaciones son creadas por los estatutos sociales (13, e, LSRL y 9, g, LSA), fijados éstos, a su vez, por el proyecto que aprueba el Pleno Corporativo. Por eso he sostenido más arriba que el quórum exigible del acuerdo es la mayoría absoluta del número legal de miembros; tal es que los artículos 47.3, k) LRBRL y 8.2 RBEL exigen para la alteración de la calificación jurídica de los bienes y, en consecuencia, para su calificación *ex novo*.

La naturaleza del dominio público ha preocupado a gran parte de la doctrina; por toda, SAINZ MORENO⁴⁹ considera cinco elementos: la titularidad, el objeto, los principios de inalienabilidad, la afectación y el uso y protección. El capital de la local unipersonal, según la calificación que aquí propongo, contiene el primero la titularidad, pues es enteramente del Ayuntamiento. Contiene también el segundo, pues la acción

⁴⁸ Dice el artículo 51 LSA («Representación de las acciones»): «Las acciones podrán estar representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En uno y otro caso tendrán la consideración de valores mobiliarios».

⁴⁹ «El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública», Fernando SAINZ MORENO, *RAP* 150, 1999.

o participación es idónea para constituir demanio, ya que, de un lado, no la excluye norma alguna; y de otro, la posibilidad de títulos representativos de capital que no sean bienes patrimoniales está prevista en el artículo 103.2.º LPE («títulos que por su número no puedan considerarse como auténticas inversiones patrimoniales», dice). Y satisface también la condición de inalienabilidad, según literal del 89.2 RSCL, ya examinado.

En cuanto a la afectación, alegaré que la instrucción del procedimiento de iniciativa local económica cumple perfectamente la del expediente que para afectación expresa exige el artículo 8 RBEL, y que las menciones que deben contener los estatutos son tantas (13 LSA y 9 LSRL) que lo único inicialmente no incluido es la propia expresión de la afectación (116 LPE); pero, aun sin ésta, la normativa establece dos casos, al menos, en que indudablemente resulta implícita: la adquisición de títulos representativos de capital mediante expropiación de empresas (artículo 119 LPE) y la «adscripción de bienes patrimoniales por más de veinticinco años a un uso o servicio público comunal» (artículo 8.4, b, RBEL), que hace demaniales a las empresas cuyos estatutos no fijen un plazo menor de existencia.

Uso y protección demanial, por último, no son requisitos apriorísticos del demanio, sino consecuencia posterior de su calificación. Administración y ciudadanos se obligan a observar el régimen demanial de uso un bien sólo si antes se califica así. En este sentido, el régimen de uso funcionará como un sistema reforzado de control democrático, a favor del municipio —agente delegado del uso público—, cuyas acciones no podrán ser vendidas, verbigracia, ni gravadas por prenda u otro *iura in re aliena*.

6. Objeto social y reserva de servicios

«La iniciativa de las Entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes» (96 TR-DLVMRL). Esa actividad constituye el objeto social que, debidamente definido por los estatutos (artículo 9 LSA), define, a su vez, a la propia empresa, en su aspecto funcional o dinámico, dentro del mercado sectorial en que se desenvuelva.

El Tribunal Supremo y la DGRN han insistido en la claridad con que debe definirse el objeto social, si bien la legislación es poco explícita

—como señala MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ⁵⁰ o la jurisprudencia⁵¹—, y no contiene un catálogo de actividades que, asumidas por estas empresas, puedan constituir los singulares objetos⁵². Cada expediente de iniciativa económica debe documentar las concretas circunstancias del caso⁵³, pero ciertos requisitos generales son los siguientes.

En primer lugar, habrá que reputar actividades excluidas las que estén fuera de la competencia territorial y material de los Entes Locales, según resulte de la normativa estatal y autonómica aplicable (DT 2.^a LRBRL), y las que no sean netamente económicas, por no ser susceptibles de generar ingreso ni gasto alguno, dada la índole empresarial de la sociedad. En segundo lugar, la prestación de servicios evitará la duplicidad de los mismos (artículo 31 RSCL), atemperándose a las normas que rijan cada uno de ellos (32 RSCL)⁵⁴. Por último, es preciso desvincular los conceptos de actividad, servicio público, reserva y monopolio⁵⁵, para concluir que la mercantil local unipersonal puede asumir tanto meras actividades como servicios tipificados, esenciales o no, obligatorios o no, reservados o no, monopolizados o libres, porque estos caracteres no definen la actividad sino el régimen jurídico de la prestación, como intentaré demostrar.

La amplitud del cuadro que se deduce y la aparente posibilidad de encomendar a la sociedad «servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad», *sensu contrario* de los artículos 85.2 LRBRL y 95 TR-DLVMRL, cuestionan que la práctica totalidad de la Administración Local no pudiera sustituirse por un entramado de sociedades mercantiles cuyos objetos sociales abarcasen las mismas competencias que éstas. Sin embargo, las potestades administrativas, únicas que pueden implicar ejercicio de autoridad, sólo pueden ejercerse conforme al Derecho administrativo, que no

⁵⁰ J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?», *RAP* 144, 1997, pág. 57.

⁵¹ Por ejemplo, STS 10-10-89, estudiada en *Introducción a los servicios locales*, equipo jurídico, J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ (Dir.) y F. J. VILLAR ROJAS (Coord.), MAP, 1991 (pág. 174).

⁵² Pese a las especificaciones tarifarias del Impuesto de Actividades Económicas (artículo 79 LHL).

⁵³ En la memoria exigida por el artículo 97.1.b) TR-DLVMRL.

⁵⁴ S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, en «La actividad económica local y los límites que impone el Derecho» (*El Consultor*, núm. 20, 2001), enumera algunos de estos criterios, en tanto «límites jurídicos» de la actividad, y sostiene que la iniciativa local económica resulta injustificada sin una definición del objeto social.

⁵⁵ Ángel BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Manual de Administración Local*, Comares, 1994 (págs. 512 a 513), sostiene que el TR-DLVMRL parece identificar los conceptos de actividad económica, servicio público y servicio reservado, diferenciando únicamente el carácter monopolístico o libre de su ejercicio.

por el régimen privado al que se sujeta la actividad de las empresas⁵⁶. Consecuentemente, la atribución legal de potestades configura los límites del objeto social⁵⁷, que podrá consistir en un servicio local o en otro «tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes», esto es, en una actividad incluida en el ámbito del artículo 25 LRBRL (servicios obligatorios), y excluida del 26 (otras competencias).

En tanto actividades, la LRBRL clasifica los servicios locales como libres o como reservados. Son libres aquellos respecto a cuya actividad rige sin excepciones «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (artículo 38 CE), por no estar incluida en el 86.3 LRBRL, de manera que cualquiera puede prestarlos, sin posibilidad de monopolizarlos porque ello constituiría práctica contraria al Derecho de la competencia. No conforman un ámbito sectorial necesariamente privado ni negado a la Administración, que perfectamente puede prestarlos, como cualquier otro empresario; es más, el municipio está obligado en los casos del artículo 26 LRBRL.

Serán servicios reservados al sector público, conforme al 128 CE, en general, los que diga la Ley, y en el ámbito local, aquellos cuya actividad enumera el artículo 86.3 LRBRL, de manera que no deben ser prestados más que por las entidades integrantes del sector público local o por aquellos particulares a quienes consienta el municipio titular del mismo, previo permiso, licencia, autorización, contrato de gestión de servicios públicos o expediente análogo.

Supuesto que el monopolio es aquel modelo de mercado donde sólo existe un oferente frente a pluralidad de demandantes, en detrimento, impedimento o falseamiento de la libre competencia, es admisible tanto que estos servicios pueden ser monopolizados como que puedan ser dispuestos en régimen de libre concurrencia, según acuerde el Pleno del Ayuntamiento —en el marco del procedimiento *ex* artículo 97.2 TR-DLVMRL—, a la vista de los intereses generales implicados, el beneficio vecinal y la previa reglamentación del servicio. Se monopolizará cuando se habilite exclusivamente a una sola empresa para prestarlo; no se monopolizará, sin embargo, aunque esté genéricamente reservado, cuando se habilite a más de una.

⁵⁶ Es sólo una opinión personal, al abrigo del artículo 2.2 Ley 30/1992, 26 n., sobre un problema más profundo y polémico. Elena BORDÓN IGLESIAS y Concepción MOLINA PÉREZ (en «Introducción a los servicios locales», op. cit., cap. 8.º) escriben que «la policía y las funciones públicas no pueden ser ejercidas por gestión indirecta», y no incluyen a las sociedades mercantiles entre los modos gestores de los servicios que impliquen autoridad (pág. 238). En el fondo, el asunto remite a uno de los significados de las privatizaciones estudiados por S. MARTÍN-RETORTILLO, alarmante, en cuanto suponga una huida del Derecho administrativo para las funciones públicas «en su sentido más propio» («Reflexiones...», op. cit., pág. 8).

⁵⁷ Posible enumeración que es preciso remitir a artículos 4 LRBRL, 59 LCAP y 127 Ley 30/1992.

Luego, la sociedad local unipersonal puede asumir servicios tanto en régimen de exclusividad (monopolio) como en régimen de competencia, abierta o restringida, con los particulares.

Ahora bien, las precedentes conclusiones presuponen un preciso concepto de la reserva, que condiciona la definición del objeto social, postula un modelo de control —sobre el que, en realidad, no existe consenso—, y constituye uno de los pilares que soportan el modelo económico constitucional, como escribe SOCÍAS CAMACHO⁵⁸. La reserva es una habilitación constitucional para atribuir a determinada Administración la titularidad exclusiva de un servicio, exceptuándolo del principio de libre empresa del artículo 38 CE, conforme al artículo 53 CE, mediante norma legal —ley ordinaria, puntualiza SOSA WAGNER⁵⁹— «que en todo caso deberá respetar su contenido esencial».

Adviértase entonces que la esencialidad reza tanto para destacar la importancia de la actividad como para delimitar la parte reservable. Con el concepto «servicios esenciales», el artículo 128. 2 CE no estaría tanto destacando la trascendencia económico social de algún posible sector de actividades como afirmando un núcleo esencial de éstas, en cualquier sector que diga la Ley.

En tanto potestad pública estatal, la reserva linda con el derecho privado ciudadano del artículo 38 CE, que es, en opinión de MARTÍN-RETORTILLO⁶⁰ y MONTROYA MARÍN⁶¹, un derecho subjetivo cuyo contenido incluye tanto el acceso al mercado como la decisión de ejercicio y cese del comercio. SOSA WAGNER escribe que la reserva legitima el que la gestión empresarial sea asumida por el sector público, ya de forma directa, ya indirecta⁶²; y DÍAZ LEMA⁶³, que es el legislador quien define el campo de las actividades y servicios susceptibles de monopolio.

⁵⁸ Joana M. SOCÍAS CAMACHO, «La prestación del servicio de taxis y la libertad de empresa». *REALA* 284, 2000.

⁵⁹ SOSA WAGNER analiza los requisitos de la Ley exigible en op. cit., págs. 33 a 37.

⁶⁰ S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, vol. I. La Ley, 1988.

⁶¹ Encarnación MONTROYA MARTÍN, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, 1996 (págs. 40 a 41 y 48).

⁶² SOSA WAGNER, en op. cit., pág. 42, cuya nota al pie, la 19, advierte que S. MARTÍN-RETORTILLO duda sobre la procedencia de la gestión indirecta de servicios reservados; y en la pág. 51 duda de que tenga sentido plantear su improcedencia respecto a la municipalización en régimen de monopolio.

⁶³ J. M. DÍAZ LEMA, «La privatización en el ámbito local (el lento declinar de los monopolios locales)», *REALA* 282, 2000 (pág. 74).

Al quedar reservado, el servicio queda apriorísticamente vedado a la iniciativa particular⁶⁴, pero no, irremisiblemente, vedado. Opera un mecanismo similar a la licencia o concesión, de modo que lo que realmente se consigue es proteger la esencialidad de la actividad mediante la extensión de las potestades de policía correspondientes al Ayuntamiento, que deberá entrar a discernir, caso por caso —servicio a servicio—, si el particular que lo solicita garantiza suficientemente la correcta prestación. Es, por tanto, un mecanismo más de control.

Sin embargo, desde la perspectiva municipal, carente de potestad legislativa, la reserva viene dada, impuesta, y no puede cuestionarse su procedencia; el artículo 26 LRBRL establece los servicios que deben asumirse; el artículo 86, los que están reservados. Pero el Ayuntamiento no realiza sustracción alguna del sector hasta que, legitimado por estas normas, establece un monopolio. Y aun así, nada le impide contratarlo con particulares (monopolio en gestión indirecta). Es decir, que para el Ayuntamiento, la reserva no es una potestad, sino una condición para el ejercicio de competencias relativas a organización de sus servicios⁶⁵. Por eso escribe BOURGON TINAO que la reserva es «un paso intermedio para la efectiva ejecución del monopolio»⁶⁶ y «un nexo entre el sistema de libre concurrencia y el de monopolio».

Para FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y SOCÍAS⁶⁷, la reserva produce dos efectos: atribuye la titularidad del servicio a la Entidad Local y, con carácter variable —contingente, eventual— le permite excluir la iniciativa privada del mismo, posibilitando —escribe SOCÍAS— el «monopolio público en la gestión de la actividad». Puesto que monopolio e iniciativa privada no son sinónimos, añádase que también posibilita el monopolio privado.

Descrita de este modo la reserva, se comprende mejor su relación con los demás criterios habitualmente usados para calificar los servicios

⁶⁴ Sustraído a tal tráfico, escribe MONTOYA MARTÍN (op. cit., pág. 53), para quien la libertad de empresa limita la intervención de los poderes públicos (pág. 41). También inciden en la idea de la sustracción al sector privado SOSA WAGNER (op. cit., pag. 42) y GIMENO FELIÚ (en «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas», *RAP* 135, 1994); y en el mismo sentido, P.C. MORENO TRAPIELLA, en *Servicios de interés general y derecho de la competencia (...)* (y II), Actualidad Administrativa, La Ley, 1998.

⁶⁵ DÍAZ LEMA, op. cit., pág. 75.

⁶⁶ BOURGON TINAO (op. cit., págs. 61 y 62).

⁶⁷ F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, Civitas, 1995, citado por J.M. SOCÍAS C., en «La prestación del servicio de taxis (...)», op. cit., *REALA* 284 (págs. 748, 753 y 754).

locales. Así, por ejemplo, si todo Ayuntamiento tiene la obligación de prestar abastecimiento domiciliario de agua potable, según el artículo 26.1.a) LRBRL, es cabalmente optativo que el servicio esencial reservado (86 LRBRL) sea monopolizado —y, por tanto, prestado exclusivamente por una empresa municipal— o contratado exclusivamente con un particular; o bien que el servicio se preste en concurrencia y, por tanto, por una o varias empresas municipales, junto con uno o varios particulares.

Lo que la Entidad Local no puede hacer es renunciar a esa especial potestad de policía o autorización previa. Otrosí, es cuestionable que pueda monopolizar aspectos no esenciales de la actividad tales como, por ejemplo, la venta de agua mineral embotellada (a la vista del artículo 53 CE).

La necesidad de autorización ha sido destacada por ENTRENA CUESTA como un derecho subjetivo de los particulares⁶⁸. SOCÍAS ha razonado que se trata de una «autorización de funcionamiento», categoría intermedia entre la autorización simple y la concesión⁶⁹. El Ayuntamiento puede denegarla.

En cualquier caso, nadie podrá realizar actividades que impliquen prestación del servicio reservado sin previa autorización de la Administración; es decir, que ésta puede «impedir el establecimiento de Empresas similares, dentro del correspondiente territorio jurisdiccional». Ahora bien, es precisamente así como el artículo 51 RSCL define la municipalización; y no parece posible atribuir a la reserva otro sentido más que el que pretende consentir la letra a) del mismo.

Por eso debe considerarse derogado ese régimen, regulado en un Reglamento preconstitucional, que de otro modo permitiría al Ayuntamiento monopolizar actividades económicas (artículos 47 y 51) contra los principios de legalidad y esencialidad contenidos en el artículo 128.2 CE. Con razón sostiene SALAS⁷⁰ que tras la CE carece de sentido continuar hablando de municipalización y provincialización de servicios.

⁶⁸ Rafael ENTRENA CUESTA, «El servicio de taxis», *RAP*, 27/1958, citado por SOCÍAS (op. cit.).

⁶⁹ SOCÍAS, op. cit., pág. 757.

⁷⁰ J. SALAS, en «Régimen jurídico de los servicios locales esenciales», *Seminario de Derecho local*, Barcelona, 1992 (citado por El Consultor, *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*, Abella, 1992, pág. 269).

III. LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA

1. Concepto; propuesta de criterios para su definición

Son sociedades de economía mixta⁷¹ aquellas en las que, para la gestión del servicio, «la Administración participe por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas» (156 LCAP); es decir, aquellas en que «los capitales de las Corporaciones locales y de los particulares, o de aquellos entre sí, se aportarán en común, para realizar servicios susceptibles de municipalización o provincialización» (102 RSCL).

La LCAP no exige un determinado volumen de participación, por lo que en la sociedad mixta deberá inicialmente reputarse tanto la mayoritaria participación administrativa, como la equivalente o minoritaria, siempre que exista concurrencia con otras personas, es decir, alteridad (156 LCAP, 102 RSCL).

En cuanto a las especialidades de la estructura orgánica social, mientras SOSA WAGNER⁷² reconoce singularidades administrativas aplicables (104 TR-DLVMRL), ALCOVER⁷³ duda de que los artículos 106 a 108 RSCL propugnen estructura alguna ni principios suficientes para alterar lo establecido en la LSA, si bien permitan garantizar el control local sobre la vida social. Con esto, el asunto se remite, una vez más, al análisis de los medios de control.

Las formas admitidas son SA, SRL, Sociedad Comanditaria y Cooperativa (artículos 104 del TR-DLVMRL y 103 RSCL); los dos últimos tipos están vedados a la sociedad unipersonal. La Sociedad Comanditaria, regulada en el Código de Comercio, une dos clases de socios bajo una razón común; los colectivos quedan obligados personalmente a las resultas de la gestión social; los comanditarios sólo responden con lo aportado, esto es, que tienen una responsabilidad limitada. Tampoco en la Sociedad Cooperativa los socios responden personalmente de las deudas sociales. Y como queda totalmente excluida la posibilidad de que la sociedad de economía mixta asuma forma Colectiva, lo que se infiere es que, en todo caso, la sociedad debe asegurar a la Entidad Local una posición tal que las pérdidas no alcancen sino a su participación en el capital. S. MARTÍN-RETORTI-

⁷¹ Es terminología de la LCAP; el RSCL habla de «Empresas mixtas» (artículo 102).

⁷² F. SOSA WAGNER, op. cit., pág. 195.

⁷³ ALCOVER GARAU, pág. 105, op. cit.

LLO⁷⁴ observa que algunos ordenamientos prohíben expresamente al Estado participar sociedades cuya responsabilidad no esté limitada.

De acuerdo con la LRBRL (artículo 85), la empresa mixta constituye gestión indirecta de servicios, mediante contrato administrativo (156 LCAP), y previo expediente de iniciativa local económica (97 TR-DLVMRL).

La regulación de esta sociedad en la LCAP es lacónica, según corresponde a un contrato cuyos efectos básicos se despliegan a partir de la normativa mercantil que rige la actuación de la persona jurídica dimanante de su inscripción registral. El articulado en cuestión (artículos 154 a 170) elude completamente referirse al modo operativo societario, para centrarse en garantizar las potestades públicas directoras (artículos 163 y 168.2) y que el modo en que se preste el servicio responda a la reglamentación territorial y sectorialmente aplicable, incluyendo instrucciones técnicas y pliegos comprendidos en el expediente (artículos 158, 160, 161).

Los problemas hermenéuticos planteados se deben a la injerencia del socio privado, pues la regulación distingue los papeles del contratista y de la Administración contratante que se asocia con él —contratando, por tanto, en parte, con él y, en parte, consigo misma⁷⁵—, de un modo en que ni el Derecho mercantil ni el civil le reconocen una posición distinta a la de cualquier otro asociado. La aparente confusión sólo se aclara admitiendo que, a diferencia de lo que sucede en otros contratos, en estos procedimientos no coinciden las figuras de adjudicatario y contratista. En realidad, lo que la contratación administrativa oferta es una posición dentro de la sociedad, un puesto de accionista; de ahí que el 104 TR—DLVMRL exija determinar «si la participación de los particulares ha de obtenerse únicamente por suscripción de acciones, participaciones o aportaciones de la empresa que se constituya o previo concurso en que los concursantes formulen propuestas respecto a la cooperación municipal».

Adjudicatario del contrato lo es el particular que merece asociarse con la Administración; contratista lo es la propia sociedad parcialmente participada porque es ésta quien resulta obligada a «organizar y prestar el servicio» (artículo 160) y quien tiene «derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato» (artículo 162). Por eso el RG-LCAP establece (artículo 182) que «En los contratos de gestión de servicios públicos la sociedad de economía mixta figurará como contratante con la

⁷⁴ S. MARTÍN-RETORTILLO, «Las empresas públicas (...)», op. cit., pág. 82.

⁷⁵ SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios...*, op. cit., pág. 193.

Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos».

En cuanto al volumen de participación exigido para la existencia de sociedad mixta, entiendo que el atractivo —por exacto— criterio del volumen, o criterio de cuantificación de la participación local parcial, no es el único elemento definitorio; la Administración también puede adquirir meras participaciones en capital sin que tal inversión constituya sociedad de economía mixta. Y la LHL sólo obliga a incluir en la consolidación presupuestaria los estados de previsión de mercantiles que puedan ser consideradas de titularidad local (artículo 147.1, c)

Por eso la Ley 5/1995 utiliza tres criterios, el volumen de participación pública, el interés público de la actividad social y el control público; y así, según su artículo 1.1, quedan comprendidas en su ámbito de aplicación:

«Las entidades de naturaleza mercantil que en la fecha de entrada en vigor de esta Ley cuenten con una participación directa o indirecta del Estado en su capital social superior al 25 por 100 de éste y estén controladas por el socio estatal por cualquiera de los medios establecidos en la legislación mercantil que resulte aplicable siempre que en la actividad que desarrolle la entidad, por sí o mediante la participación en otras sociedades, concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Prestar servicios esenciales o servicios públicos formalmente declarados como tales.
- b) Desarrollar actividades sujetas por Ley y razones de interés público a un específico régimen administrativo de control, especialmente de los sujetos que las realicen.
- c) Estar exenta total o parcialmente de la libre competencia en los términos del artículo 90 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea».

Dichas circunstancias son, si no me equivoco, las que pueden apoyar la distinción entre sociedades de economía mixta y meras inversiones financieras patrimoniales. En el caso de las Entidades locales, se solapan entre sí, de modo que el criterio del control es inescindible del régimen en que la mercantil gestione el servicio y de que esté reservado o no, lo cual, a su vez, incide en su régimen de prestación.

2. El control como elemento definitorio

PRIETO y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ⁷⁶ señalan que la compleja naturaleza jurídica de la sociedad mixta hace que su definición no haya sido nunca

⁷⁶ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ y PRIETO GONZÁLEZ, «El doble papel de la Administración Pública en la empresa mixta local». *REALA*, núms. 271-272, 1996 (pág. 707).

una cuestión pacífica. RUIZ OJEDA habla de «realidad mostrenca» y «anatomía del disparate»⁷⁷, para referirse a «la figura y la praxis de la empresa mixta en el ámbito de la Administración local», significando «problemas de mentalidad presentes en las diferentes modalidades de concurrencia entre el sector público y el privado», ante «un marco legal confuso, contradictorio, ininteligible»; para solucionarlo, propone un estudio que haga «compatibles las reglas generales del Derecho de sociedades mercantiles con las excepciones exigidas por la naturaleza de la actividad y por el (...) protagonismo del ente público en el ejercicio de las competencias que como tal le corresponden».

En mi opinión, la confusión proviene de la íntima conexión que existe entre el concepto de control y la caracterización del tipo societario, toda vez que la normativa admite éste únicamente en virtud de su objeto —es decir, el servicio público—, y que el control financiero aplicable depende de la determinación del político. La necesidad de aclarar el tipo de control aplicable también ha sido sentida por el Tribunal de Cuentas.

a) Control económico-financiero

La menor posibilidad de control económico-financiero en estas sociedades, respecto a las unipersonales está en concordancia con la menor presencia pública. Sus estados contables no integran la Cuenta General, por lo que tampoco se produce —al menos, por esta vía— su elevación al Tribunal de Cuentas (204.1 LHL). La sociedad debe adaptarse a las disposiciones del Código de Comercio y demás legislación mercantil, y al Plan General de Contabilidad vigente para las empresas españolas (181.2 LHL).

En otros aspecto, la LHL establece el siguiente alcance:

- La participación local superior al 50 por 100 determina obligación de formular previsión anual presupuestaria de gastos e ingresos (artículos 145.1, c, y 149.3 LHL) y sujeción al régimen de contabilidad pública (181.2 LHL).
- La participación local inferior al 50 por 100 exime de formular la previsión y del régimen de la contabilidad pública; pero se podrá

⁷⁷ A. RUIZ OJEDA, «Realidad y régimen jurídico-financiero de la provisión de obras y dotaciones públicas mediante empresa mixta en el ámbito local: la reversión de activos y la remuneración del socio privado», *REALA* 278/1998.

verificar el control financiero para comprobar su funcionamiento económico si se puede conceptuar como sociedad mercantil dependiente⁷⁸ (201 LHL), lo que de nuevo remite al control decisorio o político especificado por el volumen de capital participado.

b) Control político

La Sociedad mixta es el caso que centra el debate sobre el control público que procede sobre la voluntad social, ya que es en este tipo mercantil donde la Administración puede tener una cuota de dominio menor a la de otros accionistas, los cuales desempeñarían así el control efectivo, en virtud de los mecanismos societarios de representatividad.

La dirección mercantil del socio local puede asegurarse singularmente, conforme al 104 TR-DLVMRL, que exige al acuerdo de constitución fijar «el modo de constituir el capital social y la participación que se reserve la Entidad local en la dirección de la Sociedad».

Pero, al margen de las circunstancias concurrentes en cada caso, el RD 1443/2001, 21 dic., (artículo 2.3), entiende «que existe relación de control cuando, como consecuencia de la celebración de contratos o la adquisición de derechos sobre el capital o los activos de una empresa o por cualquier otro medio, exista la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre sus actividades. En todo caso, se considerará que dicho control existe: a) Cuando se tenga una influencia decisiva sobre la composición, deliberaciones o decisiones de los órganos de una empresa. b) Cuando se trate de la toma de control de la totalidad o de parte de una empresa o empresas, por el adquirente. c) Cuando se trate de la creación de una empresa en común y, en general, de la adquisición del control conjunto sobre una empresa, conjuntamente por las partes que lo adquieren»⁷⁹.

⁷⁸ «Dependencia» es una indeterminación no equivalente a la propiedad del capital; compartida ésta, aquella es única.

⁷⁹ Asimismo, de acuerdo con el artículo 1 del RD 1525/1995, en relación con el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores (artículo 4) y el Código de Comercio (artículo 42), se debe presumir que la entidad mercantil está controlada por el socio local cuando, al menos, la mitad más uno de los consejeros o altos directivos estén a su servicio, o bien sea éste quien tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, o detente la mayoría de los derechos de voto, o incluso cuando pueda disponer de ellos, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios. Y dentro de un grupo de sociedades, es dominante la que «tenga una participación, directa o indirecta, al menos, del 75 por 100 del capital social de otra u otras sociedades el primer día del periodo impositivo», según el artículo 81 Ley 43/1995, 27 dic., Impuesto sobre Sociedades, redacción del 2.21 Ley 24/2001, 27 dic.; con anterioridad, el porcentaje citado era del 90 por 100. El concepto de sociedad dominante valora las posibilidades de control.

Por otra parte, además de los cauces directivos que el Derecho mercantil consiente al socio mayoritario, PRIETO y HERNÁNDEZ⁸⁰ sostienen que «en su condición de garante de los intereses públicos (para lo cual viene investida de potestades administrativas), la Entidad local ejerce un control externo sobre las empresas de economía mixta en las que participa, distinto al mero control interno que en su condición de socio realiza a través de cauces jurídico-mercantiles».

En mi opinión, ese control externo derivará de la LCAP y especialmente de la Ley 5/1995 porque, devenida la disminución de la participación local, como consecuencia de una enajenación que exceda de los límites del artículo 2 Ley 5/1995, y para preservar el papel directivo público en la empresa, esa norma permite al Pleno de las Entidades Locales (DA. 2.^a) acordar el sometimiento de ciertos actos (artículos 3 y 4) al régimen de autorización administrativa previa⁸¹, lo que deliberadamente es control político.

Ahora bien, si la participación local es menor del 25 por 100, la Ley 5/1995 no se podría aplicar, eludiéndose el control. Pero la sociedad mixta es un modelo en que ni siquiera necesitaría aplicarse esa Ley. Dado que se trata de un contrato administrativo, el control reside en las potestades de la Entidad Local en tanto Administración contratante (59 LCAP y concordantes). No es ya que se requiera autorización previa, sino que la sociedad contratante actúa al dictado del órgano de contratación, que «podrá dictar las instrucciones oportunas para el fiel cumplimiento de lo convenido» (94 RG-LCAP). Luego, toda la ejecución del contrato está sometida a control; y siendo la gestión de servicios el único objeto posible, únicamente escaparían los actos de mera organización.

No sucede lo mismo en la sociedad unipersonal, cuyo negocio fundacional no constituye contrato administrativo.

c) Control de legalidad

Pese a que en la sociedad mixta se produce un ámbito perfectamente diferenciado de la voluntad de la Junta General frente a la del Pleno municipal, la obligatoriedad de las potestades del órgano local de contratación (59 LCAP) plantea problemas de interpretación en cuanto al orden jurisdiccional.

⁸⁰ PRIETO GONZÁLEZ y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, op. cit., *REALA* 271-272, 1996.

⁸¹ Para ilustrar la desproporción entre la prerrogativa de la Administración y su escasa participación capitalista, coloquialmente se le presume en poder de una «acción de oro» (*golden share*).

diccional competente. Su respuesta pasa por aplicar el artículo 7 LCAP, que impide aplicar la doctrina de los actos separables; el Derecho administrativo rige los efectos y la extinción del contrato. Con él, habrá que distinguir una zona de controversias entre las partes (sociedad-Ayuntamiento), de indudable conocimiento por el orden contencioso-administrativo, al lado de otra, de relaciones con terceros, cuyo fuero mercantil habrá de especificarse, caso por caso, en atención a la doctrina de los aspectos separables, referenciada más arriba, pues incluso los singulares contratos mercantiles de la sociedad pueden ser consecuencia de instrucciones y órdenes administrativas.

3. Objeto social, control y libre competencia

Las empresas mixtas gestionan los servicios locales en idénticas condiciones que las unipersonales. Pero también puede suceder que el Ayuntamiento participe mercantiles dedicadas a actividades no constitutivas de servicios públicos formales —esto es, con objetos incluidos en el artículo 25 LRBRL, pero excluidos del 26—, casos no apriorísticamente cubiertos por la LCAP ni por la LRBRL. En lugar de empresa mixta, podría tratarse de una mera presencia local en el mercado de valores. Por eso he transcrito más arriba el artículo 1.1 Ley 5/1995; la índole de la actividad, la finalidad de la inversión, el volumen de capital participado, el control público aplicable, el régimen empresarial en que se desarrolle el objeto social —libre o monopolizado—, e incluso la especial calificación jurídica —patrimonial o demanial—, son las circunstancias que calificarán la existencia de sociedad mixta y la diferenciarán de la nuda propiedad de valores negociables o inversiones financieras patrimoniales. Antes de cernirse a estos últimos, conviene examinar en qué consisten tales circunstancias.

Dentro del régimen local, la referencia a los servicios públicos incluidos en el artículo 1.1, a) Ley 5/1995, comprende, por esenciales, a todos los relacionados por el 86.3 LRBRL, monopolizados o no, pero también, a los relacionados en el 25 LRBRL, obligatorios o no, porque la reglamentación del servicio (artículo 30 RSCL) es irrenunciable y constituye específico régimen de control. Quedan fuera del ámbito de la Ley 5/1995 las demás actividades, de modo que el Ayuntamiento podrá interesarse en el capital de empresas cuyos objetos sociales las contemplen, sin necesidad de contratar sociedad de economía mixta.

Otra de las circunstancias que legitiman el control es que la empresa esté «exenta total o parcialmente de la libre competencia en los términos del artículo 90 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea» (artículo 1.1, c, Ley 5/1995), aunque, en realidad, se trata de una precisión óptica más sobre los límites de la actividad que puede integrar el objeto social.

Actualmente la referencia al artículo 90 debe entenderse hecha al 85⁸², que obliga a que el Estado no discrimine empresas por razón de nacionalidad, y prohíbe, en general, las prácticas de cualquier empresa, pública o privada, que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea y tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia; todo ello, salvo la excepción del cumplimiento de la misión específica confiada a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general.

Si no se exime del artículo 85, la empresa funciona bajo libre competencia. Es reiterativo mencionar que funciona así cuando presta un servicio público no reservado o un servicio público reservado no monopolizado; su control no puede entonces ampararse en la Ley 5/1995, que se circunscribirá a la gestión de monopolios.

Cualquier práctica que pueda afectar al comercio y tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia sólo puede imponerse en ejercicio de alguna potestad administrativa de control; si no, está prohibido por la Ley española o por el Tratado de la Unión Europea⁸³. En este contexto, son supuestos fronterizos los casos en que la intromisión administrativa autoriza prácticas empresariales que incurran en la antedicha categoría, conforme al artículo 81.3 del TCEE, pues no dejan de representar un especialísimo tipo de control.

4. Calificación patrimonial y control

La calificación patrimonial de las masas de bienes relacionadas con la sociedad mixta debe prolongar el análisis emprendido más arriba, al tratar

⁸² Esto es, tras la modificación operada por el Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997.

⁸³ Los artículos 81 y ss. del Tratado de 25-3-1957, constitutivo de la Comunidad Europea (TCEE), se dedican a estas prácticas; en su virtud, los Estados miembros no deben adoptar ni mantener, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a lo allí ordenado (artículo 86.1). No obstante, «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal» quedarán sometidas a la norma «en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada» (artículo 86.2).

de la sociedad unipersonal, distinguiendo entre la titularidad del patrimonio social y la titularidad de las participaciones que cifran el capital.

El patrimonio⁸⁴ es propiedad privada de la persona jurídica, perfectamente capaz de poseer derechos reales. De su consideración como particular se deriva la imposibilidad de detentar bienes demaniales, pues éstos niegan la realización de derechos subjetivos; su gestión no admite actos de disposición debidos a la autonomía de la voluntad privada, sino únicamente ejercicio objetivo de potestades administrativas⁸⁵.

El capital, propiedad de los socios, se divide en acciones o participaciones que son, en parte, del particular adjudicatario, y, en parte, de la Corporación local. Las primeras son propiedad privada; la calificación de las otras es más compleja. Más arriba he sostenido que las participaciones locales en capital de sociedad unipersonal son demaniales porque la Corporación ejerce sus potestades a través de ellas; pero en la sociedad mixta el control se produce preferentemente a título de Administración contratante, no siendo tan importante la amplitud de los derechos que al socio atribuye el volumen de participación. La prestación del servicio municipal quedaría igualmente sometida a la dirección municipal, en caso de que la contratación revistiera forma distinta a la titularidad de acciones; por ejemplo, concesión o concierto. En este contexto, los valores mobiliarios no instrumentan la intervención, ni hay, por tanto, necesidad de entender que se afectan al servicio; podrían considerarse bienes patrimoniales o de propios. Serán las circunstancias de cada caso las que configuren la calificación, según lo establecido por el órgano plenario, dentro de las posibilidades de intercambio entre los tipos de participación y entre modelos gestores.

Supuesto particular lo constituye la concesión del servicio, cuando se atribuye a la sociedad como un independiente derecho de explotación, a riesgo y ventura del contratista (artículos 156 y 130). En términos de contabilidad empresarial, la concesión administrativa es un activo patrimonial o elemento más del inmovilizado. Su calificación es patrimonial porque el

⁸⁴ RUIZ OJEDA (op. cit., *REALA* 278/1998) habla de «segregación patrimonial», para referirse a la distinción entre el patrimonio social y el de la Administración; en caso de participación mayoritaria el «entronque de la gestión patrimonial de las Entidades Locales con las empresas mixtas se da por vía presupuestaria» (pág. 116).

⁸⁵ Por la misma razón no procede que estas sociedades asuman servicios que impliquen ejercicio de autoridad. Son cuestiones discutidas; no existe opinión unánime. Y aunque creo que no puede negarse su íntima conexión, es un asunto demasiado complejo como para pretender resolverlo en una nota a pie de página. En relación con la naturaleza del dominio público, además de las obras citadas anteriormente, puede verse *Dominio Público* de J.I. MORILLO-VELARDE, Trivium, S.A., 1992.

artículo 104.3 TR-DLVMRL dice que «Las Entidades locales podrán aportar exclusivamente la concesión, debidamente valorada a efectos de responsabilidad económica, u otra clase de derechos, así como instalaciones, equipamientos o numerario, siempre que tengan la condición de bienes patrimoniales».

Ahora bien, realmente no es el servicio en sí el objeto de la concesión, sino únicamente el derecho a gestionarlo, es decir, esa especie de permiso o licencia, susceptible de valoración económica, al que me refería más arriba, al tratar de la reserva, y que SOCÍAS C. calificaba como «autorización de funcionamiento». No tendría sentido autorizar o conceder el ejercicio de una actividad de libre prestación.

Por eso la terminología de la LCAP es criticable cuando prevé que la Administración pueda rescatar el servicio (artículo 167), o que finalizado el plazo contractual, el servicio revierta (artículos 164.1 LCAP y 111.3 RSCL); confunde el modo gestor elegido con el régimen jurídico atribuido a la prestación, que puede no ser el de monopolio. Finalizado el plazo contractual lo que sucede es la extinción de la sociedad contratista, por cese del objeto social y de la prestación material del servicio, que no de la obligatoriedad o posibilidad de éste. La reversión únicamente afecta a la entrega de las obras e instalaciones, con arreglo al contrato (169.1 LCAP); es decir, a la transmisión de la propiedad de los bienes cuyo anterior dueño —la sociedad mixta— se extingue. Si en lugar de personas jurídicas se tratara de personas físicas, el supuesto no sería de reversión sino de sucesión hereditaria. Lo que compete a la concesión es propiamente la caducidad.

Innecesario añadir que, extinto el contrato, los bienes siguen siendo patrimoniales, aunque reviertan a la Administración, por haber finalizado también la prestación del servicio que con ellos se hizo.

IV. LAS INVERSIONES FINANCIERAS PATRIMONIALES

1. Concepto

La tercera y última vía de participación local en la empresa mercantil consiste en la adquisición de acciones o participaciones de capital de sociedades ya existentes, cuando no puedan considerarse sociedad mixta; es decir, cuando se trata única y exclusivamente de valores mobiliarios (artículo 335 Código Civil), negociables, de renta variable; títulos de cré-

dito que representan una deuda contra la sociedad, y a favor de los socios cuyos derechos legitiman.

La LPE les dedica su Capítulo V («Títulos representativos de capital»), el RBEL habla de ellas en sus artículos 18.4, 23 y 37; el TR-DLVMRL, en su artículo 87⁸⁶. Deben registrarse en el Inventario de Bienes de la Entidad, cuya llevanza corresponde a la Secretaría, cuya aprobación, al Pleno (artículos 2, j RD 1174/1987 y 34 RBEL).

2. Distinción, naturaleza y control

Las circunstancias que delimitan el concepto y la calificación patrimonial de la sociedad mixta son las que la diferencian de las meras inversiones, operaciones genéricamente admitidas por el artículo 5 LRBRL, que reconoce a la Entidad Local capacidad suficiente para adquirir «toda clase de bienes»; patrimoniales, cuando «no estén destinados a uso público ni afectados a algún servicio público y puedan constituir fuente de ingresos para el erario de la Entidad» (76 TR-DLVMRL).

La distinción ha sido notada por PRIETO y HERNÁNDEZ⁸⁷, al proponer superar la configuración legal de la empresa mixta como modo gestor de servicios, para facilitar «un instrumento de penetración en aquellos sectores que, sin tener la consideración formal de servicio público, suponen el ejercicio de la iniciativa pública local en la actividad económica para participar en la realización de un interés general», respetando «el conjunto de condiciones, presupuestos y límites —materiales y formales— que imponen tanto la legislación ordinaria (en especial, artículo 97.1 TRRL), como la misma legislación comunitaria». Con tal propósito propugnan un concepto de «sociedades de mercado», en virtud del cual «las Entidades locales pueden perseguir simplemente una determinada utilidad pública de naturaleza económica», en cuyo caso el papel de la Entidad Local se limita «a la defensa de sus intereses patrimoniales desde su posición de socio, desprovisto de cualquier tipo de potestades administrativas y utilizando sólo su capacidad como persona jurídica privada».

⁸⁶ De acuerdo con ellos, pueden depositarse bien en la Caja de Caudales, bajo la responsabilidad de «los tres claveros» —Alcalde, Interventor y Tesorero— bien en bancos donde exista intervención del Estado; por tanto, en cualquier caso, en la Tesorería de la Entidad, que es la encargada de la gestión de depósitos y valores, según pautas del artículo 5 del RD 1174/1987.

⁸⁷ PRIETO G. y HERNÁNDEZ G., op. cit., *REALA*, 271-272, 1996.

También LLISSET BORRELL⁸⁸ ha cuestionado la definición legal de la sociedad mixta que incluye todo supuesto de presencia pública, incluso cuando se limita a participar el capital mediante simple adquisición de un paquete de acciones.

MONTOYA MARÍN⁸⁹ ha defendido la necesidad de la distinción desde la perspectiva de los grupos de sociedades⁹⁰. A su juicio, el Tribunal Supremo quiere que las empresas públicas sean organizaciones controladas y mediatizadas por la Administración Pública, instrumento para la consecución de los fines de ésta, y cuyo objeto social incumba a sus competencias; por lo que la participación empresarial —escribe la autora— deberá ser lo suficientemente importante para compartir la dirección y la gestión. Luego, para considerarla mera inversión financiera deberá producirse la ausencia de estas características.

Según LLISSET⁹¹, la finalidad de la inversión distingue dos tipos de participación de la Entidad Local, patrimonial o gestora, siendo la segunda la que integra la sociedad de economía mixta, donde el control local es requisito esencial.

A mayor abundamiento, MONTOYA escribe que la participación pública en capital —acciones SA y participaciones SRL— puede ser de dos tipos; ejecutiva, de un lado, y capitalista o de mera inversión, de otro. Mediante las participaciones ejecutivas, la sociedad dominante —la Entidad Local, en el contexto— desarrolla una actividad empresarial a través de la sociedad dominada, de modo que las participaciones constituyen el sustrato de una relación de dominio, vinculación o dependencia, en cuanto a la dirección y a la constitución de un grupo. En lo que aquí interesa, este tipo de participación correspondería a la forma de economía mixta.

En cambio —continúa la autora—, las participaciones capitalistas o de mera inversión no son más que la forma de administrar una inversión sin dar lugar a relaciones de dominio; se producen característicamente en sociedades con objeto social complementario o distinto al de la sociedad

⁸⁸ LLISSET BORRELL, en *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (comentado)*, 2.ª edición, 2002, El Consultor, págs. 376 a 377.

⁸⁹ E. MONTOYA M., *Las empresas públicas...*, op. cit., págs. 293 a 298, 512 y 514.

⁹⁰ En base a los artículos 100 LPE, y 117 del Reglamento del Registro mercantil y a varias Resoluciones de la DGRN, de fechas 18-5-1986 y 6-12-1954.

⁹¹ LLISSET BORRELL, op. cit., pág. 376.

participadora, y representan una porción minoritaria del capital social, por cuantía de la que no pueda deducirse capacidad ni pretensión de control.

Aplicando aquí esa distinción, puede válidamente concluirse que las meras inversiones locales en capital son una forma de participación exenta de control, en una sociedad cuyo objeto no incluye actividades tipificadas como servicios públicos, o bien, por cuantía inferior a la exigida para presumir el control.

Pero dada la complejidad del asunto, lo que aquí propongo es un criterio basado en el artículo 1.1 Ley 5/1995, conforme al cual será mera inversión patrimonial aquella participación inferior al 25 por 100 del capital, de un lado; y de otro, también aquella que, aun superior, recaiga sobre sociedad no susceptible de control, que no preste servicios públicos ni desarrolle actividades de interés público y que no esté exenta de libre competencia. Es entonces cuando, por imposibilidad de aplicar dicha Ley, la normativa sobre contratos o la normativa relativa al servicio público, la Corporación propietaria de los títulos se hallará en estricta igualdad con cualquier otra persona que decida concurrir al mercado; es decir, cuando imperativamente debe producirse una competencia libre, plena y cierta.

En suma, el supuesto se concreta en que la sociedad participada se someta a un régimen tal que quede absolutamente fuera del control del socio local. En virtud de su titularidad dominical, el Ayuntamiento no debe tener papel empresarial susceptible de interferir las decisiones negociales; de otro modo, el supuesto sería empresa mixta, no mera inversión patrimonial. Luego, en lugar de control administrativo, aquí lo que debe existir es una eficaz gestión del patrimonio, asunto recurrentemente criticado por la doctrina económica, que tantas veces ha aludido al secular abandono en que se hallan inventarios y balances municipales.

En este sentido, y a efectos presupuestarios, las inversiones patrimoniales inventariables son activos financieros cuya administración debe estar prevista en los capítulos IX del Estado de gastos (adquisición), y V y VIII del Estado de Ingresos⁹² (rentas y enajenación). La suma no debe importar más del 25 por 100 de la empresa participada, por lo que, conforme al 149.3 LHL, no constituye sociedad pública que deba presentar estados de previsión de gastos o ingresos integrables en los Presupuestos de la Corporación, ni programas anuales de financiación.

⁹² Según Orden Ministerial, de 20-9-1989, de estructura de los presupuestos de Entidades Locales.

A efectos de contabilidad pública (PGCPAL)⁹³, se trata de elementos de activo incluidos en los Subgrupos núm. 26 (inversiones permanentes) ó 53 (inversiones temporales, corto plazo) del PGCPAL, del todo sometidos al control legal y económico-financiero propio de la Entidad Local (artículo 43 RBEL), lo que comprende el desarrollo de la función interventora en todos los aspectos que el artículo 195 LHL detalla. Anualmente, la Tesorería debe calcular los resultados de la cartera de valores y formular, anexo de la Cuenta General, el Estado de situación y movimiento. Para la valoración que debe reflejar el balance, entiendo que son del todo compatibles los Criterios del PGCPAL y las Normas de Valoración del Plan General de Contabilidad Privada, más minuciosas estas últimas.

3. Adquisición e iniciativa económica

En tanto bienes de propiedad privada de la Administración, las inversiones financieras plantean ciertos inconvenientes de incardinación lógica en el modelo del subsector local, pues por un lado, la adquisición supone ejercicio de iniciativa pública *ex* artículos 86 LRBR y 128.2 CE, y por otro, supone un complicado engranaje de contratación privada —en términos de libre competencia— que debe coordinarse con el procedimiento previsto para dicha iniciativa. Anticipando que la dificultad implícita en este dualismo se soluciona prácticamente mediante la constitución de sociedades gestoras de acciones, conviene analizar el mismo como sigue.

En la normativa de general aplicación, la adquisición de participaciones es un contrato que las Entidades Locales pueden celebrar por su Alcalde-Presidente o por sus órganos colegiados —según la cuantía—, y cuya preparación y adjudicación se regula en la LCAP (artículo 9). Es cierto que esta Ley excepciona el régimen de los valores negociables, a cuya compraventa se aplicará, «en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones Públicas» (9.1 LCAP); no obstante, la legislación patrimonial devuelve la remisión efectuada, pues, a su vez, dispone que se realice conforme a la normativa reguladora de la contratación (artículos 11, 92 y 112 RBEL). Los efectos del contrato se rigen por la normativa mercantil; por eso dice la LHL que la efectividad de estos recursos «se lleva

⁹³ Así, según el Plan General de Contabilidad Pública adaptado a la Administración Local, Anexo I de la Orden Ministerial de 17 de julio de 1990, por la que se aprueba la Instrucción de Contabilidad para la Administración Local.

rá a cabo con sujeción a las normas y procedimientos del Derecho privado» (artículo 4).

En suma, el régimen es el de un contrato privado de la Administración. Y de ahí viene la primera dificultad, pues de lo que se trata es de valores negociables, que incluso pueden estar admitidos a cotización en mercados secundarios oficiales o «bolsas» —como anotaciones en cuenta—, lo que obliga a una gestión tan acelerada y sigilosa que su propia eficacia depende de la rapidez e imprevisibilidad con que se verifiquen las transacciones; y ese tipo de gestión acaso es incompatible con el sistema administrativo de documentación, plazos, publicidad, concurrencia y garantías que rigen la preparación y adjudicación del contrato por unos órganos cuyas sesiones pueden espaciarse hasta tres meses (46.2 LRBR).

La segunda dificultad consiste en que, además del procedimiento de contratación, la inversión implica, con carácter previo, que éste haya sido decidido en el marco del procedimiento de competencia plenaria previsto en el artículo 97 TR-DLVMRL, a su vez, desglosado en varias fases que incluyen un acuerdo inicial, redacción de una memoria por la Comisión correspondiente, exposición pública por plazo no inferior a treinta días y aprobación definitiva, según se ha analizado más arriba. Adviértase que, añadidos los plazos de la contratación, la Corporación podría tardar fácilmente entre tres y seis meses en adquirir una sola acción, una vez los expertos bursátiles avisen de la conveniencia de hacerlo, y se impulsen los trámites reseñados.

La necesidad de aplicar el artículo 97 TR-DLVMRL puede ser discutida; está previsto para el ejercicio de actividades económicas, concepto que no puede interpretarse tan ampliamente que incluya cualquier gasto económico. Sin embargo, también la oportunidad de efectuar inversiones financieras en capital es discutible porque invita tan claramente a la especulación típica del mercado, que cuestiona el sometimiento a los principios constitucionales que deben presidir toda actuación administrativa. Así, puede argüirse que la Administración no puede guiarse únicamente por el ánimo de lucro característico de las compañías privadas, pero también, que el conseguir nuevas fuentes de ingresos para el erario de la Entidad constituye un fin de interés general. A la Administración no le es lícito invertir arbitrariamente; al ciudadano sí. La Entidad local invierte con garantías, objetividad y racionalidad; el particular, a su riesgo y ventura.

Lo que hay de cierto es que la decisión de invertir debe estar documentalmente fundamentada, caso por caso, y eso sólo es posible dentro del procedimiento que particulariza la atribución genérica de iniciativa eco-

nómica, a través del órgano colegiado deliberante que, admitiendo la discusión, supere su pluralidad mediante la decisión única.

En el mismo sentido debe considerarse el artículo 103 LPE cuando distingue: «La enajenación de los títulos representativos de capital propiedad del Estado en empresas mercantiles se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo 6.3 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria. Excepcionalmente, bastará con la autorización del Ministro de Economía y Hacienda para enajenar los títulos que por su número no puedan considerarse como auténticas inversiones patrimoniales». Dado que el artículo 6.3 LGP dice que la creación de las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta del Estado «y los actos de adquisición y pérdida de la posición mayoritaria del Estado (...) se acordarán por el Consejo de Ministros», lo que se infiere es el principio de que ni aun por adición sobrevenida de participaciones la Administración Pública debe dejar de plantear la iniciativa económica. Y aplicado al régimen local, que la adquisición de acciones ya existentes, en proporción tal que llegue a constituirse sociedad mixta —sin pasar por el trámite de constitución estatutaria *ex novo*—, no puede servir para eludir el procedimiento del 97 TR-DLVMRL.

4. La técnica de la participación indirecta

La práctica ha solucionado las dificultades arriba analizadas mediante la constitución de sociedades tenedoras de acciones, técnica consistente en que las inversiones las realice, posea y gestione una persona jurídica distinta de la Administración, pero controlada por ésta; a saber, una sociedad mercantil unipersonal cuyo capital pertenece íntegramente a la Administración correspondiente y cuyo objeto social está definido de manera que le permita adquirir, poseer, reivindicar, permutar, gravar o enajenar participaciones en otras sociedades; es decir, gestionar su propio patrimonio. Esa persona tiene naturaleza jurídica privada; en ningún caso puede considerarse como entidad pública porque, de serlo, el fenómeno inversor habría de calificarse de sociedad mixta.

La constitución de unipersonales ya se ha estudiado más arriba; aquí su única especificidad radica en el objeto social, pues realizan una actividad de servicio público, cual es servir como medio de participación administrativa indirecta, aunque las participaciones gestionadas no constituyan en sí servicios públicos. En efecto; dado que la sociedad propietaria de las inversiones resulta serlo una compañía en todo sometida al Derecho pri-

vado, las iniciativas económicas relativas a su patrimonio son operaciones típicas del tráfico mercantil, excluidas del Derecho administrativo, y a las que, en consecuencia, no se aplica ninguno de los requisitos y límites previstos para la iniciativa pública. No obstante, dado que estas empresas son controladas, a su vez, por la Administración, resulta que es ella quien controla la gestión del patrimonio, en última instancia.

Por consiguiente, se trata, de nuevo, de una técnica característicamente mercantil, merced a la cual pueden instrumentarse fines de interés general consistentes en medidas de política económica, gestión de servicios públicos y obtención de ingresos para la Hacienda. Gran parte del sector público está diseñada de este modo⁹⁴, que preserva nominalmente la independencia de las distintas inversiones, pero no impide la difusión de los variados métodos de control que cada una de las correspondientes normas estatutarias establezca, ni tampoco las que aquí he defendido que pueden actuar como circunstancias configuradoras de la mera inversión patrimonial; es decir, la índole del objeto social y del volumen de capital en la sociedad participada indirectamente.

ALCOVER⁹⁵ considera la participación indirecta que se produce a través de la creación de sociedades filiales y diagnostica ciertos límites para su creación; entre ellos, la expresa habilitación por el objeto social de la matriz. Como dice el autor, la creación de filiales determina un «grupo de empresas público» o, usando otra terminología, un fenómeno de intercapitalización con presencia pública.

A pesar de ser ya conocidos por la práctica, según MONTOYA⁹⁶, fue la Ley 44/1983, 28 dic., de Presupuestos Generales del Estado para 1984, la que contempló por primera vez el fenómeno de las sociedades «en cascada» o grupos de sociedades vinculadas, presididos por la participación pública última, cuando dispuso que se considerasen «sociedades estatales a los efectos de la Ley General Presupuestaria: (...) Las sociedades mercantiles en cuyo capital la participación directa o indirecta de la Administración del Estado o de sus organismos autónomos sea mayoritaria».

⁹⁴ Puede consultarse, al respecto, *El marco público...*, de R. MARTÍN MATEO (op. cit.) y el «Estudio preliminar y esquema de la organización de la Administración General del Estado y de la estructura orgánica básica de los diferentes Ministerios», de Luis MARTÍN REBOLLO, *Leyes Administrativas*, 6.ª Edición, Aranzadi, 2000; y dentro del mismo, el epígrafe «Sociedades mercantiles públicas» (págs. 675 a 678).

⁹⁵ ALCOVER G., op. cit., págs. 92-93.

⁹⁶ MONTOYA MARÍN, op. cit., pág. 271.

Así, las meras inversiones patrimoniales entraron a formar parte del sector público. Pero la regulación del «grupo de empresas público», si existe, sigue dispersa y fragmentada. Y no puede reconducirse sin más a las normas mercantiles, pues procederá atemperarse a las injerencias del Derecho administrativo siempre que, en atención al eventual tejido del grupo, queden cuestionados servicios públicos, intereses generales o locales y vías de legítimo control.

En esta línea, aparecen importantes precisiones en la normativa tributaria. Concretamente, para calcular el volumen de capital que acota el ámbito de control sobre la sociedad filial o participada, por parte de la matriz o dominante, entiendo que puede aplicarse la regla contenida en el artículo 83.1 («Determinación del dominio indirecto») de la Ley 43/1995, 27 dic., del Impuesto sobre Sociedades (redacción por artículo 2, 23.º Ley 24/2001, 27 dic.), según la cual, «Cuando una sociedad tenga en otra sociedad al menos el 75 por 100 de su capital social y, a su vez, esta segunda se halle en la misma situación respecto a una tercera, y así sucesivamente, para calcular la participación indirecta de la primera sobre las demás sociedades, se multiplicarán, respectivamente, los porcentajes de participación en el capital social, de manera que el resultado de dichos productos deberá ser, al menos, el 75 por 100, para que la sociedad indirectamente participada pueda y deba integrarse en el grupo fiscal y, además, será preciso que todas las sociedades intermedias integren el grupo fiscal».

La traslación analógica de la norma equivale a afirmar que cuando un Ayuntamiento haya constituido una sociedad para la gestión de participaciones sociales y, a su vez, ésta participe en una segunda, y así sucesivamente, para calcular la participación indirecta del Ayuntamiento sobre las demás entidades, se deberán multiplicar, respectivamente, los porcentajes de participación en el capital social, de manera que el resultado de dichos productos deberá ser, como máximo, el 25 por 100 para que no se entienda constituida sociedad de economía mixta, o bien, superando el mismo, no concurren el resto de las circunstancias calificantes⁹⁷.

⁹⁷ Claro que si la participación pública en la sociedad dominante es igual o inferior al 25 por 100, no existe posibilidad de porcentaje superior en el resto, ya que cualquiera igual o inferior al 100 por 100 resulta igual o menor al 25 por 100, cuando se multiplica por el 25 por 100. Pero la regla conserva validez aunque normativamente cambien los porcentajes, y es útil para identificar a la dominante. De no existir, no podría conceptuarse siquiera este tipo de intercapitalización social.

V. CONCLUSIONES

Dada la amplitud del universo económico descrito por los artículos 25, 26 y 86 LRBRL, es imposible deducir un esquema omnicompreensivo de las oportunidades asociadas al catálogo de decisiones municipales relativas a los tipos de referencia; las singulares e inesperadas situaciones individuales de cada Consistorio harían absurdas todas o alguna de sus determinaciones. Nada puede sustituir al particularizado estudio que de cada caso haga la memoria del 97 TR-DLVMRL.

Sin perjuicio de esa salvedad, acaso de la anterior exposición pueda concluirse, por raro que parezca, que la mercantil local unipersonal es el tipo de participación más aséptico de los considerados. Admitidas la teoría demanial y la de los aspectos separables, la convergencia de Derecho público y privado sobre una misma personalidad jurídica conlleva una separación tan estricta entre la naturaleza administrativa del capital y la mercantil de la actuación, que el ente resultante se acerca peligrosamente a aquel extravagante, inaprensible y privilegiado descrito por el Tribunal de Defensa de la Competencia (FD 2.º, Res. 21-9-1993). A pesar del total control directivo municipal, virtud a la responsabilidad limitada, la actuación mercantil no podría repercutir en el Ayuntamiento más allá de su participación, y aun así, ésta, por demanial, no podría embargarse. Así, esta forma social constituye un verdadero blindaje frente a los imponderables del mercado, y frente a una mala gestión que no tiene por qué producirse, dada la rapidez operativa prevista; las decisiones del Pleno, socio único, emanan del mismo seno social, sin mandatario fáctico interpuesto. El inconveniente económico se restringe al momento constitutivo, en que queda de cargo del municipio la íntegra aportación de la cifra del capital, lo que requiere un cierto nivel presupuestario; como ventaja, el socio único tiene derecho al total de dividendos obtenidos. Combinado con un régimen monopolístico, la unipersonal deviene demasiado poderosa para ser admitida sin enormes cautelas.

En consecuencia, no debiera ser practicada por grandes Ayuntamientos (presupuestos superiores a 3.012.048,193 euros) en materia de servicios reservados, más que en caso de abastecimiento de agua potable —tan necesitado de control—; pero especialmente, no para residuos, mataderos, mercados, lonjas, ni transporte de viajeros.

En la sociedad mixta, en general, la patrimonialidad del capital, la responsabilidad pública directa por la gestión del servicio, y el papel deudor y director del Ayuntamiento contratante, colocan a éste en una situación mucho más asequible para los riesgos de la vida empresarial, en la que

interviene indirectamente, dado que el control político, menos amplio —las instrucciones—, no nace de la propia sociedad sino que se transmite al sistema operativo previa toma en consideración por los órganos de ésta. Inicialmente, el Ayuntamiento invierte menos, pues cuenta con los recursos del contratista, lo que, de paso, incentiva la iniciativa privada, abriendo nuevos cauces a la oferta de la actividad. Parejamente, tiene derecho a menores dividendos, al compartirlos; y aunque el contratista debiera retribuirse con el beneficio obtenido, cuando éste no es suficiente, «el socio privado requiere a la Administración para que asuma esa obligación»⁹⁸.

En consecuencia, la empresa mixta es la forma preferible para atender a la mayoría de los servicios públicos locales; particularmente, los obligatorios; singularmente, por pequeños y medianos municipios. Si reservados, el reclamo del monopolio captará eficazmente la inversión privada. Pero no tiene por qué preferirse siempre ésta; la mixta es también inversión apta para llevar a cabo colaboraciones interadministrativas sectoriales.

La mera inversión patrimonial no constitutiva de modo gestor es la vía indicada para que grandes municipios comiencen a interesar el capital de sociedades dedicadas a actividades emparentadas con las competencias municipales no estrictamente serviciales, en materia, por ejemplo, de centros docentes, servicios funerarios y salud pública, alentando el asociacionismo ciudadano.

La utilidad de la participación indirecta, por último, ya se ha analizado; su ventaja estratégica consiste en que los administradores, el Consejo de Administración o los singulares apoderados de la sociedad pueden actuar con mayor rapidez que los órganos administrativos, adquiriendo, en cuestión de horas, acciones súbitamente infravaloradas por el mercado, o vendiendo otras con beneficio, conforme a criterios de rentabilidad. A fin de lograr objetivos de interés general, también pueden incrementar la demanda o la oferta de empresas peligrosamente desvalorizadas o supervaloradas, evitándole vértigos al mercado, ya que formalmente no es la Administración quien ejerce de empresario, sino la propia empresa, a la que nada impide perseguir intereses públicos; la autonomía de la voluntad privada conlleva estas benéficas dosis de discrecionalidad.

⁹⁸ A. RUIZ OJEDA, «Realidad y régimen...», op. cit., *REALA* 278/98, pág. 107.

BIBLIOGRAFÍA

- S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente», *RAP* 126, 1991.
- Bernard-Frank MACERA, «La sujeción a control contencioso-administrativo del fieri de los contratos celebrados por ciertas sociedades mercantiles públicas: un remedio improcedente a una tendencia privatizadora ilegítima», *RAP* 155, 2001.
- J. BISBAL I MÉNDEZ, «Servicios públicos e iniciativa económica pública», en *Informe sobre el Gobierno Local*, Varios autores, INAP, 1992.
- R. MARTÍN MATEO, *El marco público de la Economía de Mercado*, Trivium, 1999.
- M. BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, 1985.
- Rodrigo URÍA, *Derecho Mercantil*. Marcial Pons, 2000.
- L. P. BOURGON TINAO, *Manual de Servicios Públicos Locales*, MAP, 1991.
- G. ALCOVER GARAU, «Aproximación al régimen jurídico de la sociedad de capital local». *RAP* 134, 1994.
- F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, 1999.
- F. J. MARCOS OYARZUN, *Nuevo escenario de poderes en la Administración Local municipal*, Aranzadi, 2000.
- A. CUERVO GARCÍA, «La empresa pública: una explicación para su comportamiento. Los derechos de propiedad», en *Empresa pública y privatizaciones (Los nuevos retos del Sector Público ante la Unión Monetaria Europea)*, varios autores, Arthur Andersen, Cinco Días, 1997.
- S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Reflexiones sobre las privatizaciones», *RAP* 144, 1997.
- A. HUERGO LORA, «La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas», *RAP* 154, 2001.
- F. LLISSET BORRELL, LÓPEZ PELLICER y EL CONSULTOR, *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (comentado)*, 1992 y 2002 (2.ª ed.).

- J. L. VALLE TORRES, «La sociedad mercantil de capital íntegro local», *El Consultor* 17/2001.
- F. ROMERO HERNÁNDEZ, «La Empresa Privada Municipal y los bienes de servicio público», *REDA* 47, 1985.
- Pablo MENÉNDEZ, «Sociedad privada municipal y aportación de bienes de dominio público», *REDA* 47, 1985.
- E. COLOM PIAZUELO, «La gestión de los servicios públicos por las Administraciones locales y el dominio público: posibilidades de articulación», *REDA* 101, 1999.
- F. SAINZ MORENO, «El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública», *RAP* 150, 1999.
- J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?», *RAP* 144, 1997.
- E. BORDÓN IGLESIAS y C. MOLINA PÉREZ, en *Introducción a los servicios locales*, equipo jurídico, J. M. de la Cuétara Martínez (Dir.) y F. J. Villar Rojas (Coord.), MAP, 1991.
- S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «La actividad económica local y los límites que impone el Derecho», *El Consultor* 20, 2001.
- J.M. SOCÍAS CAMACHO, «La prestación del servicio de taxis y la libertad de empresa». *REALA* 284, 2000.
- S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, vol. I. La Ley, 1988.
- E. MONTÓYA MARTÍN, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, 1996.
- J. M. DÍAZ LEMA, «La privatización en el ámbito local (el lento declinar de los monopolios locales)», *REALA* 282, 2000.
- Gimeno FELIÚ, «Sistema económico y Derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas», *RAP* 135, 1994.
- P.C. MORENO TRAPIELLA, *Servicios de interés general y derecho de la competencia (...)* (y II), Actualidad Administrativa, La Ley, 1998.

- F. J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, Civitas, 1995.
- R. ENTRENA CUESTA, «El servicio de taxis», *RAP* 27/1958.
- J. SALAS, en «Régimen jurídico de los servicios locales esenciales», *Seminario de Derecho local*, Barcelona, 1992
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ y PRIETO GONZÁLEZ, «El doble papel de la Administración Pública en la empresa mixta local». *REALA*, núms. 271-272, 1996.
- A. RUIZ OJEDA, «Realidad y régimen jurídico-financiero de la provisión de obras y dotaciones públicas mediante empresa mixta en el ámbito local: la reversión de activos y la remuneración del socio privado», *REALA* 278/1998.

II. Jurisprudencia